

RISCO AMBIENTAL

HOMENAGEM AO SENHOR PROFESSOR DOUTOR
ADRIANO VAZ SERRA

COORDENAÇÃO

JORGE SINDE MONTEIRO
MAFALDA MIRANDA BARBOSA

AUTORES

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS
CAROLINA MENDES
FERNANDO DE PAULA BATISTA MELLO
FILIPE ALBUQUERQUE MATOS
INÊS ANASTÁCIO
MAFALDA MIRANDA BARBOSA
RUI MOURA RAMOS
SUZANA TAVARES DA SILVA
TIAGO MAGALHÃES

O presente trabalho foi realizado no âmbito das atividades do Grupo de Investigação “Risco – Transparência – Litigiosidade” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013).

EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva | Jorge Ribeiro

PRINT BY

CreateSpace

CONTACTOS

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

ISBN

978-989-26-1404-5

ISBN DIGITAL

978-989-26-1405-2

DOI

<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1405-2>

DEPÓSITO LEGAL

402260/15

RISCO AMBIENTAL

Homenagem ao Senhor Professor Doutor
Adriano Vaz Serra

COORDENAÇÃO

JORGE SINDE MONTEIRO
MAFALDA MIRANDA BARBOSA

AUTORES

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS
CAROLINA MENDES
FERNANDO DE PAULA BATISTA MELLO
FILIPE ALBUQUERQUE MATOS
INÊS ANASTÁCIO
MAFALDA MIRANDA BARBOSA
RUI MOURA RAMOS
SUZANA TAVARES DA SILVA
TIAGO MAGALHÃES

2017

(Página deixada propositadamente em branco)

AUTORES

Rui Moura Ramos
Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Filipe Albuquerque Matos
Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Mafalda Miranda Barbosa
Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Alexandre de Soveral Martins
Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Suzana Tavares da Silva
Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Fernando de Paula Batista Mello
Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Carolina Mendes | Tiago Magalhães
Universidade de Coimbra

Inês Anastácio
Universidade de Coimbra

(Página deixada propositadamente em branco)

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	9
A RESPONSABILIDADE PELO DANO AMBIENTAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS INTERNACIONAIS.....	11
Rui Moura Ramos	
DANOS AMBIENTAIS / DANOS ECOLÓGICOS O FUNDO DE INTERVENÇÃO AMBIENTAL.....	31
Filipe Albuquerque Matos	
DA CAUSALIDADE À IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL	79
Mafalda Miranda Barbosa	
<i>DUE DILIGENCE</i> AMBIENTAL NA AQUISIÇÃO DO CONTROLO DE EMPRESAS.....	159
Alexandre Soveral Martins	
ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL NO SISTEMA JURÍDICO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO.....	175
Suzana Tavares da Silva	
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE: O DANO NÃO PATRIMONIAL TRANSINDIVIDUAL AMBIENTAL (O “DANO MORAL COLETIVO AMBIENTAL”)	195
Fernando de Paula Batista Mello	
DIREITO PENAL DO AMBIENTE UMA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA	237
Carolina Mendes Tiago Magalhães	
RESPONSABILIDADE AMBIENTAL RESENHA JURISPRUDENCIAL.....	253
Inês Anastácio	

(Página deixada propositadamente em branco)

APRESENTAÇÃO

No âmbito do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, foi criado, em 2014, o grupo de investigação Risco-Transparência-Litigiosidade, com o objetivo principal de analisar a problemática do Risco e as suas repercussões ao nível da dogmática jurídica, numa perspetiva interdisciplinar. Neste quadro, considerou-se relevante estudar a responsabilidade da empresa na sua relação com a tutela do ambiente. O tema, necessariamente amplo, contende com diversas matérias, sendo chamados a depor diferentes ramos do direito como o direito constitucional, o direito civil, o direito penal, o direito comercial, o direito fiscal, o direito administrativo, o que, por si só, garantiria a análise interdisciplinar que se procurou privilegiar.

Não foram, porém, apenas razões de ordem pragmática que justificaram a eleição do mote da investigação. Teve-se em conta, pelo contrário, a importância do bem jurídico ambiental, por um lado, e a abertura da dogmática jurídica, nas suas múltiplas dimensões, por meio dos novos e complexos problemas que aquele faz emergir, por outro lado.

De facto, um ambiente ecologicamente saudável é fundamental para a vida de cada um individualmente, para a vida da comunidade como um todo e para a vida das gerações futuras. O desenvolvimento científico e tecnológico pode potenciar o surgimento de danos, que muitas vezes são irreversíveis. À crescente capacidade de intervenção transformadora do homem alia-se um ímpeto de exploração económica de recursos que impele o direito a intervir neste âmbito. A intervenção tem de operar, necessariamente, a jusante, atenta a natureza do bem jurídico em causa e o tipo de danos que se produzem. Esta lógica preventiva, contudo, não elimina uma reação a posteriori, através da qual se procura reintegrar o le-

sado na posição em que ele estaria se não tivesse ocorrido o evento lesivo. O papel fulcral que o direito administrativo desempenha a este nível não apaga, portanto, a relevância que a responsabilidade civil pode ter quando esteja em causa um dano causado por meio da lesão de uma componente ambiental. Tal relevância é acompanhada da provocação da tradicional dogmática ressarcitória: problemas como o da concretização da ilicitude, o da consagração de hipóteses de responsabilidade objetiva, o dos danos puramente patrimoniais, o do estabelecimento do nexo de causalidade, sobretudo tendo em conta as hipóteses de causalidade cumulativa não necessária, causalidade cumulativa, causalidade alternativa, o do ressarcimento do chamado dano moral coletivo ganham uma coloração própria no quadro da tutela ambiental. Também ao nível penal se colocam problemas complexos relacionados com o bem jurídico ambiente.

Ora, qualquer uma destas formas de responsabilidade – administrativa, civil, penal – implica custos para as empresas. Tais custos têm de ser enquadrados e regulados, de modo a suportar um exercício competitivo da atividade empresarial. É, então, chamado a depor o direito comercial, ao mesmo tempo que se problematizam questões atinentes ao investimento estrangeiro em Portugal. Diante da crescente globalização, aliás, são cada vez mais as questões que, envolvendo a componente ambiental, se podem qualificar como plurilocalizadas, dando azo a inquietantes reflexões no âmbito do direito internacional privado.

Estas foram algumas das questões a que os investigadores do grupo Risco-Transparência-Litigiosidade se dedicaram ao longo de 2015. Pela importância de todas, considerou-se fundamental que as conclusões a que foram chegando fossem comunicadas ao público em geral. Nessa medida, teve lugar, em Fevereiro de 2015, um colóquio, onde todos estes tópicos entraram num diálogo profícuo e enriquecedor. A riqueza do que ali se debateu justificou, porém, que se procurasse atingir um auditório mais alargado. As inquietações que resultaram daquele percurso argumentativo deveriam ficar registadas num suporte que permitisse perpetuá-las, de modo a que sirvam, no futuro, de alavanca para a procura de soluções justas. Surgiu, portanto, como natural a publicação de uma obra como aquela que, agora, damos à estampa.

Coimbra, fevereiro de 2015.

O Coordenador do Grupo Risco-Transparência-Litigiosidade
Jorge Sinde Monteiro

1.

A RESPONSABILIDADE PELO DANO AMBIENTAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS INTERNACIONAIS

Rui Moura Ramos

Professor Catedrático de Direito Internacional Privado

Universidade de Coimbra

Instituto Jurídico

Sumário: *I. Introdução. II. A disciplina actual do dano ambiental em Direito Internacional Privado. 2.1. A regra de conflitos específica para o dano ambiental. 2.2. A possibilidade de uma electio iuris. 2.3. Os outros preceitos do Regulamento. III. Confronto com o regime precedente, constante do Código Civil de 1966. IV. Conclusão.*

I. INTRODUÇÃO

O tema que me proponho abordar relaciona-se com o tratamento do dano ambiental nas relações privadas internacionais, ou seja, o do regime jurídico das situações em que os elementos da relação de responsabilidade desencadeada pelo dano de natureza ambiental se encontram em contacto com mais do que um sistema jurídico. Trata-se claramente de uma questão pertinente ao direito internacional privado, razão pela qual me disponho tratá-la, mas que creio ser pertinente considerar no contexto dos trabalhos desta sessão, pela sua frequência e actualidade, por um lado, mas também pela natureza da disciplina que lhe é aplicável.

Pela sua frequência e actualidade, desde logo. Situações como as dos danos causados entre outros nos acidentes provo-

cados em instalações detidas na região de *Bhopal*, na Índia, por uma empresa filial da sociedade americana *Union Carbide* e pelos derramamentos de petróleo causados pelos navios *Amoco-Cádiz* e *Prestige*, e pelas catástrofes ambientais por eles provocadas encontram-se ainda bem vivas na memória de todos, tendo naturalmente chamado à atenção para a problemática assim suscitada e a especificidade que a rodeia; o que levou a uma aprofundada discussão sobre as questões jurídicas nela envolvidas, designadamente as pertinentes ao domínio dos conflitos de leis e de jurisdições¹. Depois, pela circunstância de o direito internacional privado entre nós aplicável conhecer desde há alguns anos regras particularmente pensadas para estas situações, assim dispensando o recurso a critérios mais gerais cuja adequação ao particular condicionalismo que rodeia este tipo de danos poderia aparentemente ser questionado.

É pois a uma breve descrição do quadro regulador pertinente que iremos proceder, sem deixar porém de o confrontar, seguidamente, com a normaçoão que seria aplicável a esta questão se, diferentemente do que presentemente ocorre, tivéssemos de nos limitar à disciplina que, em matéria de responsabilidade civil extracontratual, o nosso legislador conflitual gizou há sensivelmente meio século. Após o que intentaremos a formulação de uma brevíssima conclusão.

¹ Para um panorama global desta discussão, cfr. Tito BALLARINO, «Questions de droit international privé et dommages catastrophiques», *Recueil des Cours*, 220 (1990-I) 293-387; Pierre BOUREL, «Un nouveau champ d'application pour le droit international privé conventionnel: les dommages causés à l'environnement», in *L'Internationalisation du Droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, Dalloz, 93-108; *Internationales Umweltbaftungsrecht I. Auf dem Wege zu einer Konvention über Fragen des Internationalen Umweltbaftungsrechts* (Herausgegeben von Christian von Bar), Köln, 1995, Carl Heymanns Verlag; e Christian VON BAR, «Environmental Damages in Private International Law», *Recueil des Cours*, 268/6 (1997) 291-412; e, numa outra perspectiva, Luís DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, «Los problemas jurídicos de los danos ambientales», in *A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro* (Studia Iuridica, 81. Colloquia – 13), Coimbra, 2005, Coimbra Editora, 119-131; e, na doutrina portuguesa, Jorge Sinde MONTEIRO, «Protecção dos interesses económicos na responsabilidade civil por dano ambiental», *ibidem*, 133-156; e IDEM/Maria Manuel Veloso GOMES, «Catastrophic Harms. International Academy of Comparative Law (IACL/AICD). XVIII International Congress of Comparative Law. Washington, from 25th to 31st of July, 2010, Portuguese Report», *BFD* 86 (2010) 563-592.

II. A DISCIPLINA ACTUAL DO DANO AMBIENTAL EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O tratamento do dano ambiental nas relações plurilocalizadas, no nosso sistema jurídico, encontra-se presentemente, como é sabido, num instrumento pertinente ao chamado direito internacional privado da União Europeia, concretamente o primeiro que, no seio desta ordem jurídica, se ocupou de questões de conflitos de leis. Trata-se do Regulamento (CE) n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II)², com o qual se completou, no âmbito da União Europeia, o processo de unificação das regras de conflitos em matéria obrigacional³ iniciado com a elaboração

² In *JOUE*, L, 199, de 31 de Julho de 2007, p. 40-49. Sobre este instrumento, cfr. *Le Règlement Communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (sous la direction de Sabine CORNELOUP et Natalie JOUBERT), Paris, 2008, Litec., Alfonso Luis CALVO CARAVACA/Javier CARRASCOSA GONZALEZ, *Las Obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*, Granada, 2008, Comares; Trevor C. HARTLEY, «Choice of Law for non-contractual liability: Selected problems under the Rome II Regulation», *I. C.L.Q.* 57 (2008) 899-908; Andrew DICKINSON, *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non Contractual Obligations*, Oxford, 2008, Oxford University Press; Thomas Kadner GRAZIANO, «Le nouveau droit international privé en matière de responsabilité extracontractuelle (règlement Rome II)», *Rev. crit. DIP*, 97 (2008) 445-511; Bernard DUTOIT, «Le droit international privé des obligations non contractuelles à l'heure européenne. Le Règlement Rome II», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, Giuffrè Editore, 309-329; e, na doutrina portuguesa, Lima PINHEIRO, «O direito de conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização – Uma primeira aproximação do Regulamento comunitário Roma II», *O Direito*, 139 (2007) 1027-1071; e Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, «A Responsabilidade civil extracontratual em direito internacional privado – Breve apresentação das regras gerais do Regulamento (CE) N.º 864/2007», *Scientia Iuridica* 6/329 (2012) 357-390; e, para os antecedentes deste texto, Moura RAMOS, «Le droit international communautaire des obligations extracontractuelles», *Revue des Affaires Européennes*, 4 (2001-2002) 415-423 (417-419); e Symeon C. SYMEONIDES, «Tort conflicts and Rome II; A view from across», in *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München, 2004, Sellier, 935-954.

³ Processo que, como se sabe, não tem carácter geral, uma vez que, dos Estados-Membros da União, a Dinamarca não se encontra vinculada pelo Regulamento n.º 864/2007 (artigo 1.º, n.º 4, deste Regulamento), e este mesmo Estado e o Reino Unido não participaram na aprovação do Regulamento n.º 593/2008, não se encontrando por isso a ele vinculados nem sujeitos à

da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais⁴.

O Regulamento n.º 864/2007, que rege, como o refere o seu artigo 1.º, n.º 1, «em situações que envolvam um conflito de leis», as «obrigações extracontratuais em matéria civil e comercial»⁵, tornou-se aplicável, no essencial, a partir de 11 de Janeiro de 2009⁶, substituindo a partir desse momento, no âmbito de ma-

sua aplicação (*consideranda* 45 e 46 deste texto). Note-se, porém, que aqueles Estados se haviam vinculado à Convenção de Roma.

⁴ Para o respectivo texto, cfr. o *JOCE*, C, 27, de 26 de Janeiro de 1998, p. 36-46. E, para uma apresentação das suas soluções, vejam-se, entre nós, Ferrer CORREIA, «Algumas considerações sobre a Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 122 (1989-1990) 289-292, 321-323, e 362-366; Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, v. II – Direito de Conflitos. Parte Especial*, 3.ª ed. refundida, Coimbra, 2009, Almedina, 257-330; Elsa Dias OLIVEIRA, *A Protecção dos Consumidores nos contratos celebrados através da Internet. Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Coimbra, 2002, Almedina, 167-322; e, para um breve confronto com as soluções do direito português de fonte autónoma, Moura RAMOS, «Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português», in *Contratos: Actualidade e evolução*, Porto, 1997, Universidade Católica Portuguesa Faculdade de Direito, 331-338.

Sabe-se como a aplicação deste instrumento viria em grande parte a ser substituída pela de um outro acto unilateral, igualmente integrado no mesmo direito internacional privado da União Europeia: o Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (“Roma I”) (in *JOUE*, L, 177, de 4 de Julho de 2008, p. 6-16.). Sobre este outro instrumento, também entre nós, cfr. Lima PINHEIRO, «Rome I Regulation: Some controversial issues», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann* (Herausgegeben von Herbert Kronke/Karsten Thorn), 2011, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 242-257; e *Direito Internacional Privado, vol. II, Direito de Conflitos. Parte Especial*, 3.ª ed. refundida, Coimbra, 2009, Almedina, 257-330; e Maria Helena BRITO, «Determinação da lei aplicável aos contratos internacionais: da Convenção de Roma ao Regulamento Roma I», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, Coimbra, 2013, Coimbra Editora, 427-473.

⁵ Sendo que a mesma disposição exclui expressamente, em especial, as «matérias fiscais, aduaneiras e administrativas», assim como a responsabilidade do Estado por actos e omissões no exercício do poder público (*acta iure imperii*).

Por outro lado, o n.º 2 do mesmo artigo 1.º exclui a aplicação do regulamento a determinados tipos de obrigações extracontratuais (cfr. *infra*, na nota 7), enquanto o n.º 3 afasta a sua aplicabilidade às matérias da prova e do processo (sem prejuízo de regular expressamente a questão do ónus da prova) assim recortando negativamente o âmbito da previsão das regras nele contidas.

⁶ Cfr. o artigo 32.º daquele instrumento.

térias a que se dirigem os seus comandos⁷, as regras constantes dos artigos 43.º, 44.º e 45.º do nosso Código Civil⁸. Importa porém referir que, de acordo com o que nele próprio se dispõe, as suas normas apenas se aplicam aos factos danosos que ocorram após a sua entrada em vigor (artigo 31.º)⁹, pelo que a referida

⁷ O elenco de matérias excluídas (obrigações extracontratuais que decorram de relações de família ou equiparadas, de regimes de bens no casamento ou de relações equiparadas, de letras de câmbio, cheques, livranças, bem como de outros títulos negociáveis, do direito das sociedades e do direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, das relações entre os constituintes, os *trustees* e os beneficiários de um *trust* voluntariamente criado, de um dano nuclear, e da violação da vida privada e dos direitos de personalidade, incluindo a difamação) consta do n.º 2 do artigo 1.º, sendo especialmente controversa a por último referida. A este propósito, veja-se Laura GARCÍA GUTIERREZ, «Reglamento Roma II y derechos de la personalidad: reflexiones para formular una norma de conflicto que preserve adecuadamente el ejercicio del derecho a la información y a la libertad de expresión», *Revista Española de Derecho Comunitario*, 16/43 (septiembre-diciembre 2012) 851-874; e, entre nós, desenvolvidamente, Elsa Dias OLIVEIRA, *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2011, Almedina, 327-665.

⁸ Regras que tinham por objecto, respectivamente, a disciplina conflitual da gestão de negócios, do enriquecimento sem causa, e da responsabilidade extracontratual.

⁹ Muito embora o Regulamento não fixe a data da sua entrada em vigor, indicando antes a da sua aplicação (*vide supra*, neste número, e nota 6), aquela obtém-se segundo a regra geral enunciada no artigo 297.º, n.º 1, terceiro parágrafo, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (vigésimo dia seguinte ao da sua publicação). Uma vez que o regulamento foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* em 31 de Julho de 2007, entrou em vigor no vigésimo dia seguinte à sua publicação, ou seja, a 20 de Agosto de 2007. Este entendimento é confirmado e explicitado no acórdão de 17 de Novembro de 2011, *Deo Antoine Homawoo/GMF Assurances SA*, C-412/10 (*in Colectânea*, p. I-11603), ponto 30, tendo o Tribunal de Justiça adiantado que esta interpretação é a única que permite assegurar, segundo o sexto, décimo terceiro, décimo quarto e décimo sexto considerando do regulamento, o pleno cumprimento das finalidades deste, a saber, garantir a previsibilidade das decisões dos litígios, a segurança jurídica quanto à lei aplicável e a aplicação uniforme do referido regulamento em todos os Estados-Membros (ponto 34), em face do que nem a data de propositura da acção nem a data da determinação da lei aplicável pelo órgão jurisdicional nacional são relevantes para efeitos da determinação do âmbito de aplicação *ratione temporis* do regulamento (recolhendo este entendimento, veja-se, entre nós, o acórdão da Relação de Coimbra de 9 de Janeiro de 2012, processo 1473/10.9T2AVR.C1, relatado por Sílvia Pires). Como resulta do artigo 31.º deste, o único momento a tomar em consideração é o da ocorrência do facto danoso (ponto 36).

substituição só opera em relação à regulação dos comportamentos causadores de dano que sejam posteriores a 20 de Agosto de 2007¹⁰. Para além do âmbito de aplicação temporal, o Regulamento dispõe ainda, quanto ao seu âmbito de aplicação material, que o dano nele referido «abrange todas as consequências decorrentes da responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco, do enriquecimento sem causa, da *negotiorum gestio* ou da *culpa in contrahendo*», e que as obrigações nele consideradas incluem as obrigações extracontratuais susceptíveis de surgir, pelo que todas as referências nele feitas, quer a um facto que dá origem a um dano, quer a um dano, abrangem os factos susceptíveis de ocorrer que dêem origem a danos, e os danos susceptíveis de ocorrer¹¹. E permite concluir, por força da aplicação universal que é reconhecida às suas regras pelo artigo 3.º, que a substituição a que nos referimos é total no domínio de aplicação do regulamento, uma vez que a lei designada pelas regras de conflitos uniformizadas por este instrumento se aplica independentemente da circunstância de se tratar ou não da lei de um Estado-Membro.

São dois os preceitos do Regulamento que importa essencialmente ter em conta a propósito da reparação dos danos ambientais: uma regra de conflitos que a eles especificamente se refere, e a disciplina geral da *electio iuris* que por igual se aplica neste domínio. Consideremos então brevemente estes dois aspectos, para referir depois sucintamente outras disposições com interesse para a aplicação daquele texto.

2.1. A regra de conflitos específica para o dano ambiental

No capítulo dedicado à responsabilidade fundada em acto ilícito, lícito, ou no risco¹², o regulamento inclui uma disposição

¹⁰ *Vide* a nota anterior.

¹¹ Cfr. o artigo 2.º do Regulamento.

¹² O segundo; os outros referem-se, respectivamente, para além do âmbito de aplicação (I) e das disposições finais (VII), ao enriquecimento sem causa, *negotiorum gestio*, e *culpa in contrahendo* (III), à liberdade de escolha (IV), às regras comuns (V) e a outras disposições (VI).

(o artigo 7.^o¹³) especificamente dirigida aos danos ambientais¹⁴. De acordo com o que nela se prevê, «a lei aplicável à obrigação extracontratual que decorra de danos ambientais ou de danos não patrimoniais ou patrimoniais decorrentes daqueles é a que resulta da aplicação do n.º 1 do artigo 4.º, salvo se a pessoa que requer a reparação do dano escolher basear o seu pedido na lei do país onde tiver ocorrido o facto que deu origem ao dano». Pode assim dizer-se que a regra contida nesta disposição é uma regra de remissão, que remete para a referida regra do n.º 1 do artigo 4.º, mas que faz cessar esta remissão quando o lesado pretender a aplicação da lei do país onde ocorreu o facto gerador do dano.

Antes de ensaiarmos a caracterização desta disposição importa que consideremos um pouco melhor a regra objecto da remissão e o que nela se prevê. Na economia do regulamento, e no domínio da responsabilidade fundada em acto ilícito, lícito, ou no risco¹⁵, o artigo 4.º é apresentado como constituindo a regra geral, à qual há que acrescentar regras especiais relativas agora à responsabilidade por produtos defeituosos (artigo 5.º), à concorrência desleal e actos que restrinjam a livre concorrência (artigo 6.º), aos danos ambientais (artigo 7.º), à violação de direitos de propriedade intelectual (artigo 8.^a), e à acção colectiva (artigo 9.º). Nesta regra geral, a lei aplicável às obrigações extracontratuais

¹³ Em especial sobre esta disposição, cfr. Michael BOGDAN, «Some reflections regarding environmental damage and the Rome II Regulation», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar (cit. supra, nota 2)*, 95-105; Spyridon VRELLIS, «The law applicable to environmental damage. Some remarks on Rome II Regulation», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber amicorum Alegria Borràs*, Madrid, 2013, Marcial Pons, 869-887; e Paola IVALDI, «European Union, environmental protection and private international law. Article 7 of Rome II Regulation», *The European Law Forum*, 13/5-6 (2013) 137-144 [também publicado em língua italiana in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 49/4 (2013) 861-882].

¹⁴ Muito embora o texto do Regulamento não nos ofereça uma noção de dano ambiental, tal ocorre com o seu preâmbulo, que no considerando 24 clarifica que «por «danos ambientais» deverá entender-se a alteração adversa de um recurso natural, como a água, o solo ou o ar, ou a deterioração do serviço de um recurso natural em benefício de outro recurso natural ou do público, ou a deterioração da variabilidade entre organismos vivos».

¹⁵ Que corresponde, como vimos (na nota 12), ao Capítulo II do Regulamento.

decorrentes da responsabilidade¹⁶ começa por ser apresentada¹⁷ (no referido n.º 1) como a lei do país onde ocorre o dano, precisando-se que esta determinação não é afectada pela circunstância de ser eventualmente outro o país onde tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano ou o país ou países onde ocorram as consequências indirectas desse facto. Porém, sensível à circunstância¹⁸ de a residência habitual¹⁹ da pessoa cuja responsabilidade é invocada e do lesado se encontrar no mesmo país no momento em que ocorre o dano, e de tal poder determinar uma ligação mais forte da relação de responsabilidade a esse sistema jurídico, o legislador da União determinou, no n.º 2 do mesmo artigo, a aplicação, em tal caso, da lei desse país. Tendo também acrescentado, no n.º 3 daquela disposição, uma cláusula de excepção²⁰ nos termos da qual «se resultar claramente do conjunto das circunstâncias que a responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco tem uma conexão manifestamente mais estreita com um

¹⁶ Fundada, repete-se, em acto ilícito, lícito, ou no risco.

¹⁷ No referido n.º 1.

¹⁸ Que igualmente impressionou o legislador português. Veja-se o artigo 45.º, n.º 3, do Código Civil.

¹⁹ No artigo 23.º prescreve-se que, para efeitos do regulamento, a residência habitual das sociedades e outras entidades com ou sem personalidade jurídica é o local onde se situa a respectiva administração central, sendo que se considera que a residência habitual corresponde ao local onde se situa a sucursal, agência ou outro estabelecimento, caso o facto que dá origem ao dano seja praticado, ou o dano ocorra, no exercício da actividade de uma sucursal, agência ou outro estabelecimento (n.º 1); e que a residência habitual de uma pessoa singular no exercício da sua actividade profissional é o local onde se situa o seu estabelecimento principal (n.º 2).

²⁰ Sobre esta figura, cfr. Claus DUBLER, *Les Clauses d'exception en droit international privé*, Genève : Georg, 1983; Pauline RÉMY-CORLAY, «Mise en oeuvre et regime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois», *Rev. crit. DIP*, 92 (2003) 37-76; Johan MEEUSEN, «Exception clauses and conflict of laws: new legislation, same issues», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, Athens, 2014, Nomiki Bibliothiki, 569-578; e, entre nós, Moura RAMOS, por último em «Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado», in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, Coimbra, 1999, Coimbra Editora, (Studia Iuridica, 38. Colloquia – 1), 93-124 (109-117); e Maria João Matias FERNANDES, *A Cláusula de Desvio no Direito de Conflitos. Das condições de acolhimento da cláusula de desvio geral implícita no direito português*, Coimbra, 2007, Almedina.

país diferente²¹ do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país».

À face do que fica dito, parece poder dizer-se a regra geral consagrada no domínio da responsabilidade extracontratual pelo Regulamento parte da aplicação da lei do lugar do dano (*lex damni*)²², lei a que substitui a lei da residência habitual comum do lesado e do pretendido lesante no momento em que ocorre o dano, e, a qualquer uma delas, a lei com a qual a relação de responsabilidade presente, de forma clara, tendo em conta o conjunto das circunstâncias, uma conexão manifestamente mais estreita. Trata-se pois de uma conexão flexível, que, partindo embora de uma opção conflitual típica [em favor de uma conexão localizadora, que dá preferência ao lugar do resultado ou da verificação do dano (*Erfolgsort*)²³ em relação ao do lugar da conduta ou facto gerador (*Handlungsort*) daquele], a faz ceder perante a lei da residência habitual comum do lesante e do lesado (as duas partes na relação em causa) no momento da verificação do dano (a quem reconhece assim uma maior potencialidade localizadora, como que nela vendo o ambiente em que se encontra imersa a relação de responsabilidade), mas afastando também esta perante a existência, consideradas todas as circunstâncias do caso, de uma conexão mais estreita com uma outra lei (a avaliar necessariamente pelo juiz). Concluir-se-á assim que a regra geral do artigo 4.º do Regulamento segue o paradigma conflitual clássico da regra de conflitos baseada na ideia de localização²⁴, corrigindo esta loca-

²¹ Precisou-se, a este propósito, que «uma conexão manifestamente mais estreita com um outro país poderá ter por base, nomeadamente, uma relação preexistente entre as partes, tal como um contrato, que tenha uma ligação estreita com a responsabilidade fundada no acto lícito, ilícito ou no risco em causa».

²² Diferentemente com o que ocorria com a primeira opção do nosso legislador, que, em 1966 (artigo 45.º, n.º 1) optou pela lei «do Estado onde decorreu a principal actividade causadora do prejuízo». Ou seja, a lei do facto gerador da responsabilidade.

²³ Preconizando em princípio esta mesma orientação, cfr., entre nós, Baptista MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª ed. actual., Coimbra, 1982, Almedina, 368-373.

²⁴ Para uma categorização diferenciadora deste tipo de regras de conflitos, cfr. a obra de Paolo Michele PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversifica-*

lização em favor de uma outra também legislativamente prevista que revele num dado caso uma relação de maior proximidade com a relação de responsabilidade, e flexibilizando-a depois, ao sujeitá-la ao funcionamento de uma cláusula de excepção.

Regressando agora especificamente ao dano ambiental, importa porém reconhecer que não é à regra geral do artigo 4.º que acabámos de descrever que é feita a remissão do artigo 7.º a que acima nos referimos. Na verdade, tal remissão não se dirige a esta regra na sua globalidade, mas apenas à parte dela que se encontra reflectida no n.º 1 daquela disposição, ou seja, a que se refere à lei do país onde ocorre o dano (*lex loci damni*)²⁵. É pois desta lei do país da realização do dano (*Erfolgsort*) que se parte em matéria de dano ambiental, sendo que ela cede, porém, nos termos da parte final do artigo 7.º, em favor da lei do país onde tiver ocorrido o facto gerador (*Handlungsort*), se a pessoa que requer a reparação do dano escolher basear o seu pedido nesta lei. A localização que em princípio merece a presença do legislador é assim preterida em benefício de uma outra²⁶, numa aplicação do princípio da lei mais

tion de la méthode conflictuelle en Europe, Genève : Georg, 1985.

²⁵ Precisando-se que esta opção é independente de (e não é afectada por) outro ser o lugar do facto que deu origem ao dano ou aquele em que ocorram as consequências indirectas desse facto.

²⁶ Algo de semelhante ocorria, inversamente, com a regra do n.º 2 do artigo 45.º do Código Civil, onde a conexão inicialmente objecto de preferência (a que se referia à lei do Estado onde ocorrera a principal actividade causadora do prejuízo), era preterida a favor da lei do Estado onde se produzira o efeito lesivo, se esta lei considerar responsável o agente e tal o não fizer a lei do país onde tiver lugar a sua actividade, desde que o agente devesse prever a produção do dano, naquele primeiro país, como consequência do seu acto ou omissão.

Mas existem obviamente diferenças entre as duas normas: para além da circunstância de nos encontrarmos num caso perante uma regra geral para todas as hipóteses de responsabilidade extracontratual, e, no outro, perante uma regra específica para a responsabilidade proveniente de danos ambientais, são desde logo diversos os elementos de conexão que num caso como noutro servem quer de critério-base (o facto gerador, no nosso direito, o efeito lesivo, no Regulamento) quer de critério a que se recorre num segundo momento (o efeito lesivo, no nosso Código Civil, o facto gerador no Regulamento). Por outro lado, a aplicação deste segundo critério (determinada, como se referiu, pela ideia de *favor laesi*) tem lugar, no regulamento, quando o lesado invoque a lei para que ele aponta, enquanto que, no nosso direito, a aplicação da lei por ele designada se impõe sem mais ao juiz, sendo condição necessária e suficiente da sua aplicação a circunstância de o agente dever prever a possibilidade de o seu comportamento (activo ou omissivo) gerar a produção do dano nesse país.

favorável ao lesado (*Gunstigeitsprinzip*)²⁷, quando esta seja por ele escolhida como base legal da acção. E a correcção desta forma operada à primeira indicação do legislador conflitual vem assim possibilitar a qualificação da regra do artigo 7.º, no seu todo, como uma regra de conflitos de conexão substancial²⁸.

2.2. A possibilidade de uma *electio iuris*

Como acima adiantámos, o Regulamento consagra o princípio da autonomia das partes, admitindo com particular latitude²⁹ a liberdade de designação, por elas, da lei aplicável³⁰. Esta previsão surge-nos no artigo 14.º, que permite que as partes possam subordinar obrigações extracontratuais à lei da sua escolha mediante convenção posterior ao facto que dê origem ao dano, ou, caso todas as partes desenvolvam actividades económicas, também mediante uma convenção livremente negociada, anterior ao facto que dê origem ao dano. Para tanto, requer-se³¹ que a escolha seja expressa ou decorra, de modo razoavelmente certo, das circunstâncias do caso, e não prejudique os direitos de terceiros (n.º 1). Trata-se de uma possibilidade que, além de admitida pelos demais instrumentos de direito internacional privado da União

²⁷ A respeito de um tal princípio, cfr. Margarete MUHL, *Die Lehre von «besserem» und «gunstigerem» Recht im Internationalen Privatrecht. Zugleich eine Untersuchung des «better-law approach im amerikanischen Kollisionsrecht*, München, 1982, C. H. Beck, especialmente p. 42-99; e, entre nós, Moura RAMOS, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1990, Almedina, 364-373, e Eugénia Galvão TELES, «Sobre o critério da “lei mais favorável” nas normas de conflitos», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. I, Coimbra, 2005, Almedina, 193-238.

²⁸ Para uma densificação desta categoria, cfr. a obra de Paolo Michele Patocchi referida *supra*, na nota 24.

²⁹ Mas não com carácter geral. Recorde-se que as leis que o Regulamento considera competentes em matéria de concorrência desleal e actos que restrinjam a livre concorrência (artigo 6.º), e em sede de violação de direitos de propriedade intelectual (artigo 8.º) não podem ser afastadas por acordo das partes, nos termos, respectivamente, do n.º 4 e do n.º 3 daqueles dois artigos.

³⁰ Sobre o ponto, veja-se P. BERTOLI, «Party autonomy and choice of law. Methods in the Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2 (2009) 231-260.

³¹ Como sucedia já no artigo 3.º, n.º 1, da Convenção de Roma, e viria a ocorrer, também no artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 593/2008 (citados *supra*, na nota 4).

Europeia³², tem vindo a ser objecto de largo consenso doutrinário³³, tendo igualmente sido acolhida, no domínio que nos ocupa, em diversos sistemas estaduais de direito internacional privado.

³² Para além do texto citado em último lugar na nota anterior, cfr., ainda que em termos diversos, o artigo 8.º do Protocolo da Haia sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos, de 2007, para que remete o artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 4/2009, do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares, o artigo 5.º do Regulamento (UE) n.º 1259/2010, do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, e os artigos 22.º e 25.º, n.º 3, do Regulamento (UE) N.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu.

³³ Para a sua fundamentação, cfr. A. CURTI-GIALDINO, «La volonté des parties en droit international privé», *Recueil des Cours*, 137/3 (1972) 743-914; Alfred von Overbeck, «L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé», in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, Bruylant, 619-636; Moura RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (cit. supra, nota 27), 429-453; António Marques dos SANTOS, «Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço* v. I, Coimbra, 2002, Almedina, 379-429; Dieter HENRICH, «Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität», in *Festschrift für Erik Jayme* (cit. supra, nota 2), 320-329; Stefan LEIBLE, «Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegensheitslösung?», *ibidem*, 484-503; Jean-Michel Jacquet, «Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, Dalloz, 727-745; e, mais perto de nós, Jürgen BASEDOW, «Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts», *RabelsZ*, 75 (2011) 32-59; Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, «La autonomía de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas. Autonomía de la voluntad. Elección de ley aplicable: Consentimiento y forma de los actos», in *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. V – *Derecho internacional privado e interregional*, 2012, Consejo General del Notariado, 1-166; Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, «La autonomía de la voluntad como principio informador del derecho internacional privado en la sociedad global», *ibidem*, 167-301; Guillermo PALAO MORENO, «La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales», *ibidem*, 817-956; Christian KOHLER, «L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé : Un Principe universel entre libéralisme et étatismes», *Recueil des Cours*, 359 (2013) 285-478; Sergio M. CARBONE, «Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato : diverse tecniche e un'unica funzione», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 49 (2013) 569-592; e Symeon C. SYMEONIDES, «Party autonomy and the *lex limitativa*», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. supra, nota 20), 909-924.

Cumpra porém sublinhar que esta possibilidade de *electio iuris* não é irrestrita, sendo afectada por limites. Nestes termos, não só se especifica que «sempre que todos os elementos relevantes da situação se situem, no momento em que ocorre o facto que dá origem ao dano, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse país não derogáveis por acordo» (n.º 2)³⁴, como se adianta que «sempre que todos os elementos relevantes da situação se situem, no momento em que ocorre o facto que dá origem ao dano, num ou em vários Estados-Membros, a escolha, pelas partes, de uma lei aplicável que não a de um Estado-Membro, não prejudica a aplicação, se for esse o caso, das disposições de direito comunitário não derogáveis por convenção, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro» (n.º 3). Trata-se aqui de, no caso particular de todos os elementos relevantes da situação se situarem, no momento em que ocorre o facto que dá origem ao dano, num país que não seja o país da lei escolhida, salvaguardar a aplicação das disposições da lei desse país não derogáveis por acordo, assim se evitando a sua frustração por um acordo das partes que como que se furtariam deste modo ao cumprimento de disposições inderrogáveis numa situação que só se tornou verdadeiramente plurilocalizada (e não meramente interna) por força da escolha da lei (ou da eleição da jurisdição) que as partes exprimiram³⁵. E que se entendeu dever ser equacionada da mesma forma, por identidade de razão e em nome da salvaguarda do direito da União, no caso em que aquela concentração dos elementos relevantes da situação ocorre num ou vários Estados-Membros e a lei escolhida pelas partes é a lei de um Estado não-Membro, em relação às disposições de direito da União não derogáveis por convenção, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro³⁶.

³⁴ Circunstancialismo paralelo ao que existia já no artigo 3.º, n.º 3, da Convenção de Roma, e que passou depois a constar também do artigo 3.º, n.º 3 do Regulamento n.º 593/2008 (citados *supra*, na nota 4).

³⁵ Para uma mais larga justificação deste ponto de vista, veja-se o que dissemos a propósito do lugar paralelo dos contratos, in *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (cit. *supra*, nota 27), 449-453, especialmente nota 140.

³⁶ Vide, no mesmo sentido, o artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 593/2008 (citado *supra*, na nota 4).

Mau grados estes limites, que como que mais não fazem que prevenir situações de abuso na possibilidade de escolha da lei, a autonomia das partes encontra assim uma ampla consagração no domínio do Regulamento. Consagração que se não afigura ser contraditória com o objectivo do *favor laesi* que ilumina a regra de conflitos constante do artigo 7.º deste texto. Na verdade, ao admitir-se tão só a escolha da lei posterior ao facto que dê origem ao dano (apenas lhe podendo ser anterior, e mediante convenção livremente negociada, no caso de todas as partes desenvolverem actividades económicas), estará em princípio assegurada a genuinidade da manifestação de vontade dos interessados e a sua plena informação sobre o alcance do acordo a que por esta forma chegam.

2.3. Os outros preceitos do Regulamento

Para além de recortar o âmbito (artigo 15.^{o37}) da lei considerada aplicável pelas suas diversas disposições³⁸, o instrumento a que nos referimos pronuncia-se ainda sobre a aplicação das disposições da lei do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto independentemente da lei normalmente aplicável à obrigação extracontratual (artigo 16.^o), preconiza a tomada em consideração (*prise en considération, Berücksichtigung*), na avaliação do comportamento da pessoa cuja responsabilidade é invocada, a título de matéria de facto e na medida em que for apropriado, das regras de segurança e de conduta em vigor no lugar e no momento em que ocorre o facto que dá origem à responsabili-

³⁷ Nele incluindo, designadamente, o fundamento e o âmbito da responsabilidade, incluindo a determinação das pessoas às quais pode ser imputada responsabilidade pelos actos que praticam (a), as causas de exclusão da responsabilidade, bem como qualquer limitação e repartição da responsabilidade (b), a existência, a natureza e a avaliação dos danos ou da reparação exigida (c), as medidas que um tribunal pode tomar para prevenir ou fazer cessar o dano ou assegurar a sua reparação, nos limites dos poderes conferidos ao tribunal pelo seu direito processual (d), a transmissibilidade do direito de exigir indemnização ou reparação, incluindo por via sucessória (e), as pessoas com direito à reparação do dano pessoalmente sofrido (f), a responsabilidade por actos de outrem (g), e as formas de extinção das obrigações, bem como as regras de prescrição e caducidade, incluindo as que determinem o início, a interrupção e suspensão dos respectivos prazos (h).

³⁸ Artigos 4.º a 14.º.

dade (artigo 17.º), admite a acção directa contra o segurador do responsável pela reparação, se a lei aplicável à obrigação extracontratual ou a lei aplicável ao contrato de seguro assim o prever (artigo 18.º)³⁹, regula as situações de sub-rogação (artigo 19.º) e de responsabilidade múltipla (artigo 20.º), rege em matéria de validade formal dos actos unilaterais relativos a uma obrigação extracontratual (artigo 21.º) e dos meios de prova admitidos a seu respeito (artigo 22.º, n.º 2), e disciplina o regime do ónus da prova e das presunções legais (artigo 22.º, n.º 1).

Por outro lado, e agora com interesse para o tratamento das questões da parte geral, o Regulamento, aqui acompanhando os demais instrumentos de direito internacional privado da União Europeia em matéria de conflitos de leis, afirma a exclusão do reenvio (artigo 24.º)⁴⁰, pronuncia-se sobre a referência a ordenamentos plurilegislativos de base territorial (artigo 25.º)⁴¹, consagra a excepção de ordem pública (artigo 26.º)⁴², e regula as relações

³⁹ Recentemente, o Tribunal de Justiça julgaria (acórdão de 9 de Setembro de 2015, *Eleonore Pruller-Frey/Norbert Brodnig e Axax Versicherung AG*, C-240/14, ainda não publicado na *Colectânea*) que aquele preceito não constitui uma regra de conflito de leis relativamente ao direito material aplicável à determinação da obrigação que incumbe ao segurador ou ao segurado por força de um contrato de seguro (ponto 40), limitando-se a permitir que seja proposta uma acção directa nos casos em que uma das leis enumeradas no mesmo artigo autorize tal possibilidade (ponto 41), pelo que, para determinar se, num dado caso, um pretendo lesado pode demandar directamente o segurador do alegado lesante, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio analisar se a lei aplicável à obrigação extracontratual em causa no processo principal, determinada em conformidade com o disposto no artigo 4.º do Regulamento n.º 864/2007, ou a lei aplicável ao contrato de seguro celebrado entre o lesado e a seguradora permitem que tal acção seja proposta (ponto 43).

⁴⁰ Se tal ocorreria igualmente com os Regulamentos n.º 593/2008 (artigo 20.º), 4/2009 (artigo 12.º do Protocolo da Haia, para que se remete no artigo 15.º daquele texto), e Regulamento n.º 1259/2010 (artigo 11.º), recorde-se que a solução conheceria uma relativa inversão com o Regulamento n.º 650/2012 (artigo 34.º), onde o reenvio é admitido (com algumas excepções referidas no n.º 2) quando as regras de conflitos da lei designada remetam para a lei de um Estado-Membro ou para a lei de um Estado terceiro que aplicaria a sua própria lei.

⁴¹ Cfr. também o artigo 22.º do Regulamento n.º 593/2008, e, com um regime mais desenvolvido, os artigos 15.º e 16.º do Protocolo da Haia, para que se remete no artigo 15.º do Regulamento n.º 4/2009, os artigos 14.º e 16.º do Regulamento n.º 1259/2010, e os artigos 36.º e 38.º do Regulamento n.º 650/2012.

⁴² No mesmo sentido, o artigo 21.º do Regulamento n.º 593/2008, o artigo 13.º do Protocolo da Haia, para que se remete no artigo 15.º do Regu-

com as convenções internacionais referentes a obrigações extracontratuais⁴³ que vinculem os Estados-Membros (artigo 27.º)⁴⁴.

IV. CONFRONTO COM O REGIME PRECEDENTE, CONSTANTE DO CÓDIGO CIVIL DE 1966

Antes de terminar este breve estudo, e muito embora já lhe tenhamos feito aqui e ali algumas referências, não queríamos deixar de comparar a disciplina actualmente vigente, que sucintamente descrevemos, com a que para a questão em exame resultava do Código Civil de 1966, concretamente do seu artigo 45.º. Apesar de, como vimos, ela não ser já pertinente em matéria de regulamentação do dano ambiental⁴⁵, não é menos verdade que continua a reger outras obrigações extracontratuais⁴⁶, tratando-se pois de direito vivo; e esse confronto também não deixará de nos auxiliar num juízo de apreciação sobre tal regime.

A primeira nota que importa deixar registada é a de que enquanto o regime vigente (e constante do Regulamento n.º 864/2007) é um regime especial para as obrigações extracontratuais resultantes de danos ambientais, o que pressupõe a sua maior adequação a este tipo de obrigações, o regime anterior era um regime de natureza geral e único, desenhado para todos os casos de responsabilidade, e nessa medida igualmente aplicável às que ora consideramos. A modificação assim operada inclui-se assim no movimento de especialização⁴⁷ das regras de conflitos

lamento n.º 4/2009, o artigo 12.º do Regulamento n.º 1259/2010, e o artigo 35.º do Regulamento n.º 650/2012.

⁴³ Note-se que o artigo 29.º prevê a obrigação de os Estados-Membros comunicarem à Comissão a lista destas convenções (e a sua eventual denúncia no futuro).

⁴⁴ O que igualmente ocorre com os artigos 25.º do Regulamento n.º 593/2008, 18.º e 19.º do Protocolo da Haia, para que se remete no artigo 15.º do Regulamento n.º 4/2009, 19.º do Regulamento n.º 1259/2010, e 75.º do Regulamento n.º 650/2012.

⁴⁵ Cfr. *supra*, n.º 2, especialmente notas 7 e 8.

⁴⁶ Designadamente as decorrentes da violação da vida privada e dos direitos de personalidade. Cfr. *supra*, a nota 7.

⁴⁷ A este propósito, cfr. Moura RAMOS, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, nota 27), 373-379; e Julio GONZALEZ CAMPOS,

que tem caracterizado o direito internacional privado dos nossos dias e que se traduz num maior apuramento da ideia de justiça conflitual.

Depois, há que realçar que os dois regimes constituem aplicações da metodologia conflitual clássica, constituindo a sua maior divergência na circunstância, bem compreensível se atentarmos em que o regime do Código Civil foi concebido há mais de meio século, de, contrariamente ao que sucede no quadro do Regulamento n.º 864/2007⁴⁸, não existir naquele lugar para a afirmação, nesta matéria, do princípio da autonomia das partes na escolha da lei aplicável.

Passando agora ao tipo de regra de conflitos usado em cada um dos casos, note-se que, ambas as regras são normas de conflitos rígidas, no sentido de que não dão espaço à modelação judicial, sendo como tal desprovidas de flexibilidade⁴⁹, diferentemente do que em geral ocorre com as outras disposições do Regulamento n.º 864/2007⁵⁰.

Outra semelhança decorre de ambas as regras de conflitos serem regras de conflitos de conexão material, evidenciando assim a materialização da nossa disciplina e a sua sensibilidade aos valores da justiça material⁵¹, uma vez que a escolha da lei é

«Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *Recueil des Cours*, 287 (2000) 11-426, *maxime* p. 156-213.

⁴⁸ Cfr. *supra*, n.º 2, b).

⁴⁹ Sobre esta característica, quando associada às regras de conflitos, cfr. Moura RAMOS, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, nota 26), 379-410; e Julio GONZÁLEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général» (*cit. supra*, nota 46), 214-308.

⁵⁰ Cfr. o artigo 4.º, n.º 3, o artigo 5.º, n.º 2, o artigo 10.º, n.º 4, o artigo 11.º, n.º 4, e o artigo 12.º, n.º 2, alínea c).

⁵¹ Sobre o ponto, cfr., além dos trabalhos citados *supra*, na nota 27, Júlio GONZÁLEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général» (*cit. supra*, nota 47), 309-411; Paloma ABARCA JUNCO, «Un ejemplo de materialización en el derecho internacional privado español. La reforma del art. 107 del Código Civil», in *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos, t. II – Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia*, Madrid, 2005, Eurolex, 1095-1115; ALEGRÍA BORRÁS, «La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: Similitudes y contrastes», *ibidem*, 1287-1308; Marc FALLON, «La matérialisation du nouveau

claramente influenciada por uma preocupação material, no caso o *favor laesi*, sendo que em ambas, ainda que de forma distinta⁵², se procura garantir a protecção do lesado, afastando a lei a que se reconhece em primeiro lugar a competência em favor de uma outra quando desta resulte a reparação do dano.

Distintos são, pelo contrário, a forma como se encontram hierarquizadas as duas conexões, dando o nosso Código Civil preferência à solução tradicional da lei do facto gerador (*Handlungsort*), e recorrendo à lei do efeito lesivo (*Erfolgsort*) apenas quando aquela não assegure a protecção do lesado, e sendo o caminho inverso o que é trilhado no Regulamento. Ainda em matéria de escolha das conexões relevantes, anote-se que, ao contrário do que em geral sucede⁵³, o Regulamento não dá relevo, nesta matéria, e diferentemente ao que ocorre com a nossa lei⁵⁴, à lei que constitui o meio social comum ao lesante e ao lesado (a lei da sua nacionalidade comum ou da sua residência habitual comum no momento em que ocorre o dano, ou o facto que lhe dá origem), o que cremos decorrer do tipo de dano que neste caso está na origem da responsabilidade extracontratual.

Finalmente, saliente-se que a particular sensibilidade revelada pelo nosso legislador ao valor da harmonia jurídica internacional (e revelada na aceitação de um princípio altruísta ou in-

droit international privé projeté en Belgique», *ibidem*, 1493-1511; e M.^a Elena ZABALO ESCUDERO, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», *ibidem*, 1815-1835.

⁵² No Regulamento, se o requerente fundar o seu pedido nessa lei; no Código Civil, independentemente disso, cabendo ao juiz fazê-lo officiosamente (cfr. *supra*, nota 26). E note-se que a condição de que, no Código Civil depende a movimentação da segunda conexão considerada [dever o agente prever a possibilidade de o seu comportamento (activo ou omissivo) gerar a produção do dano no país onde ocorreu o efeito lesivo], se compreende em geral pelo objectivo de salvaguardar a conduta do agente que obedeceu aos parâmetros legais da lei do país onde actuou, ainda que se mostre inadequada para a hipótese de danos, como os presentes, que se revestem de natureza catastrófica. Mais do que uma diversa filosofia existe pois entre as duas soluções conflituais uma diferença que resulta da natureza geral de uma delas (a do nosso Código Civil) e da consideração específica e exclusiva, na outra (a do Regulamento), da problemática do dano ambiental.

⁵³ Cfr. os artigos 4.º, n.º 2, 10.º, n.º 2, 11.º, n.º 2, e 12.º, n.º 2, alínea b).

⁵⁴ Cfr. o n.º 3 do artigo 45.º do Código Civil.

ternacionalista⁵⁵ na regulamentação do reenvio) não encontra eco no Regulamento, que de todo exclui a actuação deste mecanismo.

IV. CONCLUSÃO

Parece poder concluir-se que o regime da responsabilidade por danos ambientais presentemente em vigor (e que procede da ordenação jurídica da União Europeia) obedece aos parâmetros actuais que presidem à conformação da disciplina conflitual deste instituto. Assim, admite a possibilidade de utilização da autonomia das partes, crescentemente aceite na nossa disciplina, recorrendo na sua falta à lei do lugar do efeito danoso, possibilitando no entanto que o lesado recorra à lei do lugar do facto gerador da responsabilidade, numa clara manifestação de uma ideia de *favor laesi*. Adiantar-se-á que, mesmo tendo em conta que o nosso Código Civil operava, na matéria a que nos dedicámos, com uma regra geral e o Regulamento dispõe de uma disposição especial para os danos ambientais, não são muitas as diferenças entre a disciplina conflitual desta matéria, nos dois textos, decorrendo a mais importante do não reconhecimento, naquele primeiro diploma (e ao contrário do que ocorre com o Regulamento) do relevo da autonomia das partes em termos de escolha de lei⁵⁶. Apesar de se não ignorar que, como tem igualmente sido sublinhado⁵⁷, o Regulamento incorpora a profunda transformação ocorrida no direito internacional privado das obrigações extracontratuais na sequência da *conflicts revolution* norte-americana⁵⁸, podendo pois

⁵⁵ Para utilizar a formulação de Alfred VON OVERBECK (in «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, 176/3 (1982) 9-258, a p. 134. A este o autor opõe um princípio egoísta ou nacionalista.

⁵⁶ Posição que, à época da aprovação do Código Civil, repetimos, se encontrava absolutamente generalizada.

⁵⁷ Assim, por exemplo, Peter E. HERZOG, «Le début de la “révolution” des conflits de lois aux États-Unis et les principes fondamentaux de la proposition “Rome II”. Y a-t-il un “paralélisme inconscient”?», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gandemet-Tallon* (*cit. supra*, nota 33), 71-83.

⁵⁸ Para uma síntese da influência deste movimento de ideias no direi-

com justiça falar-se, a respeito do corte com a situação anteriormente vivida a este respeito, de uma mudança de paradigma⁵⁹, o certo é que, no particular domínio dos danos ambientais, as diferenças entre os dois sistemas não são afinal muito pronunciadas. O que só pode levar-se à conta, ao que cremos, da modernidade do sistema entre nós introduzido pelo Código de 1966, uma característica, de resto, que não passaria desapercibida a um dos autores estadunidenses que encabeçaram aquele movimento⁶⁰.

to internacional privado europeu, cfr., recentemente, Peter HAY, «European Conflicts Law after the American “Revolution” – Comparative Notes», *The European Legal Forum* 15/1 (2015) 1-10.

⁵⁹ Expressamente neste sentido, a investigação de Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado. A Mudança de Paradigma*, Coimbra, 2013, Almedina

⁶⁰ Assim David Cavers, que ao analisar um conjunto de disposições legislativas europeias em matéria direito internacional privado das obrigações contratuais e extracontratuais (as das Disposições Preliminares ao Código Civil Italiano de 1942, do Projecto de reforma do Código Civil francês em matéria de direito internacional privado elaborado por uma comissão presidida por Henri Batiffol nos finais da década de sessenta, do Projecto Benelux de 1969, e as do Código Civil Português de 1966), consideraria serem as do nosso direito as mais interessantes. Cfr., do autor, «Legislative Choice of Law: Some European examples», *Southern California Law Review*, 44 (1970-1971) 340-361 (348).

2.

DANOS AMBIENTAIS / DANOS ECOLÓGICOS O FUNDO DE INTERVENÇÃO AMBIENTAL

Filipe Albuquerque Matos
Professor Auxiliar de Direito Civil
Universidade de Coimbra
Investigador do IJ

Sumário: *Responsabilidade ambiental e danos puramente patrimoniais. Responsabilidade Civil Ambiental e o nexso de causalidade. Aligeiramento das exigências de causalidade e os seguros de responsabilidade civil. O novo regime da responsabilidade por danos ambientais versus seguros de responsabilidade. Os domínios de actuação do Fundo de Intervenção Ambiental e dos seguros de responsabilidade civil ambiental. Pluralidade de responsáveis e seguros cumulativos – o sobresseguro.*

Neste trabalho propomo-nos fundamentalmente reflectir sobre o modo como o instituto da responsabilidade civil delitual e as regras do direito dos seguros respondem aos desafios colocados pela hodierna realidade ambiental. Convocaremos necessariamente para esta reflexão as modificações operadas no nosso ordenamento jurídico positivo em matéria de responsabilidade civil, na sequência de exigências normativas comunitárias impostas no universo da responsabilidade ambiental, bem como a mais recente legislação nacional na área dos seguros.

Podemos então legitimamente questionar se a melhor forma de reagir às perturbações operadas no ambiente que encontram na poluição de carácter difuso uma clara manifestação

será a mobilização das normas de responsabilidade civil. Como a este propósito sublinha a Directiva 2004/35 CE, apenas pode reagir-se eficazmente contra os danos ocorridos no ambiente, se os mesmos forem concretamente determinados, bem como se houver lugar à identificação do(s) poluidor(es), e ainda se vier a estabelecer-se um nexo de causalidade entre os danos e os poluidores identificados. Todas estas considerações constantes do considerando 13 do mencionado diploma normativo comunitário ganham uma particular acuidade no tocante ao dano ecológico, ou seja, aquele cujo bem atingido é o próprio ambiente, ou seja, um dos componentes do ambiente natural¹. Interessa então proceder a uma distinção entre o dano ecológico, cujos traços característicos acabámos de definir, e os danos ambientais que se configuram como os concretos prejuízos sofridos na esfera jurídica de alguém, seja na sua pessoa ou nos bens, através do ambiente.

Uma breve análise do regime contido no Dec.-Lei n.º 147/2008, de 19 de Julho, a propósito da responsabilidade ambiental, leva-nos a concluir que quer a mesma se configure como uma responsabilidade independente de culpa (art. 7.º), quer revista as características da responsabilidade por factos ilícitos (art. 8.º) qualquer dos danos integrados no binómio (danos ecológicos/danos ambientais) são alvo de ressarcimento. Razão por que na Doutrina² se aluda à perda parcial de relevância deste critério distintivo, com a entrada em vigor da lei da responsabilidade civil ambiental, não obstante o mesmo surgir expressamente mencionado no respectivo preâmbulo.

Um confronto com a disciplina jurídica fixada na lei de bases do ambiente n.º 11/87, de 7 de Abril, revela que o binómio danos ambientais/danos ecológicos assumia aí uma maior im-

¹ Para uma melhor caracterização do dano ecológico, cfr. Luís Mezezes LEITÃO, “A Tutela Civil do Ambiente”, *Revista de Direito do Ambiente e do Ordenamento do Território*, 4-5 (1999) 35-36; Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, Coimbra, 2007, 13; J. Cunhal SENDIM, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos. Da Reparação do Dano através da Restauração Natural*, Coimbra, 1998, 69-70; J. Eduardo Figueiredo DIAS, *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, Coimbra, 2014, 854-855 (nota 1625).

² Cfr., a este propósito, J. Eduardo Figueiredo DIAS, *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, 854-855 (nota 1625).

portância, uma vez que a propósito da responsabilidade objectiva prevista no art. 41.º se sufragava a restrição do seu âmbito de aplicação aos danos ecológicos, porquanto a tutela dos cidadãos directamente ameaçados ou lesados pelo ambiente se encontrava apenas prevista no universo da responsabilidade por factos ilícitos, no art. 40.º, n.º 4³.

Apesar da relevância regulativa deste binómio se encontrar particularmente atenuada com a disciplina fixada pelo Dec.-Lei n.º 147/2008, certo é que a mesma não deixa de pontificar a propósito da actuação do Fundo de Intervenção Ambiental⁴ previsto no art. 23.º uma vez que o seu campo de intervenção se encontra circunscrito ao universo dos danos ecológicos. Neste contexto, erguem-se vozes na doutrina a aplaudir a maior clareza do regime actual, uma vez que o mesmo contribuiu para se afastarem as dúvidas suscitadas a propósito das acções de responsabilidade no contexto da acção popular, pois tornou-se bem mais claro e explícito que a reparação dos danos ecológicos desencadeada pelos populares não se reconduz a atribuição de uma quantia em dinheiro. Pretende-se antes com a intervenção do Fundo

³ Acerca destas hesitações em torno do âmbito de aplicabilidade do regime da responsabilidade objectiva prevista na lei de bases do ambiente n.º 11/87, cfr. J. SINDE MONTEIRO, “Protecção dos Interesses Económicos na Responsabilidade Civil por Dano Ambiental”, in *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, (Studia Iuridica 81), 139-140. Importa esclarecer que a responsabilidade pelo risco prevista no art. 41.º se encontrava dependente da prática pelo agente de “uma acção especialmente perigosa”. Desta feita, se estivéssemos perante uma actividade perigosa seria convocado o art. 493.º, n.º 2, podendo o agente elidir a presunção de culpa se demonstrasse ter adoptado todos os procedimentos exigidos pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos. Porém, tratando-se de uma acção especialmente perigosa ficava vedada ao agente a prova acabada de mencionar, pois a responsabilidade prevista no art. 41.º da Lei de Bases do ambiente era uma responsabilidade objectiva. Acerca da articulação entre estas disposições no âmbito da vigência da Lei de Bases do Ambiente n.º 11/87, cfr. Luís Menezes LEITÃO, “A Tutela Civil do Ambiente”, 33. Para além desta dificuldade de articulação entre o art. 493.º, n.º 2, e o art. 41.º da Lei n.º 11/87, uma questão prévia se manifestava particularmente problemática: proceder à distinção entre acção perigosa e acção especialmente perigosa, distinção da qual depende a mobilização de um ou outro dos preceitos mencionados.

⁴ O Fundo de Intervenção Ambiental foi criado pelo n.º 1 do art. 69.º da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, encontrando-se a sua orgânica e actividade regulamentada no Dec.-Lei n.º 150/2008, de 30 de Julho.

Ambiental a reparação *in natura* dos recursos naturais ao estado inicial, recorrendo-se, quando necessário, a medidas complementares compensatórias, consubstanciadas basicamente em acções destinadas a compensar perdas transitórias nos referidos recursos até se alcançar plenamente os efeitos da almejada reparação natural. Como sublinha a este propósito José Eduardo F. Dias “se no decurso de uma acção de efectivação da responsabilidade, e perante a inércia do lesante na execução das medidas em que foi condenado, os autores tiveram de pedir a execução para pagamento de quantia certa, esta deverá reverter para o Fundo de Intervenção Ambiental, conforme prevê a al. d) do n.º 1 do art. 6.º do Dec.-Lei n.º 150/2008 – devendo o produto das acções de regresso propostas pelo Estado contra o responsável pelo dano ecológico para recuperar os custos das medidas de prevenção e reparação de danos ecológicos que o primeiro tenha tido de suportar ter também como destino o Fundo”⁵.

Tendo em conta o princípio da restituição *in natura* consagrado no art. 15.º, n.º 1, al. b)⁶, do Dec.-Lei n.º 147/2008, o qual, de resto, corresponde ao mecanismo tido como privilegiado para levar a cabo a reparação dos danos em sede de responsabilidade civil (art. 566.º, n.º 1 do Cód. Civil), o Fundo

⁵ Cfr. J. Eduardo Figueiredo DIAS, *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, 857-858. No mesmo sentido, considerando que a actuação do Fundo de Intervenção Ambiental no âmbito dos danos ecológicos não é movido pela finalidade de atribuição de um equivalente pecuniário aos autores que pretendem promover a reparação dos ditos prejuízos, *vide*, Carla Amado GOMES, “A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho”, *O Direito*, 141/7 (2009) 147-149.

⁶ Esta prevalência pela regra da restituição natural decorre ainda do regime fixado no art. 14.º do Dec.-Lei n.º 147/2008, onde se encontram previstas medidas de prevenção para as hipóteses de ameaça eminente de danos ambientais, demonstrando o legislador uma preocupação em garantir a incolumidade do ambiente, sendo uma tal objectivação confirmada em outras disposições deste diploma, como o art. 16.º, n.º 3, no qual a propósito da adopção de um outro tipo de medidas - medidas de reparação -, se alude “às possibilidades de regeneração natural” como critério de selecção de tais medidas. Aí se prevê que face à impossibilidade de adopção simultânea das medidas de reparação necessárias, na hipótese de ocorrência de danos ambientais, a autoridade competente determinará a ordem de prioridade na efectivação das mesmas, tendo em conta diversos critérios, um dos quais é precisamente a viabilidade de regeneração natural propiciadas pelas mencionadas medidas de reparação.

de Intervenção Ambiental tem nos mecanismos de prevenção⁷ e reparação dos danos causados ao ambiente ou nos ataques iminentes aos respectivos elementos naturais aliados eficazes da sua estratégia de actuação. Em suma, quando haja lugar a uma reparação em dinheiro, nos termos atrás enunciados, os respectivos montantes revertem a favor da conservação do ambiente enquanto bem jurídico autónomo.

No entanto, os danos causados às coisas e às pessoas na sequência de efeitos ambientais adversos não deixam de merecer tutela, sem margem para dúvidas, seja nos termos gerais da responsabilidade subjectiva, para os quais remete o art. 9.º do Dec.-Lei n.º 147/2008, seja no âmbito de uma responsabilidade independente de culpa (art. 7.º do mesmo diploma)⁸ imposta às

⁷ No universo das medidas preventivas, há quem na doutrina proceda à distinção entre medidas de prevenção primária destinadas a evitar a ocorrência de danos, e as medidas de prevenção secundária, cujo objectivo se traduz em evitar o agravamento dos prejuízos, uma vez que as mesmas são adoptadas após a ocorrência de um sinistro ambiental. Para uma análise mais desenvolvida desta distinção, cfr. Alexandra ARAGÃO, “O Princípio do Poluidor Pagador como princípio nuclear da responsabilidade ambiental no Direito Europeu”, in *Actas do Colóquio – A Responsabilidade por Dano Ambiental*, Instituto de Estudos Jurídico-Políticos – Faculdade de Direito de Lisboa, 2010, 109.

⁸ Não se nos afigura feliz a formulação legal contida no Dec.-Lei n.º 147/2008, através do qual se consagra a responsabilidade objectiva das entidades mencionadas no anexo III constante do mesmo diploma legislativo, que passamos a transcrever: “Quem, em virtude do exercício de uma actividade económica enumerada no anexo III ao presente Decreto-Lei que dele faz parte integrante, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um qualquer componente ambiental é obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa, independentemente da existência de culpa ou dolo”. Uma tal formulação não se nos afigura feliz pela sua falta de rigor técnico-jurídico, uma vez que se desviou em pontos essenciais, das categorias mencionadas na norma fundamental em matéria de responsabilidade delitual – o art. 483.º, n.º 1. Reportamo-nos, desde logo, aos direitos de outrem e às disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, tendo a lei da responsabilidade ambiental optado por um discurso mais aligeirado, referindo-se apenas a direitos ou interesses alheios. Ora, pelo menos quanto aos interesses alheios revelava-se essencial uma menção à norma legal que os protege, porquanto não estarão em causa quaisquer interesses, mas sim interesses dos particulares mercedores de protecção legal. Para além disso, na parte final do preceito, o legislador querendo explicitar que o agente responde independentemente de culpa, por tal ser o traço caracterizador da responsabilidade objectiva, acaba por deixar dito o seguinte: “independentemente da existência de culpa ou dolo”, em lugar da “mera culpa ou dolo”, tal como faz o legislador civil no art.

entidades que exerçam as actividades mencionadas no anexo III⁹ deste diploma legal.

Através de uma acção de responsabilidade civil, os particulares, sem necessidade de recurso a acção popular¹⁰, podem exercer a sua pretensão ressarcitória contra os operadores que provocam danos ambientais consubstanciados em violações nos seus direitos subjectivos absolutos¹¹, traduzam-se as mesmas em ataques a bens da personalidade ou às coisas objecto de direitos reais. Ora, é este o alvo primordial da nossa análise, porquanto é neste particular contexto que se fazem sentir mais intensamente as exigências ressarcitórias susceptíveis de serem cobertas pelas

483.º, n.º 1. Na verdade, a *summa divisio* adoptada pela Lei de Responsabilidade Ambiental faz supor que o dolo não é uma modalidade de culpa. Teria sido preferível que o Dec.-Lei n.º 147/2008 tivesse a este propósito reproduzido o disposto na lei civil no art. 483.º, n.º 1. Como todos efectivamente sabemos, em sede de responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, o dolo representa a modalidade mais grave da culpa, contrapondo-se à mera culpa, que é comumente designada por negligência. Desta feita, melhor andou o legislador no art. 8.º dedicado à responsabilidade subjectiva, limitando-se aí, e bem, a reproduzir a fórmula rigorosa e assertiva constante do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, “aquele que com dolo ou mera culpa...”.

⁹ Uma breve análise das operadoras referidas no anexo III permite-nos concluir que nos encontramos perante entidades cujas actividades estão sujeitas a licenciamento, porquanto as mesmas envolvem, por regra, uma especial perigosidade, ou seja, uma potencialidade ofensiva para o ambiente. A título meramente exemplificativo consideram-se as operações de gestão de resíduos, incluindo a recolha, o transporte, a recuperação e a eliminação de resíduos e resíduos perigosos, integrando-se neste âmbito a exploração de aterros e a exploração de instalações de incineração, bem como as actividades que envolvam as descargas para as águas interiores de superfície que requeiram autorização prévia e ainda as de fabrico, utilização, armazenamento, processamento, enchimento, libertação para o ambiente de substâncias perigosas definidas no art. 3.º da Portaria n.º 732-A/98, de 11 de Setembro.

¹⁰ Como sabemos, a legitimidade popular ou colectiva representa o instrumento privilegiado de tutela dos interesses difusos, razão por que o seu campo nevrálgico de actuação seja precisamente o universo ocupado pelos danos ecológicos.

¹¹ A pretensão indemnizatória pode fundar-se ainda na violação de interesses dos particulares mercedores de protecção através de normas jurídicas – as comumente designadas normas legais de protecção, que correspondem ao substrato da segunda variante da ilicitude extracontratual prevista no art. 483.º, n.º 1, do Código Civil. Como a este propósito sublinha Menezes Leitão, “Quanto à ilicitude, mais do que a lesão de direitos subjectivos alheios, estará essencialmente em causa a violação de normas de protecção, destinadas a proteger interesses alheios”, cfr. Luís Menezes LEITÃO, “A Tutela Civil do Ambiente”, 35.

comunidades de risco, cuja actuação se encontra prevista no art. 22.º do Dec.-Lei n.º 147/2008.

Uma simples análise deste preceito legal, permite-nos identificar os seguros enquanto garantia financeira tida como condição necessária para o exercício das actividades por empresas susceptíveis de incorrerem em obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade ambiental.

Relativamente aqueles danos ambientais cuja reparação *in natura* não se manifeste possível, a seguradora garante a cobertura dos prejuízos causados a terceiros, se houver sido celebrado um seguro de responsabilidade civil, nos termos amplos em que os mesmos se encontram previstos no art. 123.º, n.º 13, do Dec.-Lei n.º 94-B/98, e no art. 137.º do Dec.-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril. Ao invés de quanto ocorre com a actuação do Fundo de Intervenção Ambiental, na verdade, as seguradoras têm em vista a reposição das esferas jurídicas individuais atingidas pelos seus segurados quando estejam em causa seguros destinados a garantir a cobertura de prejuízos derivados da exploração de actividades empresariais, ou até a responsabilidade civil do produtor por produtos defeituosos¹², quando os mesmos sejam capazes de provocar danos ambientais, a lógica dominante não é aqui a da tutela de bens jurídicos insusceptíveis de uma utilização ou apropriação individual, tal como sucede com os componentes ambientais naturais.

Estas considerações em torno do espaço de actuação do Fundo de Intervenção Ambiental e das seguradoras de responsabilidade civil quando ocorram danos ambientais, surgem claramente confirmadas nos objectivos mencionados no Dec.-Lei n.º 150/2008 que consubstanciam verdadeiramente a missão de tal entidade. Com efeito, no art. 3.º, n.º1, alínea d), o legislador exclui do âmbito material de intervenção do Fundo a reparação de danos ambientais que venha a ser assegurada nos termos de responsabilidade civil ambiental, por seu turno garantida pelas seguradoras que operem em tal universo.

¹² Estamos a reportar-nos à responsabilidade civil do produtor por produtos defeituosos regulada pelo Dec.-Lei n.º 383/89, entretanto alterado pelo Dec.-Lei n.º 131/2001.

RESPONSABILIDADE AMBIENTAL E DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS

Apesar do tom do discurso se revelar pacificador e aproblemático, não podem deixar de suscitar-se algumas perplexidades, decorrentes quer das especificidades próprias da técnica seguradora em sede de responsabilidade civil, quer dos próprios problemas substantivos engendrados no universo ambiental no contexto desta fonte legal das obrigações. Com efeito, questiona-se a nível do direito dos seguros, se os seguros de responsabilidade civil geral, com uma eventual extensão da cobertura a poluição súbita e acidental, será de molde a responder adequadamente aos desafios e exigências da tutela ambiental colocados pela legislação de 2008. Conforme tem decorrido da prática seguradora desenvolvida nesta área, apenas se consegue alcançar uma protecção por danos ocasionais provocados por situações de poluição súbita e acidental, ficando afastados os ataques à biodiversidade, cujo combate foi eleito como prioridade desta legislação ambiental.

Conquanto estes sinistros no campo da biodiversidade não se encontrem abrangidos pela via dos seguros de responsabilidade civil, tal não significa que os mesmos sejam relegados para um limbo reparatório, porquanto a legislação ambiental de 2008 coloca a reparação de tal tipo de prejuízos sob alçada da actuação do Fundo de Intervenção Ambiental, tal como atrás já deixámos mencionado.

Importa, porém, referir que mesmo dando de barato a eficácia da actuação do seguro de responsabilidade geral neste universo, certo é que o próprio instituto da responsabilidade civil pode revelar-se pouco flexível e anquilosado face ao largo leque de problemas jurídicos nesta sede suscitados. Não podemos, na verdade, ignorar que um seguro de responsabilidade civil apenas intervém quando o tomador assume a qualidade de responsável, e na medida da respectiva responsabilidade¹³. Podemos, justifica-

¹³ Cfr., neste sentido, “Acórdão do S.T.J. de 10/1/78”, *BMJ*, 273, p. 234, “Acórdão do S.T.J. de 6/5/99, in <www.dgsi.pt>, e o nosso estudo, “O Contrato de Seguro de Responsabilidade Civil Automóvel”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 77 (2001) 397.

damente, neste contexto, referirmo-nos à dita interdependência entre o direito dos seguros e o direito da responsabilidade¹⁴.

Desta feita, não podemos escamotear as inúmeras dificuldades suscitadas ao ressarcimento dos danos puramente económicos, cuja verificação se revela tão frequente nos desastres ambientais. Em virtude de à ocorrência de perdas patrimoniais não andar associada a violação de direitos subjectivos (*dannum sine injurie*), estes prejuízos são frequentemente relegados para uma espécie de limbo indemnizatório, uma vez que o dano não decorreu da prática de um ilícito.

Seguindo de perto a lição da doutrina e de jurisprudência nesta matéria, dir-se-á que a razão preponderante para excluir o ressarcimento dos danos puramente patrimoniais reside no risco de se revelar incomensurável¹⁵ o círculo de danos ressarcíveis e não na menor dignidade deste tipo de prejuízos.

Como já atrás deixámos sublinhado, este problema manifesta-se como uma autêntica *vexata quaestio*, na medida em que à semelhança de quanto ocorre nas áreas de solicitação, assistência técnica e financeira, ou seja, em contextos onde a prestação de informações assume uma importância vital, este tipo de prejuízos são muito vulgares.

Desta feita, e porque em termos de responsabilidade civil, os operadores dificilmente podem considerar-se responsáveis, as seguradoras acabam por não intervir, o que representa um problema delicado para aqueles que, mercê do tipo de actividade desenvolvida, ou da localização do respectivo centro de actuação, se encontrem particularmente expostos aos riscos ambientais. Nessas circunstâncias, importa encontrar no universo dos seguros uma solução que não passe pela celebração de um seguro de responsabilidade civil.

¹⁴ Sobre esta realidade, reportando-se, de um modo particular, ao seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, cfr. J. Calvão da SILVA, “Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 13/2/1993”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 134 (2001) 198.

¹⁵ Sobre esta problemática questão do ressarcimento de danos não patrimoniais, se pronunciou o Acórdão da Relação de Lisboa de 20 de Outubro de 1994, sufragando que admitindo o ressarcimento dos danos puramente patrimoniais cair-se-ia num “círculo infernal...”.

Um tal caminho não pode considerar-se completamente vedado a quem queira resguardar-se da ocorrência deste tipo de situações, podendo neste contexto admitir-se a celebração de seguros de danos na modalidade de seguros de coisas¹⁶.

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E O NEXO DE CAUSALIDADE

Menores dificuldades não deixam de ser levantadas no âmbito do instituto da responsabilidade civil pela imperiosa necessidade de imputar o dano à actuação de um ou mais concretos poluidores, ou seja, revela-se particularmente complexo o encargo probatório que recai sobre o lesado em matéria de causalidade.

Não podemos ignorar que os danos ambientais além de se configurarem como difusos ou mediatos, acabam por ser resultado da actuação simultânea ou sucessiva de vários agentes, nem sempre se revelando tarefa fácil a concreta identificação de fonte poluente. Os danos ambientais são maioritariamente um precipitado de situações de multicausalidade, dentre as quais podemos destacar as de causalidade cumulativa, causalidade aditiva e causalidade alternativa¹⁷.

¹⁶ Cfr., a este propósito, a “Anotação ao art. 123.º (seguro de danos)”, de José VASQUES, in Pedro Romano MARTÍNEZ, *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, 423-425; e ao art. 130.º (seguro de coisas), de Arnaldo C. OLIVEIRA, *ibid.*, 443-445. No âmbito do seguro de danos em sentido amplo, incluem-se quer os seguros de coisas, quer os seguros patrimoniais (responsabilidade civil, crédito, caução...), sendo que esta dicotomia – seguro de coisas / seguros patrimoniais – não deixa de levantar algumas reservas. Desde logo, pela dificuldade de considerar abrangidos os lucros cessantes nos seguros de coisas. Se tivermos em conta que uma parte significativa dos prejuízos sofridos pelos lesados por sinistros ambientais se traduz em perdas de exploração, então este obstáculo revela-se significativo. Tendo em conta o disposto no n.º 2 do art. 130.º do Dec.-Lei 72/2008, apenas se revelam ressarcíveis os lucros cessantes se houver convenção expressa das partes nesse sentido, seguindo, de resto, a tradição do Código Comercial de Veiga Beirão, onde a norma supletiva apontava precisamente no sentido da não ressarcibilidade destes prejuízos. Uma tal prudência legislativa quanto à cobertura dos lucros cessantes resulta sobretudo da extrema dificuldade de proceder a uma correcta contabilização dos mesmos.

¹⁷ Acerca das hipóteses de multicausalidade no universo da responsa-

Elucidativo da realidade a que acabámos de aludir é o exemplo de escola nesta sede sempre avançado de os industriais A e B lançarem simultaneamente despejos ou substâncias corrosivas numa corrente¹⁸, provocando com tais condutas a morte de uma grande quantidade de peixes.

Ora, quando para o mesmo resultado danoso pode ter contribuído o comportamento de mais de um agente, importa começar por averiguar se é possível identificar a participação causal de todos eles, ou, colocando a questão noutros termos, se poderá um tal resultado imputar-se às respectivas esferas de actuação. Seja no plano das clássicas ponderações causalísticas, seja a nível de um juízo imputacional formulado sobre a matéria, certo é que os problemas suscitados pela necessária demonstração de ligação dos danos à actividade desenvolvida pelos operadores não se revelam nada fáceis.

Particularmente complexas são as situações em que a conduta de um dos agentes é considerada, por si só, suficiente para a produção dos danos, uma vez que quando assim sucede, não se consegue averiguar qual dos comportamentos terá sido a causa dos danos. Realizada que seja a supressão mental exigida pela doutrina da *conditio sine qua non*, ficamos sem uma resposta adequada para o problema de saber se os comportamentos dos agentes se configuraram como causas do dano, porquanto uma delas se revelou dispensável para a produção dos prejuízos.

Tais dificuldades são supridas em certos ordenamentos jurídicos, como é o caso do alemão, onde a norma contida no §II 830 do BGB resolve o problema no âmbito da responsabilidade por factos ilícitos, considerando que na dúvida sobre a contribuição causal dos agentes para o resultado danoso se devem considerar ambos como responsáveis. Uma tal solução legislativa vem pacificar a difícil tarefa de averiguar os problemas eventualmente

bilidade civil ambiental, cfr. Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, 101 e ss.

¹⁸ Exemplo idêntico é avançado por Michael Moore para explicar o fenómeno da causalidade cumulativa necessária: três unidades poluentes de determinadas empresas contribuem simultaneamente para os dados ocorridos num curso de água comum, cfr. Michael MOORE, *Causation and Responsibility. An essay in Law, Morals and Metaphysics*, Oxford, 2009, 486.

suscitados pela interrupção do nexu causal, o que leva o decidente a apurar se a conduta de um dos agentes envolvidos se revela independente da do outro¹⁹, ou se deve antes considerar-se integrada no processo causal iniciado com o comportamento daqueloutro.

Idênticas dificuldades não são levantadas nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária e de causalidade aditiva no tocante à identificação dos responsáveis, porquanto, de acordo com os ensinamentos da *conditio*²⁰ podem identificar-se vários responsáveis. Na verdade, quando nos encontramos perante casos de causalidade cumulativa necessária, a conduta de cada um dos agentes é, por si só, insuficiente para a ocorrência dos danos, razão por que sem a intervenção de qualquer uma delas os prejuízos não se teriam produzido, revelando-se, por conseguinte, a actuação de cada um deles como necessária. Porém, na realidade, tendo em conta os contributos doutrinários da *conditio* acaba por gerar-se, neste contexto, um paradoxo: será que nenhuma das condutas deva ser considerada causa do dano ou ambos os agentes têm de ser considerados responsáveis?

Relativamente às hipóteses de causalidade aditiva, o comportamento de um dos agentes contribui efectivamente para a proporção dos danos ocorridos, apesar de sem a respectiva intervenção os mesmos ter-se-iam registado, mas sem a extensão que

¹⁹ Neste contexto, podem chamar-se à colação as dúvidas suscitadas pelas hipóteses de causalidade hipotética ou virtual, pois tal como ensina Pereira Coelho, o segundo facto tem de ser independente do primeiro, conquanto para que tais situações ocorram se deva à eficácia causal do segundo facto a ocorrência do dano. Para além disso, seria necessário a afirmação de um nexu de causalidade adequada entre o primeiro facto e o resultado danoso verificado, apesar de, como deixámos mencionado, o dano se tenha ficado a dever à eficácia causal do segundo facto, cfr., a este propósito, Francisco Pereira COELHO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1998, 28 (nota 13).

²⁰ A este propósito Pereira Coelho esclarece que não se revela difícil distinguir as hipóteses de causalidade hipotética ou de causalidade concorrente alternativa, ou seja, de causalidade múltipla não necessária, das situações de causalidade, ou causalidade múltipla necessária, porquanto nestas situações, ao invés das primeiras, nenhum dos factos se mostre apto por si só a produzir os danos, cfr. Francisco Pereira COELHO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, 25 (nota 7). No mesmo sentido, vide, Hörst NEUNMANN-DUESBERG, “Einzelp Probleme der überholend kausalität”, *Juristenzeitung*, 10 (1955) 263 e ss. Para uma melhor caracterização das situações de causalidade cumulativa necessária, vide ainda David LEWIS, “Postscripts to ‘Causation’”, in IDEM, *Philosophical Papers*, Vol. II, Oxford, 1986, 172 ss.

entretanto assumiram, uma vez que a intervenção de cada um dos agentes se integra num processo poluente mais vasto.

No tocante aos dois últimos universos enunciados, alguns problemas se suscitam ainda no tocante à medida ou os termos de responsabilidade dos vários agentes envolvidos, questionando-se, neste contexto, que regime será aplicável: o da solidariedade ou o da conjunção. Tais dificuldades inerentes ao fenómeno da pluralidade passiva poderão eventualmente ser resolvidas por disposições de direito positivo que lhes sejam especialmente destinadas²¹.

Se é certo que as dificuldades suscitadas no tocante à identificação da *conditio* se revelam particularmente significativas no universo da causalidade alternativa, a verdade é que, no universo da causalidade cumulativa e da causalidade aditiva, os problemas em matéria de causalidade não deixam de se fazer também sentir, desde logo, quanto à determinação da medida de participação e da quota de responsabilidade dos diversos participantes. Desta feita, em qualquer dos contextos causais acabados de mencionar, os contributos das doutrinas tradicionais baseadas na *conditio* acabam por ter dificuldade em se confrontarem com as especificidades coenvolvidas na multicausalidade. Não obstante nos termos referido sucessivamente ao longo da exposição aos problemas enfrentados pela *conditio*, tal não significa que nos estejamos apenas a reportar à doutrina da *conditio sine qua non*.

Na verdade, não podemos nunca ignorar que aquelas orientações doutrinárias que tentaram superar os obstáculos levantados pelos resultados excessivos da *conditio*, tal como sucedeu com a causalidade adequada, não abandonaram os pressupostos daquela perspectiva de pendor físico-naturalístico²².

Elevando a apreciação da questão causal a um plano abstracto²³, e apelando às regras normais da experiência e da vida, a

²¹ Cumpre a este propósito sublinhar que a lei sobre a responsabilidade ambiental prevê no seu art. 4.º, n.º 1, o regime da solidariedade ao prescrever “se a responsabilidade recair sobre várias pessoas, todas respondem solidariamente pelos danos...”. Trata-se de uma solução claramente favorável à tutela ambiental e de modo especial, pois de responsabilidade civil se trata, aos particulares lesados por acidentes ou alterações ambientais nocivas.

²² Cfr., neste sentido, Manuel Carneiro da FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, Coimbra, 2006, 100-101.

²³ Cfr., a este propósito, J. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, 889.

causalidade adequada liberta-se de uma estrita e rigorosa análise contrafactual levada a cabo pela *conditio*. Porém, uma tal orientação não deixa de na base da sua análise tomar em conta e partir precisamente das exigências de supressão mental e da análise contrafactual inerentes à doutrina da *conditio*.

Importa, porém, sublinhar que tais considerações fazem-se sentir ainda mais intensamente nos contributos legados pelas orientações intermédias que emergiram na evolução registada da *conditio* para a causalidade, entre as quais destacamos, de modo particular, a doutrina da causa próxima e a doutrina da causa eficiente.

Numa tentativa de ladear as dificuldades suscitadas pela equivalência das condições, estas perspectivas consideravam como causa do dano, entre as várias condições, aquela que fosse a mais próxima ou a mais eficiente. Os resultados alcançados com tais propostas não se revelaram muito promissores, porquanto faziam depender a identificação da causa do dano de apreciações particularmente casuísticas²⁴, razão por que poderemos qualificá-las como orientações intermédias no salto qualitativo registado com o trânsito da doutrina da *conditio sine qua non* para a doutrina da causalidade adequada.

Apresentando todas estas concepções particulares fragilidades, atentas as respectivas bases empíricas, importa questionar se aquelas outras perspectivas onde pontificam considerações normativas, e a ideia de causalidade foi dando lugar à de imputação, oferecem respostas adequadas para enfrentar os desafios nesta sede suscitados pela coeva realidade ambiental. Reportamo-nos, de um modo particular, aos critérios avançados pela teoria da protecção da norma (*normzwecktheorie* ou *schutzzwecktheorie*) de acordo com os quais o problema causal deixaria de ser visualizado num ângulo generalista para passar a ser tratado numa óptica específica e individualizadora prévia e antecipadamente definida pelo legislador, aquando da elaboração da norma de protecção. Com efeito, em tal momento, são eleitos pela norma

²⁴ Cfr., J. Antunes VARELA, *Das Obrigações, I*, 886-887. De igual modo, destacando a extrema dificuldade em definir com rigor a eficácia causal das várias condições, cfr. Christophe QUÉLEZ-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité em droit de la responsabilité civile*, Paris, 2010, 69.

de protecção os danos que se pretendem evitar, atenta a teleologia do respectivo preceito normativo.

Importa então averiguar para imputar os danos à conduta do agente, se os prejuízos ocorridos se integram precisamente no círculo de interesses cuja tutela é visada pela norma.

Apesar de com base nesta concepção se poder admitir a responsabilidade do agente por danos causalmente não adequados, quando, na verdade, a não ocorrência dos mesmo tenha sido considerada uma das finalidades da norma de protecção, certo é que na doutrina nacional²⁵ prevalece a ideia de acordo com a qual a doutrina do escopo de protecção da norma não deixa de exigir a existência de uma ligação material entre a conduta e o dano. Ora, assim sendo, esta perspectiva acaba ainda por situar-se no universo da causalidade naturalística, apesar de serem inequívocas as diferenças que a separam deste modo de abordagem do problema, porquanto a teoria do escopo da norma se centra fundamentalmente em considerações normativas.

Desta feita, e ultrapassada a dificuldade inicial de identificar a conduta humana desencadeadora do processo causal, poder-se-á admitir, como já sublinhado anteriormente, a responsabilização do agente por danos causalmente inadequados, conquanto a ocorrência dos mesmos pretenda ser afastada pelo escopo da protecção da norma ambiental violada.

Sopesadas estas considerações, não podemos deixar de reconhecer que o recurso à teoria do fim de protecção da norma poderá assumir alguma relevância em matéria de política ambiental, uma vez que poderão colocar-se sob alçada ressarcitória a cargo do agente um leque de prejuízos afastados pelos cânones da causalidade adequada.

Uma tal conclusão surge, de resto, reforçada pela circunstância de, através deste tipo de normas, certos operadores se verem obrigados a reparar prejuízos puramente patrimoniais, de

²⁵ Cfr., a este propósito, Paulo Mota PINTO, *Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo*, vol. II, Coimbra, 2009, 495 e ss.; Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, 63 (especialmente nota 143); Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coimbra, 2007, 699.

outro modo não merecedores de ressarcimento²⁶ pela circunstância de não ser admissível no nosso ordenamento jurídico a tutela do património como uma entidade *a se*.

Não podemos assim concordar inteiramente com a posição de quem, *in limine*, sustente a inadequação²⁷ da teoria do escopo de protecção da norma no domínio ambiental.

Não podemos ainda deixar de fazer menção à tentativa de transpor para o universo do Direito do Ambiente os contributos de *Market-Share liability theory* surgida na década de 80 do século passado nos EUA, que representou uma construção destinada a suprir as dificuldades suscitadas a propósito do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil do produtor.

Tendo em conta as dificuldades das vítimas de danos causados por produtos defeituosos procederem à identificação do concreto produtor responsável, em virtude de no momento da ocorrência dos prejuízos tais produtos serem fabricados e distribuídos por uma pluralidade de pessoas²⁸, uma tal construção

²⁶ Neste sentido, cfr. J. Sinde MONTEIRO, “Protecção dos Interesses Económicos na Responsabilidade Civil por Dano Ambiental”, 148-149, considerando que o recurso às normas legais de protecção pode representar um mecanismo de aperfeiçoamento do direito no âmbito da tutela ambiental.

²⁷ Neste sentido, cfr. Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, 63. Apesar de partilhar com a autora que a doutrina do fim de protecção da norma não representa uma fórmula mágica capaz de solucionar a dificuldade de identificação da causa e do concreto causador do dano.

²⁸ Foi precisamente a propósito dos danos causados a muitas mulheres em virtude da exposição no ventre materno a um produto farmacêutico destinado a evitar o risco de aborto, designado por DES (*diethylstilbestrol*) que assumiu particular relevo a doutrina da *Market-Share Liability*. Com efeito, após um período de latência de cerca de doze anos, a tais mulheres acabava por lhes ser diagnosticado cancro no ovário. Tornava-se, porém, às lesadas extremamente difícil, para não dizer impossível, identificar qual o produtor responsável pelo produto comercializado apenas sob a norma genérica DES, porquanto na década de 60 do século passado eram mais de uma centena as empresas farmacêuticas comercializadoras de um tal produto. A propósito do caso DES, cfr. J. Calvão SILVA, “Causalidade alternativa. L’arrêt DES”, *European Review of Private Law*, 2 (1994) 465 e ss.; Mafalda Miranda BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação. Contributo para a Compreensão da Natureza e Personalística do Nexo Causal ao Nível da Responsabilidade Extracontratual*, vol. I, Coimbra, 2013, 282 e ss.; Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, 30 e ss.

considerou responsável todos os produtores, na proporção da respectiva quota de mercado. Em bom rigor, tendo em conta as dificuldades suscitadas em termos de causalidade quanto à identificação do concreto causador do dano, esta proposta acabou por prescindir da exigência de prova pelo lesado deste complexo requisito, contentando-se em seu lugar com a responsabilização de quem, em abstracto, pode assumir a qualidade de lesante, com fundamento em critérios puramente quantitativos fornecidos pela estatística.

O enorme peso das dificuldades suscitadas em matéria de danos ambientais quanto à identificação da fonte dos prejuízos e do causador dos mesmos, parece encontrar nos critérios estatísticos da *pollution-share liability* um aliado significativo tendente a ladear tais obstáculos.

Uma tal orientação que não deixa, de resto, de levantar dificuldades ao decidente no tocante à determinação da quota de mercado dos vários agentes que nele operam, padece de uma maior fragilidade, consubstanciada na racionalidade economicista e estatística, na qual se encontra apoiada.

Ora, uma tal circunstância acaba por obscurecer uma certa bondade das soluções²⁹ *pollution-share liability*, orientadas fundamentalmente no sentido de evitar a injustiça de fazer recair sobre o lesado o sacrifício decorrente da extrema dificuldade de provar a causalidade.

Porém, em termos técnico-jurídicos rigorosos, as soluções avançadas pela orientação alvo da nossa análise não deixam de dar como pressuposto uma questão que deveria ser provada por quem sofreu o prejuízo: o nexa de ligação entre o facto do agente e o dano. Razão pela qual uma das mais recentes críticas dirigidas a esta orientação consiste precisamente no argumento de a mesma permitir responsabilizar quem não teve qualquer

²⁹ Como a este propósito sublinha Mafalda Miranda Barbosa “até onde seja viável olhar para o *market-share liability* (e para outras doutrinas que surgem paredes-meias com este critério), de um prisma não economicamente cunhado, salvaguardando assim a intencionalidade especificamente jurídica que deve colorir qualquer arrimo jurídico, pode problematizar-se a sua bondade”, cfr. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do Nexa de Causalidade ao Nexa de Imputação*, 289.

participação na ocorrência dos resultados danosos³⁰. Aliás, este perigo não se revela despiendo, uma vez que na maior parte das hipóteses caídas na alçada desta doutrina não ocorre uma acção concertada dos vários agentes. Desta feita, revelando-se a identificação de todos os agentes causadores dos danos uma tarefa hercúlea, senão praticamente impossível, o resultado traduzir-se-á na assunção por parte de certos agentes da qualidade de seguradores de outros responsáveis.

Neste breve itinerário definido em ordem a suprir as dificuldades suscitadas pelas orientações tradicionais da causalidade aos novos desafios ambientais, cumpre fazer menção às doutrinas que colocam o acento tónico no risco da actuação do agente para a produção dos danos. Torna-se então mister averiguar se com a instalação ambiental é criado ou acrescido o risco de verificação de resultados danosos. Bem vistas as coisas, a imperiosa necessidade de aquilatar se a conduta dos operadores criaram ou aumentaram o risco, implica, por regra, uma remissão para normativos legais que parametrizem os níveis de risco tidos por aceitáveis ou toleráveis no exercício de determinadas actividades.

Desta feita, esta orientação não pode deixar de convocar os contributos deixados pela teoria da protecção da norma, porquanto os resultados danosos exprimem afinal a violação de bens jurídicos protegidos pela norma legal.

No domínio ambiental, o recurso à teoria da conexão do risco funda-se nas inelimináveis exigências contidas nos princípios da prevenção ou da precaução, conferindo-se neste universo um papel mais significativo à função preventiva³¹ da responsabilidade civil.

Numa óptica da política ambiental, a adopção desta perspectiva intensifica a ideia dos bens ambientais constituírem realidades merecedoras de uma tutela prévia, a qual se destina a evitar

³⁰ Acerca da injustiça a que pode conduzir esta doutrina de “*market-share liability*” resultante da circunstância de considerar responsável quem realmente não contribuiu para a produção dos danos, cfr. Mark A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, *University of Pennsylvania Law Review*, 155 (2006) 447 e ss.

³¹ Cfr. Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, 71.

as ofensas ou eliminar focos de ameaça de ofensas ao ambiente, não intervindo, por conseguinte, o mecanismo da responsabilidade civil apenas com o objectivo de reparar qualquer anomalia ou patologia registada em termos ambientais.

A adopção de um tal modelo acaba, no entanto, por assumir importantes repercussões no tocante à posição dos lesados, pois a complexa tarefa de demonstrar a *conditio sine qua non* não é aqui exigida, fazendo-se recair sobre quem sofreu os danos apenas o ónus de provar a criação ou o aumento do risco. Ora, bem vistas as coisas, torna-se menos difícil demonstrar³² a potencialidade danosa da conduta do agente, revelando-se a mesma, enquanto tal, susceptível de provocar prejuízos, que provar a ligação matéria do dano ao facto.

Importa ainda questionar, para efeitos de mobilização dos contributos desta teoria de conexão do risco, se é exigível ao lesado provar a aptidão concreta ou a aptidão abstracta da instalação para a produção dos danos. Cumpre, na verdade, saber se poderemos no âmbito da responsabilidade civil ambiental colher os ensinamentos da dogmática penalística³³, na qual esta doutrina teve

³² Cfr. Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, 75. Neste sentido, Ana Perestrelo sublinha “que exigir a demonstração da criação/aumento do risco é algo de essencialmente diverso de exigir a demonstração da *conditio sine qua non*... Bem longe de se exigir a demonstração de uma causalidade naturalística, exige-se o que é bem menos – a demonstração da criação/aumento do risco”.

³³ Curiosamente, as teorias do risco (*Risikotheorien*) tiveram uma enorme relevância no âmbito do Direito Penal, sobretudo no tocante aos crimes de resultado, por aí se revelarem significativas as insuficiências das teorias da *conditio* e da causalidade adequada. Com efeito, quanto aos crimes de resultado, nos quais se regista com frequência uma distância espaço-temporal entre a conduta do agente e o resultado, acentuou-se a necessidade de adoptar uma teoria da imputação objectiva do resultado. Ora, o acolhimento de uma tal orientação no Direito Penal deveu-se sobretudo à obra de HONIG, “Kausalität und objektive Zurechnung”, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, I. Band, Herausgegeben vom August Hegler, Tübingen, 1930, 174 ss., que, por seu turno, foi profundamente inspirada nos ensinamentos de Karl LARENZ, através do seu estudo, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der Objektiven Zurechnung – Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der “Juristischen Kausalität”*, Leipzig, 1927. Porém, deveu-se a Roxin, a partir da década de 60, o êxito assumido pelas teorias do risco no Direito Penal, sustentando que a responsabilização do agente deveria levar fundamentalmente em conta a ideia do risco permitido. Torna-se, na verdade,

um profundo impacto em sede do nexa de causalidade e onde, atenta a sua vocação garantística, se exige a prova da aptidão correcta de conduta do agente para provocar o resultado danoso. Importa, na verdade, sublinhar que uma tal prova se revela bem mais severa que a simples demonstração da abstracta³⁴ aptidão da actuação do agente. Desta feita, na eventualidade de uma tal opção vir a ser acolhida em termos legislativos exigir-se-ia à vítima de um dano ambiental a prova da conexão espacial e temporal entre a libertação de poluentes por uma certa instalação, bem como o dano causado, para além da mencionada aptidão abstracta do comportamento do operador, para obter o ressarcimento dos prejuízos sofridos.

Um tal critério é fundamentalmente movido pelo propósito de aligeirar o encargo probatório dos lesados, sem todavia se cair no risco de prevalecer no âmbito de responsabilidade ambiental uma “possibilidade de causalidade”³⁵. Na verdade, a mera exigibilidade da prova da aptidão abstracta de instalação para a ocorrência dos prejuízos poderia concretizar o risco acabado de mencionar.

fundamental averiguar se a conduta ilícita do agente, determina um aumento de probabilidade de produção do resultado. Quando assim suceda, o agente dever responsabilizado nas hipóteses de negligência, em que se tenha verificado a lesão de um bem jurídico, conquanto o resultado se tivesse produzido perante a adopção de um comportamento alternativo lícito. No fundo, o agente apenas não será responsabilizado quando a sua conduta não tenha criado ou aumentado o risco reprovado pela ordem jurídica. Importa ainda salientar que a obra de Roxin teve um particular eco na dogmática penal portuguesa através da obra de Figueiredo Dias, cfr., a título exemplificativo, J. Figueiredo DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I*, 2.^a ed., Coimbra, 2007, 338 e ss.

³⁴ Esta não foi, de resto, a solução acolhida pela *Umwelthaftungsgesetz* de 1990, no §6, onde se estabelece uma presunção de causalidade, exigindo-se do lesado a prova da concreta aptidão da instalação para a produção dos danos. Esta opção legislativa suscitou reacções diversas, tendo sido considerada por alguns como excessivamente rigorosa para o lesado, pondo até em causa o objectivo da estatuição de presunção de causalidade. Porém, no entendimento de outros, o modelo acolhido por esta lei germânica de responsabilidade ambiental representa uma solução equilibrada entre as exigências de aligeiramento da prova exigida aos lesados, por um lado, e a necessidade de manter a resolução das questões causais ancorada em critérios de imputação. Sobre o modelo acolhido pelo §6 da *Umwelthaftungsgesetz* de 1990, cfr. Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, 35 e ss.

³⁵ Cfr. Günter HAGER, *Das “Neue Umwelthaftungsgesetz”*, in *NJW*, 1991, 3, 134 ss.

De quanto acabámos de expor, as teorias do risco em matéria de causalidade suscitam, por razões de justiça, a estatução de presunções, com vista a facilitar a tarefa probatória dos lesados num domínio onde tal actividade se revela como uma autêntica prova diabólica. Ainda com o objectivo de tutela dos bens ambientais, onde pontificam exigência de prevenção ou de precaução, uma das soluções possíveis poderá traduzir-se na atenuação do grau ou da medida da prova do requisito da causalidade. Em lugar de se exigir a prova da certeza da existência de causa, considerar-se-á bastante a demonstração da mera possibilidade ou probabilidade da ocorrência deste requisito, centrando-se a actividade probatória numa ideia de mera probabilidade³⁶ ou de verosimilhança.

Cotejadas de um modo sumário estas propostas, importa questionar se as mesmas logram justificação no contexto específico da responsabilidade civil, tendo em conta o sentido e a teleologia dos respectivos pressupostos. Uma ponderação adequada em torno desta problemática não pode perder de vista a finalidade primordial desta fonte legal das obrigações: a reparação dos prejuízos sofridos pelos lesados. Bem vistas as coisas, estão em causa basicamente exigências de reposição do equilíbrio³⁷ da esfe-

³⁶ O Decreto-Lei n.º 147/2008, uma norma dedicada à causalidade refere *expressis verbis* que a apreciação da prova do nexo de causalidade assenta “num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada...”. Em rigor, pensamos que uma tal formulação em nada afasta o recurso ao critério da causalidade adequada, porquanto a mesma exige, tal como postula este critério fundamental, a probabilidade (aferida naturalmente com o recurso às regras da experiência) do facto produzir os danos. Não quis o legislador ao fazer apelo às categorias da verosimilhança e probabilidade, substituir a exigência de uma efectiva prova de causalidade, por uma mera demonstração de provável ou verosímil ocorrência de causalidade. Na verdade, pretende-se sublinhar, tal como de resto foi lição deixada pela causalidade adequada, que na aferição de existência de causalidade tem de se recorrer às ideias de probabilidade e verosimilhança.

³⁷ Na nossa perspectiva, estão fundamentalmente em causa exigências de um sentido de justiça que pontifica no universo do Direito Privado: justiça comutativa. Porém, na doutrina há quem considere estarem fundamentalmente em causa projecções da justiça correctiva. Cfr., a este propósito, Michael MOORE, *Causation and Responsibility*, 95 ss. Apesar das designações serem diversas, pensamos que o sentido de justiça coenvolvido nestes entendimentos se revela essencialmente o mesmo, ou seja, o instituto da responsabilidade civil é fundamentalmente dominado por exigências retributivas.

ra jurídica de quem sofreu o dano à custa do lesante, pois foi este quem com a sua conduta provocou uma agressão da posição de outrem, contra o que era expectável, do ponto de vista das regras normais de experiência, bem como das normas jurídicas³⁸.

Inspirando-se as medidas de atenuação das exigências substantivas probatórias³⁹ em torno da causalidade em razões eminentemente publicistas de precaução, bem como ainda em nome da tutela acrescida dos lesados por agressões ambientais, suscitam-se assim particulares dificuldades em admitir pacificamente a diminuição do rigor técnico-jurídico exigível em torno da determinação de existência e da prova deste pressuposto da responsabilidade civil.

No tocante ao requisito da causalidade, cumpre sublinhar o propósito nuclear a que o mesmo é destinado: a delimitação do círculo de danos ressarcíveis pelo agente. Visando-se evitar que o lesante venha a responder por todos os danos sobrevindos cronologicamente à prática do facto, então o relaxamento das exigências ao longo do tempo formuladas por algumas propostas para o apuramento de tal requisito, ainda que tal ditado por meritórias exigências heterónomas, poderá comprometer irremediavelmente a função do requisito da causalidade.

A propósito da flexibilização do rigor exigível para a prova do nexu causal, podemos legitimamente acompanhar os receios de quem, a este propósito, sustente que se está a dar por demonstrado quanto é necessário demonstrar.

Ao admitir-se, mercê desta tendência para o aligeiramento das exigências em torno da causalidade, que alguém seja responsável por danos efectivamente não atribuíveis à sua conduta, ou em medida não correspondente à contribuição da mesma para o resultado, estar-se-á a atribuir à responsabilidade civil ambiental uma finalidade essencialmente preventiva ou punitiva.

Questionamo-nos então legitimamente se fará sentido admitir neste universo específico que uma função, por regra,

³⁸ Pense-se, desde logo, nas disposições de ordem dominial que entre outras exigências correspondem a objectivações do *iure percepta* romano “*sum cuique tribuere*”.

³⁹ Cfr., a este propósito, Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, 70 ss.

considerada como acessória ou secundária passe a ocupar um lugar cimeiro, subvertendo a natureza essencialmente ressarcitória associada à responsabilidade civil?

Aceitando uma tal mudança no âmbito das finalidades prosseguidas por esta fonte legal das obrigações, seríamos levados a admitir a relevância dos danos punitivos, figura relativamente à qual sempre se nos suscitaram as maiores dúvidas, tendo em conta as dificuldades levantadas pelo nosso ordenamento jurídico-positivo ao seu reconhecimento⁴⁰. Com efeito, o artigo 494.º, pelo qual perpassa uma inegável dimensão preventiva da responsabilidade civil, apenas permite que o decidente aligeire o montante indemnizatório a cargo do agente, levando em linha de conta a menor censurabilidade da sua conduta. Porém, a fixação de um montante indemnizatório, superior ao dano, solução manifestamente tributária de uma autêntica função punitiva, não encontra respaldo na nossa legislação.

Cumprе ainda realçar que esta regra geral decorrente do Código Civil Português não surge, nem contrariada, nem confirmada, pela legislação específica entretanto publicada sobre responsabilidade civil ambiental (Dec.-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho)⁴². Em obediência ao critério fundamental contido no art. 7.º

⁴⁰ Cfr., a este propósito, os nossos estudos, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, 2011, 680 e ss., “Anotação ao Acórdão de 24 de Abril de 2013. Reparação por danos não patrimoniais: inconstitucionalidade da relevância económica do lesado (art. 496.º, n.º 3, e 494.º do Código Civil)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 143/3984 (2013) 196 e ss. Para maiores desenvolvimentos sobre a figura dos danos punitivos, cfr. António Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, 1990, 651 e ss. (especialmente nota 1525); Paula Meira LOURENÇO, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2006, 165 e ss.

⁴¹ Limitar-nos-emos a evidenciar os obstáculos do nosso direito positivo à admissibilidade dos danos punitivos, abstraído de considerações gerais de justiça em torno desta figura, mormente as questões relacionadas com a vantagem de poder exprimir ganhos excessivos ao agente e o risco correspondente de propiciar um enriquecimento ao lesado, cfr., para maiores desenvolvimentos, Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, 2006, 148.

⁴² Cumprе ainda sublinhar que uma eventual opção do legislador favorável ao acolhimento de modelo inibitório por via dos danos punitivos encontraria particulares obstáculos no âmbito da responsabilidade objectiva prevista no art. 7.º deste diploma, uma vez que esta técnica ressarcitória foi pensada para as situações de responsabilidade subjectiva. Acerca das dificuldades de estender às hipóteses da responsabilidade objectiva o ressarcimento

do Código Civil, devemos então convocar nesta sede as disposições gerais, as quais, como acabámos de referir, não prevêem a admissibilidade de danos punitivos.

Não foi nosso propósito desviarmo-nos do centro das nossas atenções – o pressuposto do nexo de causalidade –, e mudar de rota em busca das especificidades de um outro requisito – o do dano. Porém, ao aceitar-se uma flexibilização em torno do requisito da causalidade, acaba por se estender o círculo de danos ressarcíveis pelo agente e desse modo somos fatalmente conduzidos à dita função punitiva da responsabilidade civil.

Todas estas perplexidades suscitadas em torno do nexo de causalidade pela dificuldade de identificação dos concretos responsáveis pela actividade nociva para o ambiente se revelam agravadas pela circunstância de se registar, por regra, uma enorme distância física e cronológica entre a actuação nociva para o ambiente e os danos causados aos particulares na sequência de tais alterações. Pense-se, a título meramente exemplificativo, na emergência de situações cancerígenas muito tempo depois dos lesados terem sido expostos a agressões ambientais.

Aliás, tais dificuldades acabam não apenas por se cingir ao requisito da causalidade, fazendo-se sentir ainda a propósito do prazo de prescrição muito curto previsto no art. 498.º, n.º 1, prazo esse que, para além disso, se começa a contar a partir do momento em que o lesado tem conhecimento do seu direito, conquanto ignore quem foi o responsável bem como a extensão integral dos prejuízos sofridos⁴³.

Ao longo de todo este discurso acerca das soluções tidas por mais idóneas para tentar superar a rigidez dos critérios tradicionalmente mobilizados para resolver as questões da conexão entre o facto do agente e os danos, com o objectivo de responder aos novos desafios em matéria de responsabilidade civil ambiental, temos colocado apenas a tónica na posição das vítimas de

dos danos punitivos, cfr. Júlio GOMES, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, *Direito e Economia*, 15 (1989) 115.

⁴³ Acerca destas dificuldades suscitadas a propósito do prazo de prescrição estabelecido como regra no âmbito da responsabilidade delitual, cfr. Luís Menezes LEITÃO, “A Tutela Civil do Ambiente”, 32.

ataques ambientais e na protecção do ambiente enquanto bem jurídico. No entanto, as propostas normativas elaboradas neste contexto não podem ignorar uma outra dimensão da problemática em análise, dimensão essa relacionada com a igualmente imperiosa necessidade de tutela da liberdade geral de acção⁴⁴, imprescindível para a afirmação do homem enquanto pessoa e na qual se filia a relevantíssima liberdade de iniciativa económica.

Com efeito, se valorizarmos apenas a faceta da protecção ambiental, corre-se o risco de paralisar a liberdade de acção dos particulares, o que não se revela uma consequência despicienda, se tivermos em conta a circunstância de nas sociedades ocidentais ser dominante uma economia de mercado⁴⁵. Ora, a normatividade jurídica, independentemente da área à qual se reporta não pode olvidar a realidade material objecto da sua regulação⁴⁶. Desta feita, uma ponderada disciplina jurídica do ambiente não pode deixar de elevar ao plano jurídico-positivo uma dimensão estruturante oriunda da realidade económica.

⁴⁴ No sentido de sufragar que o Direito Público do ambiente deve proceder cautelosamente a uma articulação entre os direitos de liberdade e as tarefas de actuação estaduais, cfr. Maria da Glória GARCIA, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Coimbra, 2007, 476 ss.

⁴⁵ Como a este propósito refere J. Eduardo F. Dias “a nossa economia de mercado assenta fundamentalmente no direito de propriedade e na liberdade de iniciativa económica privada...” e um pouco mais adiante configura o direito ao ambiente como “um dos direitos e deveres fundamentais com incidência na ordem económica e, dessa forma, como um dos limites constitucionais ao livre exercício da actividade económica”. cfr., a este propósito, J. Eduardo Figueiredo DIAS, *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, 346. Apesar do autor claramente invocar uma justificação para as limitações que sejam impostas por via legislativa e administrativa aos direitos de livre iniciativa dos particulares, em nome da tutela do ambiente, certo é, no entanto, que tais limitações não podem deixar de respeitar experiências constitucionais particularmente relevantes: necessidade e proporcionalidade na intervenção legislativa e ou discricionária da administração. Desde logo, em nome da tutela da iniciativa económica privada que é também um princípio reitor com dignidade constitucional.

⁴⁶ Acerca da relevância do momento material no âmbito do processo de constituição da normatividade jurídica, cfr. António Castanheira NEVES, “Fontes do Direito, contributo para a revisão do seu problema”, in *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. II, Coimbra, 1995, 56-67.

Se é certo que uma tal concepção liberalista centrada na tutela do *homo economicus* fomenta a afirmação de um paradigma do direito de propriedade enquanto direito absoluto e de afectação dominial, conferindo ao respectivo titular amplos poderes de usar, fruir e dispor⁴⁷ e uma tutela do ambiente apenas indirecta, decorrente da defesa contra os ataques provocados por alterações ambientais aos concretos direitos dos particulares, também não é menos certo que uma tutela autónoma de prevenção e precaução pode provocar uma paralisação desmedida da livre iniciativa económico-empresarial. Basta pensar na imposição de impostos ambientais e na cominação de coimas e multas para a prática de infracções ambientais, fundadas nas exigências próprias de políticas de protecção do ambiente, para chegarmos à conclusão que montantes particularmente elevados, senão mesmo desproporcionados face à gravidade da infracção são de molde a colocar em causa o exercício de actividades sócio- económicas particularmente úteis para o bem comum.

ALIGEIRAMENTO DAS EXIGÊNCIAS DE CAUSALIDADE E OS SEGUROS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Acerca das questões sobre que nos temos estado a pronunciar, todas elas orientadas no sentido de flexibilizar, seja a nível substantivo, seja no plano estritamente probatório, as exigências em torno da causalidade, importa, na verdade, questionar se fará sentido empolar os riscos de tais soluções determinarem a emergência de uma obrigação de indemnizar a cargo de quem realmente não provocou os danos, ou não os causou na medida pela qual vai ser responsabilizado.

Nesta sede, poder-se-ão convocar regras do seguro enquanto mecanismo capaz de suprir as injustiças acabadas de men-

⁴⁷ Cfr., a este propósito, Luís Menezes LEITÃO, “A Tutela Civil do Ambiente”, 11.

cionar, bem como o risco também já anteriormente sublinhado de paralisação da iniciativa económica dos agentes. Revelando-se mais fácil afirmar a responsabilidade civil por danos ambientais, se os operadores susceptíveis de incorrerem numa obrigação de indemnizar com um tal fundamento tiverem transferido para uma comunidade de riscos, então, à partida, os respectivos patrimónios ficariam neutralizados dos riscos supraencionados⁴⁸.

Deixando-nos então arrastar pela força deste argumento, poderíamos então relativizar as injustiças susceptíveis de serem ocasionadas com o aligeiramento das exigências em torno do requisito da causalidade. A favor de uma tal orientação poder-se-á ainda invocar um dado incontornável da prática seguradora substanciado no facto da elevação de limites máximos indemnizatórios ou até a eliminação de um plafonamento ressarcitório em certas modalidades de responsabilidade civil⁴⁹, encontrar nos

⁴⁸ Com efeito, não podemos ignorar que os seguros de responsabilidade civil têm como escopo nuclear a neutralização de riscos susceptíveis de recair sobre o património do tomador do seguro. Não podemos ignorar que em várias modalidades de seguros, como o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel e nos próprios seguros que venham a ser celebrados no âmbito das garantias financeiras obrigatórias previstas no art. 22.º do Dec.-Lei n.º 147/2008 (mormente no n.º 4 deste preceito legal) desempenham uma função manifestamente social. Enquanto no seguro obrigatório automóvel, essa função social se encontra basicamente direccionada para a protecção das vítimas da sinistralidade rodoviária no âmbito dos seguros previstos no diploma sobre a responsabilidade por danos ambientais, aquela preocupação anda aliada não apenas à tutela da posição dos particulares atingidos pelas agressões ambientais, como ainda à protecção do ambiente como entidade *a se*. Acerca da função social do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, cfr. J. Sinde MONTEIRO, “Seguro automóvel obrigatório – Direito de regresso”, anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 6/2002, de 28 de maio”, *Cadernos de Direito Privado*, 2 (2003) 47; e o nosso estudo, “O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel. Alguns aspectos do seu regime jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 77 (2002) 378 (nota 1).

⁴⁹ Reportamo-nos às hipóteses de responsabilidade objectiva, uma vez que no âmbito da responsabilidade baseada na culpa do agente, a obrigação de indemnizar que sobre ele recai não se encontra sujeita a qualquer limitação. Ao invés, na responsabilidade objectiva, a limitação da responsabilidade o reverso da medalha do agravamento da posição do lesante, atenuando, assim, de algum modo, a maior carga a que se encontre sujeito, cfr., a este propósito, o nosso estudo, “Alterações legislativas no binómio danos corporais/danos materiais”, *Cadernos de Direito Privado*, número especial 02 (Dezembro

seguros de responsabilidade um mecanismo idóneo para reagir a tais hipóteses de agravamento da responsabilidade⁵⁰.

Esta experiência colhida da prática da actividade seguradora e os argumentos de carácter jurídico atrás aduzidos serão suficientemente fortes para concluir que afinal o direito dos seguros representa uma plataforma capaz de, em nome da protecção dos lesados, justificar o agravamento da posição de quem assume a qualidade de civilmente responsável?

Na resposta a esta questão, não podemos deixar de levar em linha de conta recentes alterações operadas na dogmática e na jurisprudência em matéria de responsabilidade civil norteadas precisamente pelas razões acabadas de invocar. Basta pensar na posição acolhida pelo Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 4 de Outubro de 2007, em matéria de concorrência do risco com a culpa. Na vasta panóplia de argumentos avançados por esta proposta já sufragada por Vaz Serra⁵¹ nos trabalhos preparatórios, conta-se, precisamente, numa versão actualista do problema, a circunstância de o seguro de responsabilidade se ter tornado obrigatório no nosso ordenamento jurídico desde 79⁵² deixando,

2012) 128. Manifestando concordância com a limitação da personalidade a propósito da responsabilidade civil por acidentes de viação, e defendendo já antes da actualização dos limites máximos do art. 508.º operada em 2004, a coincidência entre estes limites e os do capital mínimo obrigatoriamente seguro definido no Dec.-Lei n.º 291/2007, cfr. J. Calvão da SILVA, “Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 13/2/1993”, 198.

⁵⁰ Nesta sede, poder-se-á convocar evolução legislativa registada no universo da responsabilidade civil do produtor, a propósito das condições de ressarcibilidade dos danos corporais. Com efeito, o Dec.-Lei n.º 383/89, deixou de prever a propósito deste tipo de prejuízos com o Dec.-Lei n.º 131/2001 de 24 de Abril, o plafond indemnizatório anteriormente existente.

⁵¹ Cfr., a este propósito, A. Vaz SERRA, “Fundamento da Responsabilidade Civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)”, *BMJ*, 90 (Novembro 1959) 162 ss. No mesmo sentido, *vide*, J. Sinde MONTEIRO, *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983, 148 ss.; J. Brandão PROENÇA, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, 1997, 266 ss.; J. Calvão da SILVA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 1 de Março de 2001 (acidentes de viação: concorrência do risco com a culpa do lesado (art. 505-º); Limites máximos da responsabilidade objectiva (art. 508.º); e montantes mínimos obrigatórios do seguro, indemnização e juros de mora (arts. 566.º, n.º 2, e 805.º, n.º 3))”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 134/3294-3295 (2001) 115 ss.

⁵² O seguro de responsabilidade civil automóvel tornou-se obrigató-

a partir de então, as questões de responsabilidade civil automóvel de ser debatidas individualmente entre lesante e lesado para o serem entre as seguradoras para quem ambos transferiram a sua responsabilidade. De igual modo, a evolução registada no direito comunitário do seguro automóvel aponta claramente no sentido da admissibilidade da solução do concurso do risco com a culpa.

No fundo, neste breve arrazoado de considerações regista-se uma clara influência do direito dos seguros nas soluções adoptadas em matéria de direito substantivo de responsabilidade civil⁵³.

Uma tal interfluência entre o direito dos seguros e o direito de responsabilidade civil registou-se também de modo flagrante no processo legislativo que culminou em 2004 com o Dec.-Lei 59/2004, de 19 de Março, a partir do qual se registou uma elevação significativa dos limites máximos indemnizatórios do art. 508.º, fazendo-os coincidir com o capital mínimo obrigatoriamente seguro previsto no seguro automóvel.

Ficaria incompleta a lista de exemplos demonstrativos da estreita relação entre o direito substantivo da responsabilidade civil por acidentes de viação (art. 503.º e ss.) e o seguro obrigatório automóvel se não fizessemos menção às alterações operadas pelo Dec.-Lei n.º 14/96 em matéria de transporte gratuito.

Com efeito, até este momento o transportador apenas era responsável nos termos gerais, ou seja, a obrigação de indemnizar em que viesse a incorrer tinha na base unicamente a culpa. Porém, no âmbito do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, na sequência das exigências impostas pela Directiva n.º 90/232/CEE, o Dec.-Lei n.º 130/94, de 19 de Março, as pessoas transportadas do veículo passaram o direito a serem ressarcidas dos prejuízos sofridos, tendo-se então criado uma discrepância entre o direito dos seguros e o direito da responsabilidade civil automóvel, que em nada beneficiava os transportados. Não obstante os lesados gozarem de uma protecção por via do direito dos seguros, certo é que a mesma acabava por não se poder efectivar nas hipóte-

rio, após um longo período de gestação legislativa que remonta a 1935, com o Dec.-Lei n.º 408/79, de 25 de Novembro.

⁵³ Acerca desta interfluência entre o direito dos seguros e o direito de responsabilidade civil, cfr. o nosso estudo, “Alterações legislativas no binómio danos corporais/danos materiais”, 123 ss.

ses de responsabilidade objectiva, em virtude do direito substantivo da responsabilidade civil consagrar uma solução mais restritiva. A maior tutela conferida pelo direito dos seguros acabou por ser determinante na mudança registada a nível das normas respeitantes à responsabilidade civil por acidentes de viação⁵⁴.

Importa neste contexto sublinhar que a progressiva afirmação a nível comunitário do princípio do ressarcimento integral pelo seguro automóvel dos prejuízos sofridos pelos lesados tem determinado algumas reflexões a nível jurisprudencial em torno de questões outrora relativamente pacíficas. Reportamo-nos à problemática em torno do ressarcimento pelo seguro dos danos causados às pessoas mencionadas no art. 496.º, n.ºs 2 e 3, na sequência da morte do condutor do veículo, nas hipóteses em que o acidente causador do óbito se ter ficado a dever a culpa exclusiva do tomador do seguro. Sobre esta matéria pronunciou-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Junho de 2014 em sentido desfavorável, mas o número significativo de votos de vencido⁵⁵ demonstram claramente o carácter problemático da questão. No epicentro da discussão encontra-se a necessidade de dilucidar se os parentes indicados no art. 496.º, n.ºs 2 e 3, poderão exigir da seguradora a compensação por danos não patrimoniais próprios sofridos na sequência da morte do condutor do veículo, invocando para tal a posição de terceiros.

Trata-se, na verdade, de matéria delicada, porquanto o condutor e tomador do seguro não assume nas hipóteses enunciadas a posição de terceiro, e assim sendo os familiares atrás referidos sofrendo danos intrinsecamente conexionsados com a morte daquele, não podem também ser considerados como terceiros. Conquanto qualificando os danos das pessoas referidas no art. 496.º, n.ºs 2 e 3, como prejuízos próprios, a circunstância dos mesmos serem reflexos⁵⁶, pode inviabilizar a atribuição aqueles do *status* de terceiro.

⁵⁴ Com efeito, o Dec.-Lei n.º 14/96, de 6 de Março, acabou por estatuir a responsabilidade objectiva nas hipóteses de transporte gratuito.

⁵⁵ Na verdade, contabilizamos treze votos de vencido.

⁵⁶ Sobre esta distinção entre danos directos e danos reflexos, cfr. J. Antunes VARELA, *Das Obrigações I*, 602. Acerca dos danos reflexos, cfr. ainda Mafalda Miranda BARBOSA, “(Im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado*, 45 (2014) 5 ss.

Com efeito, nestas situações está ausente um pressuposto fundamental da responsabilidade civil extracontratual – a existência de um terceiro lesado⁵⁷. Apenas se ao condutor falecido fosse atribuída uma tal qualidade, os danos sofridos pelas pessoas próximas indicadas no art. 496.º, n.ºs 2 e 3, seriam ressarcíveis, uma vez que tais prejuízos, apesar de próprios, se encontrarem umbilicalmente dependentes da morte do condutor.

Destarte, não se nos afigura razoável invocar o princípio do efeito útil das directivas em matéria de seguro de responsabilidade civil automóvel para justificar a cobertura dos danos não patrimoniais decorrentes de morte do condutor por via dos seguros. Tanto mais que apenas quando as normas internas do direito substantivo da responsabilidade civil sejam susceptíveis de inviabilizar o efeito útil das directivas, fará sentido convocar as exigências regulativas deste princípio comunitário. Ora, em matéria da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais o nosso ordenamento jurídico contém uma disciplina particularmente generosa⁵⁸, quando confrontada com o modelo acolhido por outros sistemas jurídicos, mormente o italiano art. 2059.º do Codice Civile) e o alemão (§253.º do B.G.B), onde vigora o princípio da taxatividade.

Não faria assim qualquer sentido derrogar exigências estruturais do instituto de responsabilidade extracontratual, convocando para tal as regras do direito dos seguros. Aliás, se uma

⁵⁷ Neste sentido nos pronunciámos a propósito de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 5 de Julho de 2014 - que defendeu posição idêntica. Cfr. o nosso estudo, “Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 5 de Julho de 2014, Culpa exclusiva do condutor e compensação dos danos não patrimoniais ao abrigo do artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, 48 (Out.-Dez. 2014) 26 ss. Porém, um tal entendimento não é unanimemente partilhado na doutrina. Em sentido diferente, considerando que a exclusão da cobertura pela seguradora dos danos não patrimoniais sofridos pelas pessoas mencionadas no art. 496.º pela morte do condutor exclusivamente responsável no acidente é susceptível de pôr em causa o princípio do efeito útil das directivas comunitárias em matéria de seguro automóvel, cfr. J. Calvão da SILVA, “Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 5 de Julho de 2014”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 144/3989 (2014) 185.

⁵⁸ Cfr., a este propósito, Fernando Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, reimpr., Coimbra, 1995, 376. Por seu turno, Calvão da Silva qualifica a solução acolhida pelo nosso Código Civil nesta matéria como inovadora, vide J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, 1990, 682.

tal derrogação fosse admitida, correr-se-ia o risco do seguro de responsabilidade civil se encontrar a desempenhar tarefas associadas aos fundos de garantia⁵⁹, onde as finalidades sociais de tais entes prevalecem claramente sobre as exigências do direito de responsabilidade.

Uma análise atenta do preceito inicial da parte dedicada no âmbito do seguro de danos à responsabilidade civil (art. 137.º do dec.-Lei n.º 72/2008) demonstra, sem qualquer margem para dúvidas, que a intervenção do seguro se destina e está dependente da ocorrência de situações de responsabilidade das quais resultem danos para terceiros, revelando-se assim fundamental identificar quem assume uma tal posição⁶⁰⁻⁶¹.

De acordo com as exigências legais⁶² em matéria de seguros de responsabilidade, não é possível fugir à profunda interde-

⁵⁹ Estamos a referir-nos, de modo particular, à intervenção do Fundo de Garantia Automóvel nas hipóteses de acidente causado por autor desconhecido (art. 49.º, n.º 1, al. a) e c)). Na nossa perspectiva, em tais situações, não se revela necessária a observância dos pressupostos da responsabilidade. Porém, um tal entendimento não é unanimemente partilhado, havendo quem sufrague posição diversa. Sobre esta problemática, cfr. o nosso estudo, “O Fundo de Garantia Automóvel. Um Organismo com Vocaçào Eminentemente Social”, in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Lisboa, 2011, vol. I, 562-563 (nota 9).

⁶⁰ Cfr., a este propósito, José VASQUES, “Anotação ao art. 137.º do Dec.-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril”, 476.

⁶¹ No âmbito do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, o conceito de terceiro é delimitado por via negativa, a partir de um elenco de exclusões previstas no art. 14.º do Dec.-Lei n.º 291/2007. Ao contrário de quanto à partida se poderia supor, terceiro não é apenas aquele que além de se encontrar no exterior do veículo está ainda directamente envolvido no sinistro. Com efeito, e a partir do Dec.-Lei n.º 130/94, também são considerados terceiros os passageiros transportados no veículo, sendo que a posição de terceiro apenas pode ser determinada a partir da análise das exclusões previstas no preceito atrás mencionado. Razão pela qual poder-se-á afastar o qualificativo de terceiro a algumas pessoas transportadas no veículo, conquanto as mesmas tenham laços de parentesco com o condutor ou com o tomador do veículo, nos termos previstos no art. 14.º, n.º 2, al. e). Para além do critério de parentesco, outros como o da natureza da actividade exercida, art. 14.º, n.º 4, al. c) e e), e o do tipo de danos causados (art. 14.º, n.º 4, al. a) e d)) são determinantes para definir a posição de terceiro, cfr., a este propósito, o nosso estudo, “O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel”, 334 ss.

⁶² Não nos quedamos apenas na disciplina geral fixada na lei do contrato de seguro, pois a disciplina especial constante do seguro de responsabilidade civil automóvel (art. 4.º do Dec.-Lei n.º 291/2007) vem confirmar a mesma exigência.

pendência entre o direito dos seguros e o direito da responsabilidade civil, razão pela qual as seguradoras podem exonerar-se mediante a invocação das exclusões constantes da apólice de seguro, uma das quais se traduz inevitavelmente na inexistência de uma situação de responsabilidade.

Desta feita, todas as considerações expendidas em torno do aligeiramento das exigências substanciais e probatórias da causalidade em matéria ambiental, bem como da moderna tendência para a afirmação da regra do concurso do risco com a culpa e ainda da diminuição das exigências para a responsabilização no âmbito do seguro automóvel, apenas podem tornar mais simples a definição de existência de responsabilidade civil e de identificação do respectivo agente. Não podemos ignorar ainda, tal como deixámos referido ao longo da exposição, que para um tal relaxamento contribui a circunstância de não ter de ser o património individual do agente a suportar os encargos derivados da obrigação de indemnizar, mas antes uma colectividade de riscos para a qual o mesmo transferiu o dito dever.

Porém, não é possível dar um passo de gigante passando por cima ou à margem da observância de requisitos fundamentais da responsabilidade civil, ou até defender um afrouxamento de exigências àqueles respeitantes de tal modo forte que seja susceptível de fazer perigar a idiossincrasia própria desta fonte legal das obrigações.

Sufragando embora a necessidade de adoptar posições cautelosas na incontornável articulação entre o direito dos seguros e o direito da responsabilidade, não podemos deixar de qualificar como circunstância atendível para a fixação equitativa de um montante indemnizatório pelo juiz a existência de seguro, seja por parte do lesante, seja por parte do lesado, encontrando esta posição conforto no nosso regime positivo da responsabilidade civil. Basta proceder a uma análise do disposto no art. 494.º, para o qual *expressis verbis* remete o art. 496.º, n.º 4, para confirmarmos quanto acabámos de sustentar, uma vez que aquele preceito elege a condição económica do lesado a circunstância atendível para a fixação equitativa da indemnização. Ao reportar-se à situação do lesado, o legislador teve claramente em vista que se proceda a um

confronto relacional entre as posições do lesante e do lesado para o juiz encontrar uma solução equilibrada aquando da determinação do montante indemnizatório.

Razão pela qual, além de considerarmos particularmente útil essa chamada legal de atenção para a posição do lesado, não vislumbramos também motivos para considerar tal referência inconstitucional, por se manifestar desconforme com o princípio da igualdade, tal como vem sendo acriticamente sustentado na jurisprudência nacional⁶³.

Manifestamo-nos assim mais sensíveis em admitir a relevância conformadora do direito dos seguros para a delimitação do objecto da obrigação de indemnizar, recusamo-nos peremptoriamente a aceitar uma derrogação das regras essenciais da responsabilidade civil em nome de exigências de política económica, administrativa, social...., por muito louváveis que as mesmas se afigurem.

Desde logo, porque a maior sensibilidade à primeira das realidades mencionadas tem um claro suporte legal, enquanto que algumas das tentativas de modernização e adaptação do direito substantivo e probatório de responsabilidade civil acabam por tocar as raízes de violação de exigências legais fundamentais.

O NOVO REGIME DA RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS *VERSUS* SEGUROS DE RESPONSABILIDADE

Não podemos deixar de analisar o tema alvo das nossas preocupações – responsabilidade por danos ambientais e direito dos seguros – sem nos debruçarmos sobre as directrizes definidas sobre um tal binómio na nova legislação em matéria de responsabilidade ambiental – o Dec.-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho.

⁶³ Cfr., a este propósito, o Acórdão S.T.J. de 24 de Abril de 2013. Como deixámos claramente mencionado em texto uma tal posição merece a nossa discordância. Para uma análise mais desenvolvida deste nosso entendimento crítico, cfr. “Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 24 de Abril de 2013, Reparação por danos não patrimoniais: inconstitucionalidade da relevância da situação económica do lesado (art.s 496.º, n.º 3, e 494.º, do Código Civil)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 143/3984 (2013) 194 ss.

Numa secção dedicada às garantias financeiras impõe-se aos operadores⁶⁴ cujas actividades sejam potenciadoras de danos ambientais a constituição de “garantias financeiras próprias e autónomas, alternativas ou complementares entre si” – art. 22.º do mencionado Dec.-Lei.

O objectivo confesso da prestação destas garantias con-substancia-se na possibilidade de tais operadores assumirem a responsabilidade ambiental decorrente do exercício das respectivas actividades. A almejada protecção dos lesados por danos ambientais pode ser alcançada por vias diversas: subscrição de apólices de seguro, constituição de garantias bancárias, participação em fundos ambientais ou criação de fundos próprios para o efeito, tal como está disposto no n.º 2 do art. 22.º do Dec.-Lei n.º 147/2008. Uma análise meramente sumária deste preceito legal permite-nos, desde logo, chegar às seguintes conclusões: - estas garantias visam permitir a quem exerça actividades susceptíveis de ocasionar danos ambientais ver a eventual responsabilidade em que possam incorrer ser assumida por tais entidades. Assim sendo, a efectivação das garantias financeiras atrás mencionadas encontra-se dependente da ocorrência dos pressupostos da responsabilidade civil.

Para além disso, as garantias a prestar pelos operadores não têm de traduzir-se obrigatoriamente na celebração de contratos de seguro. Destarte, não se optou neste âmbito da responsabilidade civil ambiental pelo modelo do seguro obrigatório. Na falta de regulamentação legal específica do direito dos seguros em matéria de responsabilidade ambiental, cumpre, na verdade, indagar se a prática seguradora oferece resposta para os desafios suscitados pelos hodiernos desafios ambientais.

Mais concretamente põe-se a questão de saber se os tradicionais seguros de responsabilidade civil geral previstos no art. 123, n.º 13 do Dec.-Lei 94-B/98, com coberturas complementares para a poluição súbita e acidental se revelem adequados para

⁶⁴ Estamos a reportar-nos aos operadores que exercem as actividades ocupacionais indicadas no anexo III, anexo esse integrado na disciplina jurídica definida no Dec.-Lei n.º 147/2008 em matéria de responsabilidade civil e administrativa por danos ambientais.

enfrentar as novas exigências legais em matéria de responsabilidade ambiental. Em rigor, tais cláusulas particulares de cobertura acabam apenas por garantir danos decorrentes sujeitos a limites indemnizatórios previamente convencionados⁶⁵.

Desta feita, se a actividade lesiva tiver uma eficácia danosa irradiante, provocando danos na propriedade e bens pessoais de vários lesados, revelando-se o montante de tais prejuízos particularmente elevado, muito dificilmente será possível garantir o ressarcimento pelas seguradoras.

Claramente excluídos ficam os prejuízos na biodiversidade resultantes de fenómenos de poluição gradual, ou seja, os comumente designados danos ecológicos, sendo certo que, por regra, não são estes o alvo das atenções da responsabilidade ambiental⁶⁶. Porém, os custos de limpeza e outras medidas de reparação natural e preventivas aptas para repor o equilíbrio ambiental nas hipóteses em que simultaneamente quando tenham ocorrido danos em direitos subjectivos dos particulares, ficam também normalmente excluídos, o que demonstra claramente uma insuficiência dos mecanismos tradicionais da técnica seguradora.

Não nos parece, porém, neste contexto muito correcto qualificar de timorato o percurso até ao momento trilhado pelas seguradoras, porquanto as possibilidades abertas pela lei dos grandes números se revelam, à partida, amplamente ultrapassadas pela profunda e natural imprevisibilidade reinante na delimitação do círculo de danos provocados por desastres ou acidentes ambientais. Com efeito, as seguradoras não dispõem de estudos

⁶⁵ Com efeito, um contrato de seguro de responsabilidade civil não cobre, na maioria dos casos, a totalidade do risco de responsabilização do segurado. Como a este propósito sugestivamente sustenta Margarida Lima Rego “este é um domínio em que a autonomia das partes impera, salvo no domínio ainda relativamente restrito dos seguros obrigatórios”, cfr., Margarida Lima REGO, *Contrato de Seguros e Terceiros. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2010, 648.

⁶⁶ Importa antes de mais referir que tais danos estão normalmente incluídos no âmbito da responsabilidade administrativa ambiental, e quando tais prejuízos se situem também no universo da responsabilidade civil, o agente que os tiver reparado no âmbito da primeira categoria de responsabilidade mencionada, não está obrigado a repará-los em sede do segundo tipo aludido, tal como resulta do disposto no art. 10.º do Dec.-Lei n.º 147/2008. Um tal preceito limita-se tão somente a objectivação da civilística geral da *compensatio do lucrum cum dano*.

técnicos e dados estatísticos seguros e fiáveis capazes de lhes permitirem conhecer com alguma segurança o nível de risco susceptível a que estão expostas, revelando-se, porém, uma tal avaliação absolutamente necessária face às exigências impostas pelo regime da solvência II.

Debruçando-nos um pouco mais atentamente sobre as técnicas tradicionais de contratação dos seguros tradicionais de responsabilidade civil convocadas a propósito dos sinistros ambientais, parece-nos claro, face à inexistência de obrigatoriedade de celebração de seguros de responsabilidade, que certas questões significativas de regime jurídico, como é o caso da cobertura dos actos dolosos, deve ser resolvida de acordo com as regras gerais: art. 46.º do Dec.-Lei n.º 72/2008.

Não se registará então a cobertura de actos dolosos⁶⁷, uma vez que não existe regulamentação legal ou regulamentação em sentido diverso⁶⁸. Com efeito, se o seguro em análise tivesse natureza obrigatória, a cobertura de actos dolosos encontrar-se-ia dependente de regime legal que previsse tal possibilidade e na omissão da lei sobre a matéria, os resultados danosos de tais condutas estariam garantidos pela seguradora, tendo em conta o disposto no n.º 2 do art. 148.º do Dec.-Lei n.º 72/2008.

Para além desta importante questão de regime jurídico, cumpre enfatizar a necessidade do escrupuloso cumprimento das exigências impostas nos arts. 24 e ss. da lei do seguro em matéria de declaração inicial do risco. Tais observações revelam-se tanto mais relevantes, quanto é certo que as seguradoras não dispõem ainda no tocante à sinistralidade ambiental de dados e conhecimentos estatísticos muito fiáveis, tal como atrás já deixámos sublinhado.

Desta feita, e a título meramente exemplificativo, o operador ao celebrar um seguro de responsabilidade civil ambiental deve proceder a uma caracterização da respectiva actividade ocupacional, indicando, para tal, os seus elementos ou traços nucleares, bem como a uma identificação dos cenários de risco previsí-

⁶⁷ Para maiores desenvolvimentos acerca da cobertura de actos dolosos, cfr., o nosso estudo, *Contrato de Seguro – A Cobertura de Actos Dolosos*, 677 ss.

⁶⁸ Salvo a natureza da cobertura o permita e houver convenção não contrária à ordem pública que admita a garantia pela seguradora de actos dolosos, tal como resulta *expressis verbis* do art. 46.º do Dec.-Lei n.º 72/2008.

veis (libertação accidental de substâncias perigosas, explosões...) e em tal contexto levar ainda a cabo uma avaliação, conquanto sumária, dos danos ambientais associados aos mencionados riscos.

Fundamental se revela também a descrição do “estado inicial”, ou seja, da situação existente no momento da ocorrência do dano causado aos recursos naturais, porquanto essa mesma descrição assume uma particular importância para a fixação das medidas indemnizatórias de restituição natural. Igualmente significativas se traduzem as indicações fornecidas acerca dos programas e medidas para prevenção e reparação dos danos ambientais a adoptar no respectivo sector de actividade, procedendo nessa sede à determinação dos custos coenvolvidos em tais medidas.

Importa ainda sublinhar que sendo de natureza facultativa⁶⁹, os seguros de responsabilidade civil ambiental, e as respectivas condições gerais não estão sujeitas à adopção de um pré-figurado clausulado com vista ao registo junto da ASF, nem sequer existe a obrigatoriedade de depósito nesta mesma entidade.

OS DOMÍNIOS DE ACTUAÇÃO DO FUNDO DE INTERVENÇÃO AMBIENTAL E DOS SEGUROS DE RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Com o objectivo de resolução de problemas que afectam o ambiente, mormente os relacionados com o dano ecológico, tem-se assistido à criação de vários mecanismos susceptíveis de efectivar princípios fundamentais em matéria de ambiente: o poluidor pagador e o desenvolvimento sustentável⁷⁰ da prevenção, da correcção na fonte e da integração. No rol dos mecanismos

⁶⁹ Cfr., a este propósito, a circular n.º 1/2010, de 25 de Fevereiro do ISP.

⁷⁰ Aliás, na Directiva 2004/3b CE apenas estes princípios se encontram expressamente enunciados, apesar das ideias de prevenção e correcção na fonte perpassarem também na disciplina jurídica contida nesta fonte de direito comunitário (art. 5.º - acções de prevenção). Importa sublinhar, em contrapartida, que o princípio do poluidor pagador no Dec.-Lei n.º 147/2008 apenas aparece mencionado no preâmbulo, não lhe sendo dado o destaque atribuído pelo direito comunitário. Acerca dos princípios informadores do regime de responsabilidade ambiental, cfr., Alexandra ARAGÃO, “O Princípio do Poluidor Pagador”, 91 e ss.

atrás referidos cumpre destacar os fundos públicos autónomos, os quais consubstanciam patrimónios autónomos sem personalidade jurídica. Ora, o Fundo de Intervenção Ambiental, cuja regulamentação se encontra definida no Dec.-Lei n.º 150/2008, de 30 de Julho⁷¹ representa, ao lado de outros importantes instrumentos, como a responsabilidade civil ambiental e os tributos ambientais⁷², uma ferramenta indispensável para a prossecução das políticas ambientais.

Basta proceder a uma simples leitura do teor literal do art. 3.º, n.º 1, al. d) do Dec.-Lei n.º 150/2008, para concluirmos não existir uma relação concorrencial entre os dois institutos. Com efeito, o legislador com toda a clareza delimita o campo de intervenção do Fundo de Intervenção Ambiental, excluindo do mesmo a reparação dos danos ambientais susceptível de ser concretizado através do regime da responsabilidade civil ambiental. Uma tal conclusão surge ainda reforçada se cotejarmos as demais

⁷¹ Todavia, a criação do Fundo de Intervenção Ambiental resultou da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, no seu art. 69.º, destinando-se esta legislação a fixar o regime jurídico das contra-ordenações.

⁷² O verdadeiro fundamento para o surgimento dos impostos ambientais encontra-se no princípio do poluidor pagador e não tanto na capacidade contributiva dos contribuintes, a qual constitui um critério geral da tributação. Podem enumerar-se uma série de circunstâncias ambientais ou ecológicas susceptíveis de ser qualificadas como factos geradores destes impostos: emissões atmosféricas poluentes, lançamento de efluentes, exploração de recursos naturais... Tendo em conta precisamente esta panóplia de factos geradores de danos ambientais, e seguindo de perto a lição de J. Eduardo Figueiredo Dias, pode avançar-se com uma tipologia de tributos ambientais, onde é possível identificar as seguintes categorias:

a) Medição ou peso das emissões poluentes, quando se tenha em conta o acto de poluir, visando-se então adoptar estratégias para diminuir as emissões;

b) Impostos sobre produtos, que fazem incidir o tributo sobre matérias primas, combustíveis ou resíduos, traduzindo-se a base tributável numa proporção do custo da venda do produto. Pretende-se assim orientar os produtores e também os consumidores a dirigirem as suas escolhas para produtos mais amigos do ambiente;

c) Impostos sobre a extracção de recursos naturais, pretendendo-se com este tipo de tributação fomentar nos agentes económicos práticas de aproveitamento capazes de encontrarem enquadramento numa política ambiental sustentável.

Para maior desenvolvimento, cfr. J. Eduardo Figueiredo DIAS, *A Re-invenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, 866 ss.

alíneas do preceito atrás mencionado, pois daí se extrai com clareza que o espaço ocupado pelo dano ecológico⁷³ representa o campo de batalha do Fundo de Intervenção Ambiental.

Situada a actuação do Fundo na sua verdadeira sede, cumpre ainda definir qual a posição por ele aí assumida. Importa a este propósito sublinhar que a intervenção pública de prevenção e reparação dos danos ambientais confiada ao Fundo de Intervenção Ambiental se encontra sob a alçada dos princípios da necessidade e da subsidiariedade. Apenas quando estejam em causa situações onde se exijam medidas de prevenção ou reparação urgentes, ou quando não seja possível mobilizar outros instrumentos jurídicos e financeiros⁷⁴ é então justificada a intervenção do Fundo.

Não podemos ignorar que a prevenção e a reparação dos danos ecológicos compete, em primeira linha, aos operadores, os quais devem actuar em colaboração com as autoridades competentes, tal como resulta explicitado nos arts. 14.º e 15.º do Dec.-Lei n.º 147/2008. Se analisarmos o disposto no art. 17.º, n.º1, deste diploma apercebemo-nos que a actuação directa das autoridades competentes apenas terá lugar nas hipóteses de incumprimento das obrigações dos operadores definidos no já aludido art. 15.º, nos casos de impossibilidade de identificação do operador responsável, bem como aqueloutros onde o operador não esteja obrigado, nos termos da lei de responsabilidade ambiental⁷⁵ a

⁷³ Para uma análise mais aprofundada, em torno da categoria do dano ecológico, cfr. J. Gomes CANOTILHO, “A responsabilidade por danos ambientais. Aproximação juspublicística”, in *Direito do Ambiente*, Instituto Nacional da Administração, 1994, 402-403.

⁷⁴ São estes dois tipos de hipóteses que estão previstas no art. 3.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 150/2008, enquanto requisitos para a actuação do Fundo de Intervenção Ambiental.

⁷⁵ Não podemos deixar de chamar à colação as causas de exclusão da responsabilidade dos operadores previstas no art. 20.º, n.º 3, dando um particular destaque aos riscos de desenvolvimento previstos na al. b ii) deste preceito, “uma emissão, actividade ou qualquer forma de utilização de um produto no decurso de uma actividade que não sejam consideradas susceptíveis de causar danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico no momento em que se produziu a emissão ou realizou a actividade”. Em causa estão actividades que no momento da sua realização são já susceptíveis de causar danos ambientais, simplesmente de acordo com os conhecimentos científicos e técnicos mais avançados disponíveis em tal ocasião não é possível detectar ainda a potencialidade danosa da actividade.

suportar os custos, remetendo-nos para o âmbito das políticas públicas de intervenção. Por seu turno, da análise conjugada desta norma com o art. 6.º do diploma que regulamenta a actividade do Fundo (Dec.-Lei n.º 150/2008), no qual se definem as receitas desta entidade, permite-nos destacar a sua função de garante, porquanto “o reembolso dos montantes e despesas avançados, por intermédio do mecanismo da sub-rogação ou do direito de regresso” al. e) do art. 6.º) constitui uma das fontes dos respectivos rendimentos. Para além deste modo de financiamento do

Trata-se de uma cláusula excludente da responsabilidade idêntica à consagrada no art. 5.º, al. e) do Dec.-Lei n.º 383/89. Ao atribuir-se relevo aos riscos de desenvolvimento, tanto a lei da responsabilidade ambiental, quanto o regime jurídico da responsabilidade civil do produtor reflectem uma particular sensibilidade perante o valor da liberdade de iniciativa económica, visando-se com esta medida não criar grandes obstáculos à actividade industrial e de um modo particular à indústria nascente. Cumpre ainda salientar que uma tal causa de exclusão deveria reportar-se apenas ao universo da responsabilidade objectiva, porquanto em relação à responsabilidade subjectiva, a exclusão da mesma dependeria apenas da prova de inexistência de culpa (dolo ou negligência da sua parte, tal como resulta da al. a) do n.º 3 do art. 20.º. Porém, a legislação sobre responsabilidade ambiental não seguiu um tal caminho, exigindo-se antes para ter lugar a exclusão da responsabilidade do operador, que este prove quer a falta de culpa, quer a ausência de ilicitude al b -i) do n.º 3 do art. 4.º, quer ainda a ocorrência de um risco de desenvolvimento. Exigir-se no âmbito da responsabilidade subjectiva a demonstração de existência de riscos de desenvolvimento, para além da inexistência de ilicitude e de culpa parece-nos realmente excessivo, uma vez que o fundamento para a responsabilização do operador não se situa aqui nos específicos riscos ligados ao exercício de actividade ou ao modo de utilização do produto.

Por seu turno, relativamente aos riscos de desenvolvimento, as questões da culpa não se colocam, apesar de nesta sede se suscitarem algumas dúvidas, havendo, na verdade, quem sufrague que, apesar desta causa de exclusão se reportar especificamente aos riscos, certo é que se colocam a propósito de um tal motivo excludente questões ligadas à cognoscibilidade acerca da potencialidade danosa da actividade, ou do defeito do produto, consoante se esteja perante uma hipótese de responsabilidade ambiental, ou perante uma situação de responsabilidade civil do produtor. Ora, colocando-se tais questões acerca do conhecimento ou cognoscibilidade destas circunstâncias pelo agente, tal pressupõe, de acordo com esta perspectiva, problemas atinentes à culpa. Em sentido diferente, afastando a relevância da culpa a propósito dos danos de desenvolvimento na responsabilidade civil do produtor, entendimento por nós também sufragado neste universo da responsabilidade ambiental, cfr. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, 503 ss.

Fundo, também a fonte mencionada na al. d) do mesmo preceito consubstanciada nas indenizações e compensações devidas ao Fundo em virtude do financiamento por si promovido por acções de prevenção ou reparação de danos, nos leva a reconhecer que esta entidade não tem de suportar em definitivo os encargos por si assumidos, sendo-lhe possível exigi-los de quem por eles é verdadeiramente responsável.

Não obstante estas limitações à actividade do Fundo de Intervenção Ambiental ditadas pelo princípio da subsidiariedade, certo é que no tocante ao âmbito material ou objectivo de actuação, o figurino legal fixado no n.º 1 do art. 3.º do Dec.-Lei n.º 150/2008, apresenta uma latitude particularmente ampla, fazendo incluir na esfera de incidência do fundo, quer os danos em componentes ambientais resultantes da acção humana, quer os prejuízos ambientais decorrentes de forças da natureza.

Em face de toda a exposição antecedente, importa salientar que a intervenção subsidiária do Fundo de Intervenção Ambiental se opera na órbita da responsabilidade administrativa ambiental. Este entendimento não se ancora no argumento sistemático, pela circunstância da matéria respeitante à intervenção do fundo ambiental se encontrar regulada no capítulo dedicado à responsabilidade administrativa pela prevenção e reparação dos danos ambientais, mas em virtude da missão traçada no Dec.-Lei n.º 150/2008 se orientar no sentido da tutela do dano ecológico, e não nos danos ambientais consubstanciados em violações de concretos direitos subjectivos dos particulares.

A grande vocação do Fundo tem pois uma matriz manifestamente social, encontrando-se ao serviço do combate dirigido contra o dano ecológico.

Torna-se então pertinente definir em termos muito sumários quais os danos ao ambiente susceptíveis de responsabilizar o operador poluidor, uma vez que não são todos os prejuízos ambientais mas tão-somente os eleitos pelo Dec.-Lei n.º 147/2008 para alvo de ressarcimento.

Seguindo de perto os ensinamentos de Alexandra Aragão, tais danos são “basicamente, de três categorias: danos às espécies e habitats naturais protegidos, danos à água e danos ao solo. De

fora ficam os danos ao ar, ao clima, ao subsolo, à paisagem, à biodiversidade, quando as espécies não sejam protegidas, etc...⁷⁶⁻⁷⁷.

PLURALIDADE DE RESPONSÁVEIS E SEGUROS CUMULATIVOS – O SOBRESSEGURO

Encontrando-nos num terreno fértil à emergência de situações de causalidade múltipla, então não constitui hipótese meramente académica a existência de uma pluralidade de responsáveis pelo mesmo dano ambiental. Abstraindo, desde já, das dificuldades suscitadas no tocante à identificação do pressuposto do nexo de causalidade quando nos encontramos perante situações de causalidade múltipla incerta⁷⁸, importa enfrentar então os problemas suscitados quando se revela possível individualizar os responsáveis pelos danos ambientais, e os mesmos encontram a sua responsabilidade civil garantida relativamente aos danos causados por tais sinistros. Quando tal suceda, importa ser particularmente cauteloso no tocante ao *quantum* indemnizatório a atribuir ao lesado ou aos lesados⁷⁹, pois se lhes fosse possível obter de várias seguradoras o montante indemnizatório necessário para garantir a cobertura dos seus prejuízos, então correr-se-ia o risco de se estarem a criar situações de enriquecimento sem causa do(s) lesado(s) à custa das seguradoras dos lesantes.

Tal seria, na realidade, o resultado inevitável caso o legislador dos seguros não tivesse cautelosamente previsto para tal tipo

⁷⁶ Cfr. Alexandra ARAGÃO, “O Princípio do Poluidor Pagador”, 111.

⁷⁷ Um tal âmbito objectivo dos danos ambientais ressarcíveis pelo Dec.-Lei n.º 147/2008, surge claramente definido no art. 11.º, n.º 1, al. e).

⁷⁸ Acerca dos problemas coenvolvidos na causalidade múltipla ou sobre-determinação causal de acordo com o ponto de vista tradicional e as soluções propostas para a resolução dos problemas a partir de uma perspectiva radicada na ideia de imputação e não de causalidade, cfr. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação. Contributo para a Compreensão da Natureza Binária e Personalística do Requisito Causal ao Nível da Responsabilidade Civil Extracontratual*, Cascais, 2013, vol. II, 1170 e ss.

⁷⁹ Com efeito, podemos encontrar-nos perante situações de pluralidade activa. Por regra, as obrigações são singulares. Porém, tal não invalida o surgimento de obrigações com uma pluralidade de sujeitos, seja do lado activo, seja do lado passivo.

de situações de cumulação de seguros, ou como comumente são designadas de “seguros cumulativos” um regime especial constante no art. 133.º do Dec.-Lei n.º 72/2008⁸⁰, devendo, porém, uma tal disciplina ser analisada articuladamente com quanto se prescreve no art. 132.º do mesmo diploma a propósito do sobresseuro.

Foi propósito do legislador evitar o ressarcimento por duas vezes do mesmo prejuízo, representando os regimes jurídicos previstos em qualquer dos preceitos acabados de mencionar corolários do princípio indemnizatório, cuja consagração na lei dos seguros se encontra no art. 128.º.

De acordo com a regra colhida neste preceito, a seguradora apenas se encontra vinculada ao pagamento de uma quantia correspondente ao dano sofrido pelo lesado, conquanto o montante do capital seguro⁸¹ exceda claramente o quantitativo do prejuízo.

Cumprе referir que esta matéria da pluralidade de seguros sempre esteve na mira das preocupações legislativas, dedicando-lhe o velho código de Veiga Beirão uma disposição (art. 434.º), na qual se previa a nulidade do contrato posterior relativo ao va-

⁸⁰ Todavia, quando o montante do dano exceder o do capital seguro, o lesado vê o ressarcimento dos seus prejuízos limitado a um tal quantitativo, tal como resulta *expressis verbis* da parte final do art. 128.º do Dec.-Lei n.º 72/2008.

⁸¹ Vários são os modelos capazes de permitir a ocorrência de violações ao princípio do indemnizatório, facultando as leis de diversos países da Europa ocidental exemplos de consagração dos mesmos. Uma das vias possíveis será a admissibilidade de responsabilização de todas as seguradoras *in solidum*, dentro dos limites da obrigação de indemnizar devida ao segurado ou ao lesado. Tal foi de resto a solução acolhida pelo Dec.-Lei n.º 72/2008, no art. 133.º, n.º 3, à semelhança de quanto se encontra estatuído no art. 1910.º do Codice Civile. Por seu turno, no plano das relações internas, podem ser adoptados critérios diversos para a repartição da responsabilidade entre as seguradoras: – cada uma das seguradoras ser responsável na quantia a que contratualmente estaria obrigado (art. 1910.º do Codice Civile) – estatuição de regimes complexos e diferentes consoante estejam em causa interesses determinados ou indeterminados – responsabilização das seguradoras na proporção das quantias seguras (art. 32.º -3.º§ da Lei Espanhola). A este propósito, o legislador português acolheu a proporcionalidade supletiva. Para além da responsabilidade solidária, outros critérios poderão ser acolhidos, entre os quais se destaca a prevalência do contrato de seguro mais antigo e a subsequente nulidade dos contratos celebrados quanto ao mesmo interesse e relativos a idêntico período (o revogado art. 433.º do Cod. Comercial), bem como o regime da responsabilidade conjunta. Sobre esta matéria, cfr. Arnaldo C. OLIVEIRA, “Anotação ao art. 133.º do Dec.-Lei n.º 72/2008”, 454 e ss.

lor seguro por contrato válido anterior. Na perspectiva de alguns autores⁸², a solução contida no Código Comercial era preferível à opção escolhida pela nova legislação dos seguros, pois desta forma se evitava, nas hipóteses em que a pluralidade de seguros fizesse surgir um caso de sobresseguo, as dificuldades probatórias da boa fé subjectiva do tomador do seguro ou do segurador para assim alcançar a restituição dos sobreprémios pagos nos dois anos anteriores ao pedido da redução do contrato (art. 132.º do Dec.-Lei n.º 72/2008). Com efeito, o efeito retroactivo decorrente da declaração de nulidade garantiria a dita restituição sem as exigências decorrentes da legislação dos seguros.

Apesar de um tal argumento se manifestar particularmente relevante quando o limite indemnizatório do primeiro seguro celebrado exceder o quantitativo do dano sofrido pelo lesado⁸³, o mesmo não sucederá quando os prejuízos por este reclamados se afigurem superiores ao montante coberto pela dita seguradora. Com efeito, em tais situações, poderá revelar-se útil accionar a segunda ou terceira seguradora que assumiram a cobertura do mesmo interesse e pelo mesmo período, porquanto apenas desse modo o(s) lesado(s) poderia(m) obter o ressarcimento integral dos danos sofridos, conquanto lhe(s) esteja vedado a atribuição de um montante indemnizatório superior ao dano, apesar de tal à partida lhe(s) ser formalmente permitido, atendendo aos montantes facultados pelas segunda ou terceira coberturas⁸⁴.

Atendendo a que a reparação dos danos ambientais envolve, por regra, valores particularmente elevados, valores esses não susceptíveis de ser garantidos individualmente por

⁸² É este o posicionamento de Calvão da Silva, no seu magistério oral na disciplina de Direito Material da Banca, Bolsa e Seguros.

⁸³ Neste sentido, cfr., Arnaldo C. OLIVEIRA, “Anotação ao art. 133.º do Dec.-Lei n.º 72/2008”: “é mais confortável para o tomador, no caso do(s) contrato(s) mais antigo(s) ter(em) um capital seguro inferior ao montante do dano, e existindo um terceiro contrato com capital superior a este”.

⁸⁴ Em face de todas estas considerações, não temos dúvidas em afirmar que o regime do art. 133.º do Dec.-Lei n.º 72/2008 não é susceptível de ser convocado relativamente a seguros de responsabilidade civil ilimitada, os quais assumem relevo quando o valor do seguro não é *a priori* determinável, mas tão somente após a ocorrência do sinistro, cfr., a este propósito, Arnaldo C. OLIVEIRA, “Anotação ao art. 132.º”, 450.

uma única seguradora de média ou reduzida dimensão económica, não admira a enorme utilidade de convocação neste universo da responsabilidade civil ambiental do regime do co-seguro. Como é amplamente consabido esta modalidade de seguros representa uma técnica de fraccionamento ou repartição dos riscos bastante utilizado quando estejam em causa danos difusos e de montante elevado⁸⁵.

Estando em causa seguros constantes de uma única apólice, conquanto subscrita por vários tomadores, consegue-se por esta via um relacionamento mais fácil e racional com os tomadores do seguro, além da garantia face aos montantes de cobertura mais elevados, permitir o ressarcimento de uma panóplia de danos mais vasta.

Para além destas vantagens, poder-se-ão evitar ainda, por via da celebração do co-seguro, os inconvenientes decorrentes das situações da pluralidade de seguros respeitantes ao mesmo interesse seguro.

No rol dos ditos inconvenientes ou desvantagens de conclusão de vários contratos de seguro individuais conta-se precisamente as hipóteses de fraude previstas no n.º 2 do art. 133.º.

Neste contexto, importa ainda referir que mesmo descontadas estas hipóteses mais graves de deliberada omissão de informações por parte do tomador, torna-se, na verdade, muito difícil quando estejam em causa uma pluralidade de tomadores, garantir o cumprimento do dever de informar⁸⁶ as outras seguradoras da existência de outros contratos de seguros destinados a cobrir o mesmo interesse, de modo a conseguir evitar derrogações ou entorses ao princípio do indemnizatório.

Ainda que de um modo sumário, não podemos deixar de fazer menção à vantagem do recurso pelas seguradoras que

⁸⁵ Neste sentido, cfr. Eduarda RIBEIRO, “Anotação ao art. 162.º do Dec.-Lei n.º 72/2008”, in Pedro Romano MARTÍNEZ, *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, 285. Importa ainda esclarecer que no co-seguro, o legislador português acolheu o modelo da responsabilidade conjunta das seguradoras subscritoras da apólice única (art. 62.º e 63.º do Dec.-Lei n.º 72/2008).

⁸⁶ Um tal dever de informação encontra-se expressamente previsto no n.º 1 do art. 133.º do Dec.-Lei n.º 72/2008.

garantam a responsabilidade civil ambiental à figura do resseguro, cuja regime se encontra definido nos artigos 72.º e seguintes do Dec.-Lei 72/2008, tendo em conta que a maior parte destes seguros se encontram integrados no universo dos seguros de grandes riscos.

(Página deixada propositadamente em branco)

3.

DA CAUSALIDADE À IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Mafalda Miranda Barbosa
Professora Auxiliar de Direito Civil
Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

Sumário: *I. Introdução. Formulação do problema. II. Os danos causados através de uma componente ambiental e os danos ecológicos. A responsabilidade civil e a responsabilidade administrativa – o regime do DL n.º 147/2008, de 29 de Julho. Circunscrição temática. III. A questão causal. 3.1. A «causalidade» personalística. 3.2. A condicionalidade como juízo prévio da causalidade. 3.3. A prova do requisito causal. 3.4. A causalidade ambiental. IV. O problema da causalidade múltipla. V. A doutrina do market-share liability e a doutrina da pollution-share liability.*

I. INTRODUÇÃO FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O ser humano está constantemente a provocar o meio ambiente. E este, por seu turno, invoca-nos, enquanto juristas e enquanto civilistas, instando-nos a procurar soluções que garantam – com a máxima eficácia – a sua protecção contra os crescentes riscos que as sociedades modernas comportam. Ao fazê-lo, acaba por provocar, num movimento dialéctico, a própria ciência jurídica, que se vê forçada a reelaborar algumas das suas catego-

rias tradicionais para fazer face aos novos problemas que emergem. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “o direito do ambiente recolhe regras oriundas de outras disciplinas e enriquece, em simultâneo, essas outras disciplinas com normas cuja elaboração ele próprio propicia”¹. Na verdade, se muitas vezes se rompe com as soluções clássicas da dogmática civilística, em nome da intencionalidade que os problemas por ele levantados comunicam, não menos certo é que em algumas dessas soluções novas podemos encontrar um ponto de apoio seguro, ou pelo menos um mote, para reponderar e redensificar quadros doutrinários cristalizados ao longo do tempo.

Importa, não obstante, ser cauteloso na compreensão destas palavras.

Em primeiro lugar, a abertura do sistema pelo estrato da realidade jurídica, que assim se torna visível, não vai ao ponto de aniquilar as anteriores disciplinas normativas. De facto, e voltando ao verbo de Menezes Cordeiro,

“a autonomização de um direito material do ambiente é feito à custa das disciplinas jurídicas que primeiro viram nascer as normas jurídicas implicadas. Mas nunca totalmente: desde logo por haver normas que, mau grado a sua vocação ambiental, nunca cortam – nunca cortam totalmente – as ligações com as áreas de origem [...]. O direito material do ambiente não assumiu, ainda, o papel de absorver todas as normas de que carece. Por exemplo: a responsabilidade civil, mau grado o largo papel ambiental que assume, mantém-se uma disciplina civil”².

Quer isto dizer que, por um lado, não podemos forçar a dogmática aquiliana para lá do que a sua intencionalidade viabiliza; e que, por outro lado, a complementaridade do direito público, com os seus instrumentos específicos, se torna mister³.

¹ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II. Direito das Obrigações*, t. III, Almedina, Coimbra, 2010, 696. Do autor, veja-se, ainda, “Tutela do ambiente e direito civil”, *Direito do Ambiente*, INA, 1994, 337 e ss.

² A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II. Direito das Obrigações*, t. III, 695.

³ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II. Direito das Obrigações*, t. III, 698/699, explicitando as vantagens da tutela do ambiente ao nível do direito civil, mas evidenciando que o direito privado tem, “no campo ambiental, fraquezas estruturais que recomendam sempre um acompanha-

Em segundo lugar, algumas das soluções pensadas sob este impulso não têm de se confinar ao domínio ambiental. Como veremos, elas são animadas por um sentido axiológico do justo que faz apelo directo à pessoa. E, por isso, longe de configurarem a excepção, devem ser posicionadas do lado da regra, com o que podemos concluir que o desvio ao cânone potenciado pela componente ecológica se justifica no plano estrutural e não no plano da fundamentação ou da *ratio iuris*. Na verdade, recusamos uma visão ecologista estrita que retire o homem do centro da reflexão. O ambiente é, sem dúvida, um bem jurídico essencial, mas é-o em função do homem e na medida do homem, entendido como pessoa e, portanto, com deveres de solidariedade que o unem aos seus semelhantes, já nascidos ou ainda por nascer. Não se estranha, por isso, que o direito civil – caracterizado pelo seu forte sentido antropológico e axiológico – tenha disponibilizado, desde sempre, mecanismos de tutela do meio ambiente, quer integrando-o na defesa da propriedade, mormente através da regulamentação das relações de vizinhança, quer integrando-o na tutela ampla da personalidade, concedida por via do artigo 70.º CC.

Não quer isto dizer, obviamente, que a responsabilidade civil ambiental não apresente especificidades e não exija respostas de outro tipo para problemas que também são outros. Significa, antes, que a axiologia fundamentante do discurso não se altera^{4,5};

mento publicístico”, desde logo porque é um direito restitutivo, quando a tutela do ambiente deve ser protectiva; e porque a tutela civilística depende da iniciativa particular, colocando-se problemas especiais quando são afectadas, por exemplo, zonas não habitadas.

⁴ A este propósito, cf. A. Castanheira NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 83 (2007) 1 e ss., p. 68. Questionando os limites da juridicidade e as alternativas ao direito, detém-se na problemática da ecologia, para aí incluir uma reflexão acerca do sentido e intencionalidade da “responsabilidade pelo futuro para que seríamos convocados na linha do *Prinzip Verantwortung* enunciado por Hans Jonas”, a exigir ao direito “que ele fosse repensado (...) sob um novo paradigma em que participasse a dimensão de futuro”, “havendo, por isso, de, num tempo longo, considerar ainda o homem como ser potencial, como homem referido ao futuro, numa justiça ampliada que abrangesse um programa de fins e as acções, no futuro também, por ele implicadas e adequadas a favor da pessoa”, e concluir que a inclusão do problema ambiental no contexto da juridicidade implicaria a resposta positiva às três condições de emergência do direito – a condição mundanal-social, a condição huma-

que a intencionalidade problemática do direito privado continua presente; apenas se consentindo dissensos sempre que a dogmática civilística seja confrontada com uma estrutura problemática dispar.

O nosso propósito neste trabalho é, exactamente, o de reflectir, por referência a um nicho dogmático muito preciso – a responsabilidade civil –, em que medida os danos ambientais exigem ou não respostas especiais a esse nível⁶. Pese embora

no-existencial e a condição ética – donde “significa decerto a convocação da responsabilidade nos três níveis (...), o primeiro dos quais é exactamente a responsabilidade perante o todo comunitário das condições da coexistência histórico-social, e a traduzir-se na correlação entre as possibilidades oferecidas por essas condições para a realização pessoal e a corresponsabilidade pessoal por elas”, “(...) em que cabem naturalmente os deveres impostos pela preservação do ambiente comunitário da existência, só que não de qualquer modo e sem limites”. Mais concretamente, “a responsabilidade em que esses deveres se traduzem deverá afirmar-se no quadro da dialéctica jurídica autonomia/responsabilidade e não poderá, portanto, anular os direitos em que encontre manifestação a autonomia e a sua possibilidade concreta a favor tão-só de uma hipertrofia da responsabilidade”. Castanheira Neves rejeita um *continuum* de responsabilidade que anularia a autonomia. O autor afirma, ainda, a págs. 49, que a “recompreensão” da juridicidade, imposta pela crise que a mesma vive, não se pode orientar pela perspectiva da sociedade e portanto por uma perspectiva com uma índole macroscópica; ao invés, “o direito só recupera a sua autonomia se a perspectiva for outra: perspectiva do homem, de índole judicativamente microscópica. A sua essência está na resolução práticas de problemas titulados pessoal e concretamente pelas pessoas em referência à validade intencionada pelo encontro”.

⁵ Menezes Cordeiro alerta para uma mutação a este nível – cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II. Direito das Obrigações*, t. III, 700, considerando que o carácter antropocêntrico do direito civil, onde a tutela da natureza seria inicialmente pensada no quadro da defesa dos interesses e direitos da pessoa, tem vindo a ser revista.

Veja-se, ainda, a este ensejo, J. J. Gomes CANOTILHO, “O direito do ambiente como direito subjectivo”, *A tutela jurídico do meio ambiente: presente e futuro*, Coimbra, (Studia Iuridica, 81), 47 e ss.

⁶ Colocando a mesma questão, cf. Peter CANE, “Are environmental harms special?”, *Journal of Environmental Law*, 13/1 (2001) 3 e ss. O autor sublinha que a poluição pode afectar a saúde física e mental das pessoas, pode causar danos à propriedade e pode produzir danos puramente patrimoniais, não havendo especificidades no que tange a este ponto. Do mesmo modo, salienta que, se o dano causado pela poluição é irreversível, essa irreversibilidade não é exclusiva deste nicho problemático, bastando pensar no dano da morte. A especificidade, no tocante a este aspecto, passa pelo impacto que o dano ao ambiente pode ter em relação a gerações futuras. Mas entende que a responsabilidade civil pode não ser o instrumento apto para salvaguardar estas situações. Até porque – cf. p. 7 e ss. – a poluição pode não

conscientes dos outros pontos de tensão da dogmática aquiliana, circunscreveremos a nossa análise ao problema da causalidade. Antes, importa, porém, olhar para o traçado geral da responsabilidade civil ambiental. Tal afigura-se imprescindível para, dotando-nos do entendimento mínimo necessário acerca da disciplina ressarcitória ambiental, nos potenciar as bases da indagação que nos orienta: existirá uma causalidade ambiental? Depois disso, teceremos também algumas considerações acerca das hipóteses de causalidade múltipla, já que é sobretudo nesse plano que as idiossincrasias deste nicho temático se fazem sentir, não ao nível das respostas que se oferecem, mas ao nível do potencial de incerteza que envolvem.

II. OS DANOS CAUSADOS ATRAVÉS DE UMA COMPONENTE AMBIENTAL E OS DANOS ECOLÓGICOS. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA – O REGIME DO DL N.º 147/2008, DE 29 DE JULHO. CIRCUNSCRIÇÃO TEMÁTICA

O DL n.º 147/2008, de 29 de Julho, que transpôs, entre nós, a Directiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, modificada pela Directiva 2006/21/CE, de 15 de Março⁷, regula a responsabilidade civil ambiental. Em

se confinar às fronteiras de um estado, os danos podem demorar muito tempo até se materializarem, ao mesmo tempo que podem provocar prejuízos em larga escala, o que contribui para agravar as dificuldades de estabelecimento do nexos de causalidade. Peter Cane sustenta que os *environmental harms* não são especiais no sentido de justificarem um regime legal específico. Estabelecendo a distinção entre os danos causados às pessoas através do meio ambiente e os danos ecológicos, o autor aduz que a autonomização destes últimos, estando em causa a responsabilidade civil, é um erro. Até porque em relação a estes questiona – quem poderia exigir uma indemnização? Cf. p. 13.

⁷ Sobre a Directiva citada, cf., *inter alia*, Lucas BERGKAMP, “The proposed environmental liability directive”, *European Environmental Law Review*, 11 (2002) 294 e ss.; Carla Amado GOMES, “A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL n.º 147/2008, 29 de Julho”, *O Direito*, 141 (2009) 133 e ss., considerando que a directiva autonomiza o dano ecológico e só pretende ser aplicável a este, regendo-se a reparação dos danos causados às pessoas e à propriedade pelos

rigor, porém, o diploma apenas trata da responsabilidade civil no capítulo II, deixando para o capítulo III a disciplina da chamada “responsabilidade administrativa pela prevenção e reparação de danos ambientais”⁸. Nos termos do artigo 12.º, “o operador que, independentemente da existência de dolo ou culpa, causar um dano ambiental em virtude do exercício de qualquer das actividades ocupacionais enumeradas no anexo III do presente decreto-lei ou uma ameaça iminente daqueles danos em resultado dessas actividades, é responsável pela adopção de medidas de prevenção e reparação dos danos ou ameaças causados, nos termos dos artigos seguintes”. O artigo 13.º prevê que “o operador que, com dolo ou negligência, causar um dano ambiental em virtude do exercício de qualquer actividade ocupacional distinta das enumeradas no anexo III ao presente decreto -lei ou uma ameaça iminente daqueles danos em resultado dessas actividades é responsável pela adopção de medidas de prevenção e reparação dos danos ou ameaças causados, nos termos dos artigos seguintes”. Designadamente, quando exista uma ameaça iminente de danos ambientais, o operador responsável nos termos dos artigos 12.º e 13.º adopta, imediata e independentemente de notificação, requerimento ou acto administrativo prévio, as medidas de prevenção necessárias e adequadas. Do mesmo modo, quando ocorra um dano ambiental causado pelo exercício de qualquer actividade ocupacional, o operador adopta as medidas que previnam a ocorrência de novos danos, independentemente de estar ou não obrigado a adoptar medidas de reparação. Além disso, sobre o operador recaem diversos deveres de informação. Para além das obrigações de evitar um dano iminente ou de minorá-lo, o operador é responsável, sempre que ocorra um dano, nos termos do artigo 15.º, onde se prevêem deveres de informação e de contenção dos danos⁹. As medidas, se não forem imediatamente adoptadas, devem ser sub-

princípios gerais em matéria de direito civil; e que adere a um conceito amplo de responsabilidade, que prescinde da ocorrência do dano.

⁸ Para uma crítica à designação “responsabilidade administrativa”, cf. Carla Amado GOMES, “A responsabilidade civil por dano ecológico”, 154. Na verdade, a expressão leva a crer que é sobre as autoridades administrativas que recai a responsabilidade (de prevenir e reparar), quando não é isto que ocorre.

⁹ Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II. *Direito das Obrigações*, t. III, 709

metidas à autoridade administrativa que pode, em alguns casos, substituir-se ao operador, imputando-lhe os custos.

A responsabilidade é administrativa, não porque o agente lesivo seja um ente público, dotado de prerrogativas públicas, no exercício de uma actividade enquadrada por regras de direito público, mas porque o lesado é a comunidade globalmente considerada. Há uma deslocação da atenção do agente para a vítima, na qualificação do tipo de responsabilidade que emerge. Ora, tal particularidade acompanha a especificidade do dano que se gerou: em causa parecem estar, embora de forma não pura, os chamados danos ecológicos, isto é, aqueles que atingem o ambiente em si mesmo. Deles se distinguem os danos ambientais, ou seja, os que sacrificam bens jurídicos individuais através da lesão de uma componente ambiental¹⁰⁻¹¹.

Quanto a estes, regem as regras próprias da responsabilidade civil. Mas estas sofrem desvios em relação ao regime privatístico comum. Desde logo, há a previsão de uma hipótese de responsabilidade objectiva. Nos termos do artigo 7.º, “quem, em virtude de uma actividade económica enumerada no anexo III (...), ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de

¹⁰ Cf. Pedro Silva LOPES, “Dano ambiental, responsabilidade civil e reparação sem responsável”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, 8 (1997) 36.

¹¹ Repare-se que, actualmente, há autores que parecem pôr em causa a distinção entre os danos ambientais e os danos ecológicos.

Por outro lado, importa sublinhar que a legislação portuguesa se afasta da noção de dano ecológico na sua pureza. No n.º 2 do artigo 12.º e no n.º 2 do artigo 13.º, prevê que a responsabilidade administrativa prevista no capítulo III não prejudica a responsabilidade a que haja lugar nos termos definidos no capítulo II. Mostra isto que pode haver sobreposição entre as duas realidades. Ou seja, a mesma situação pode envolver um dano no ambiente e, através dele, a lesão de uma posição subjectiva individualizada. De facto, um dano ambiental no sentido definido envolverá sempre a lesão de uma componente ambiental, o mesmo não sendo verdadeiro na relação inversa.

De notar, a propósito da sobreposição entre a dimensão individual e a ecológica da lesão, que o artigo 10.º estabelece a proibição da dupla reparação. Os lesados referidos nos artigos anteriores não podem exigir reparação nem indemnização pelos danos que invoquem na medida em que esses danos sejam reparados nos termos da responsabilidade administrativa. Quer isto dizer que a responsabilidade complementar a que aludem os n.ºs 2 do artigo 12.º e do artigo 13.º do citado diploma só se torna operante na medida em que as acções preventivas e reparadoras previstas no capítulo III não apaguem o dano individualmente sofrido.

uma qualquer componente ambiental é obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa, independentemente da existência de culpa ou dolo”. A responsabilidade subjectiva está consagrada no artigo 8.º do mesmo diploma, segundo o qual “quem, como dolo ou culpa, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um componente ambiental fica obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa”. Quer num caso, quer no outro, as normas falam de direitos ou interesses, restando saber se há aqui um alargamento da previsão do artigo 483.º CC e, portanto, se haverá ou não acolhimento para a indemnizabilidade dos danos puramente patrimoniais, uma vez que o preceito não esclarece se se cinge aos interesses legalmente protegidos¹².

A este propósito, importa cindir a nossa análise entre as duas modalidades ressarcitórias. No tocante à responsabilidade objectiva, ela prescinde da ilicitude. Mas não prescinde da lesão de determinados bens, como forma de conter os limites da indemnização¹³. O que se questiona é se o artigo 7.º alarga a obrigação de indemnização a situações em que não há lesão material de um bem jurídico. A este propósito, Menezes Cordeiro adianta que, quando o artigo 7.º fala de interesses, pretende referir-se aos interesses protegidos à semelhança da disciplina codicística¹⁴. A posição que pode convocar em seu abono argumentos de índole diversa – a coincidir, grosso modo, com os argumentos mobilizáveis para justificar, globalmente, a não indemnizabilidade de princípio dos *pure economic damages*¹⁵ –, sendo perceptível do ponto de vista da responsabilidade objectiva, torna-se mais complexa no tocante à responsabilidade por culpa. Na verdade, podemos questionar, quando confrontados com a previsão do artigo 8.º,

¹² Acerca dos danos puramente patrimoniais ao nível da responsabilidade ambiental, v. Paula de Castro SILVEIRA, *Responsabilidade civil ambiental: o caso dos danos puramente patrimoniais*, Coimbra, 2008. Cf., ainda, Sinde MONTEIRO, “Protecção dos Interesses Económicos na Responsabilidade Civil por Dano Ambiental”, *A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro*, Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, 2005, (Studia Iuridica 81; Colloquia 13), 133-156.

¹³ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*, Principia, 2014, 90 e ss.

¹⁴ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II. *Direito das Obrigações*, t. III, 711.

¹⁵ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2006.

qual o efeito útil do preceito interpretado de forma restrita se sempre que haja lesão dolosa ou culposa de um direito ou interesse legalmente protegido as regras da responsabilidade aquilina se tornam aplicáveis, independentemente de a violação ocorrer ou não por via da lesão de uma componente ambiental. A aceitar-se que a lesão de puros interesses não pode dar origem a uma pretensão indemnizatória, parece que somos condenados a concluir que, afinal, a previsão do DL n.º 147/2008, de 29 de Julho, no que respeita à responsabilidade civil subjectiva, repete as soluções que já eram consagradas em geral, acrescentando apenas a previsão da responsabilidade independente de culpa¹⁶.

A conclusão não deixa de ser, porém, prematura, tanto quanto ainda não se tenha lidado com a questão da causalidade. Menezes Cordeiro fala, a este propósito, de uma causalidade ambiental. Segundo o autor, a grande novidade da Lei da Responsabilidade Civil Ambiental reside na exigência de o dano ocorrer por via da lesão de uma componente ambiental, estabelecendo-se aqui uma causalidade especificamente ambiental¹⁷.

Saber se existe, ou não, um desvio considerável em relação ao modo como se estabelece, em regra, o nexos de causalidade implica que saibamos como é que este deve ser entendido juridicamente. Ora, podemos adiantar que uma compreensão personalística do referido liame nos abre as portas a soluções que não estão longe do que se propugna para a responsabilidade ambiental. Por outro lado, essas soluções parecem conter em si o potencial para dar resposta a problemas como os que envolvem a causalidade múltipla: conjunta, alternativa, aditiva. É, aliás, neste ponto que a disciplina legal plasmada no DL n.º 147/2008 parece não ter sido feliz¹⁸⁻¹⁹.

¹⁶ *Infra*, teceremos ulteriores considerações sobre este ponto.

¹⁷ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II. *Direito das Obrigações*, t. III, 711.

¹⁸ Cf., sobre o ponto, Carla Amado GOMES, “A responsabilidade civil por dano ecológico”, 158, considerando que a lei falhou por não conter uma presunção de causalidade, nem a regulamentação da questão da causalidade alternativa.

¹⁹ Já em 2007, Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, Almedina, Coimbra, 2007 – chamava a atenção para a necessidade de repensar a causalidade ao nível da responsabilidade ambiental. A autora, identificando, por referência ao direito ambiental, alguns dos nichos problemáticos a que somos conduzidos pelo entendimento tradi-

cional da causalidade (casos de multicausalidade, refractada nas hipóteses de causalidade alternativa, cumulativa, aditiva, potenciada ou sinérgica – cf. p. 18, nota 15; danos à distância, danos tardios, dano anónimo, acumulado, dano futuro não previsível – cf. p. 18, nota 17), acaba por salientar – dando mote ao seu percurso de investigação – a necessidade de, nesse âmbito, procurar “novas vias de resposta, com maior aptidão para enquadrar dogmaticamente os problemas práticos que se suscitam”. E, em jeito de anúncio, afirma ficar em aberto “a possibilidade de se prescindir da *conditio sine qua non* como base da imputação, caminhando-se para outros critérios normativos de causalidade” – cf. p. 23. Mais do que isso, porque o verdadeiro óbice ao funcionamento consistente dos quadros dogmáticos cristalizados ao longo do tempo pela jurisprudência e doutrina reside no aporético sentido da desvelação da causalidade dita fáctica, afirma Ana Oliveira que não podemos “insistir numa defesa de causalidade como critério-base de imputação”, porquanto tal equivale a “destruir antecipadamente a própria protecção jurídica conferida pelo instituto da responsabilidade no âmbito em estudo”. Mais adianta a autora que a causalidade adequada, porque atida ainda à *conditio sine qua non* como base de imputação, não é prestável a este nível (p. 58). Para a autora, ao nível ambiental, (“o dano apresenta-se anónimo, sem possibilidade de identificar o responsável, ou como dano acumulado, consequência do somatório de várias intervenções, ou ainda como dano futuro não previsível. O recurso à doutrina da causalidade mostra-se de difícil aplicação. Faz-se por isso apelo à causalidade normativa, que responsabiliza o agente pelos danos compreendidos na esfera de garantia das normas violadas (...). Prescinde-se mesmo da identificação do agente causador da lesão com a aplicação da teoria da *market-share-liability*, ou seja, a responsabilidade segundo a quota de mercado, nos termos da qual casa empresa é responsável pelos efeitos danosos da contaminação na proporção da sua quota de mercado (p. 66). Afirma a autora que “uma solução dogmática dos danos ambientais deve, a nosso ver, partir do conceito ou ideia central de risco. Para além de especialmente adaptada ao domínio ambiental – porque mais flexível – longe está de ser estranha à imputação dos danos”. Na base da asserção está a consciência da impossibilidade de se alterarem – como vem fazendo a jurisprudência, sobretudo além-fronteiras – as regras atinentes ao domínio probatório no âmbito da responsabilidade ambiental única e exclusivamente pelo acréscimo de dificuldade com que a vítima se confronta. E na demanda de uma justificação materialmente densificada para se lançar mão do ou dos expedientes, a autora chama à liça o princípio da precaução. Imbuído pela ideia de risco, ele traça o seu curso, derramando a sua influência na solução do problema (p. 70), levando-a a concluir da pertinência de aí especificamente se flexibilizarem os critérios de determinação da causalidade. Apresenta-se, *prima facie*, o recurso ao risco imbuído da dimensão de especialidade, se bem que não excepcionalidade, porque a autora acaba por reconhecer a importância dialógica e criteriológica da categoria ao nível da responsabilidade, quer civil, quer penal (cf. p. 72-73). É na conexão de risco que se pode encontrar o ponto de apoio suficientemente firme para dar resposta aos problemas que, a esse nível, emergem a propósito do estabelecimento do que tradicionalmente vai entendido como nexos de causalidade. Justifica-o pela desnecessidade assim comunicada de se indagar naturalisticamente o pendor

III. A QUESTÃO CAUSAL

3.1. A «causalidade» personalística²⁰

Se tradicionalmente os autores procuravam dar resposta à necessária concatenação entre o comportamento ilícito e culposo e o dano através da doutrina da causalidade adequada, complementar da teoria da *conditio sine qua non*, percebe-se, hoje, que ela padece de inúmeras falhas, detectáveis por duas vias: a) dogmaticamente, deixa sem resposta muitos problemas, não nos permitindo alcançar a decisão justa; b) ético-axiologicamente, mostra-se inconsonante com o sentido predicativo da juridicidade. Na verdade, uma adequada compreensão metodológica do problema da realização do direito há-de fazer-nos perceber que as diversas categorias dogmáticas de procedência de uma pretensão indemnizatória têm de ser interpretadas, não só na sua remissão para a intencionalidade problemática do caso concreto, mas também por referência à intencionalidade dos princípios normativos do direito enquanto direito. É por isso essencial a chamada à colação da pessoalidade livre na desvelação do sentido da causalidade jurídica.

condicional de um determinado comportamento relativamente ao dano advindo. São suas as palavras: “note-se que exigir a demonstração da criação/aumento do risco é algo de essencialmente diverso de exigir a demonstração da *conditio sine qua non*. A *conditio* não interfere aqui sequer ao nível da base de imputação dos danos ambientais. Bem longe de se exigir a demonstração de uma causalidade naturalística, exige-se – o que é bem menos – a demonstração da criação/aumento do risco” (p. 75).

A este propósito, veja-se, ainda, Colaço ANTUNES, “Poluição industrial e dano ambiental: as novas finalidades electivas da responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 67 (1991) 4. (a propósito das chuvas ácidas, o autor questiona a forma de imputação dos danos perpetrados, dada a dificuldade de prova do agente causador dos mesmos e do nexo de causalidade. Apresenta, por isso, diversas teorias, como sejam a *alternative liability theory*, a *concurrent causation*, *concert of action*, *enterprise liability*, até chegar à referida teoria do *market-share liability*).

²⁰ Reproduzimos, aqui, as principais conclusões do estudo Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual?*, Principia, 2013. Remetemos, igualmente, para toda a bibliografia aí citada.

Nesse sentido, a própria acção, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspectos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objectiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialéctico encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, *há que cotejá-la com a esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros que compõem teluricamente o horizonte de actuação daquele, e ainda com a esfera de risco geral da vida*. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa actua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exactamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde

com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objectiva residir na imputação subjectiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialecticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialéctico de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objectiva. Isto é, a partir do momento em que o agente actua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência será diferente relativamente ao da culpa. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. A recondução dos danos eventos subsequentes àquela esfera opera por via da mera possibilidade.

Assim, para que haja imputação objectiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois pólos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objecto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*. Em

termos práticos, não há unanimidade no tocante ao significado da invocação de um comportamento lícito alternativo. Se muitos advogam a sua procedência, baseando-se para o efeito na ideia de que, nestes casos, a ilicitude não teria cumprido a sua verdadeira função como elemento crucial de edificação do dever de indenizar, outros parecem remeter a relevância dele para o âmbito da finalidade de protecção da norma, ficando a solução concreta dependente desse escopo. Seja como for, e independentemente das posições particulares que vão sendo firmadas, descontadas as tentativas de abordagem do tema à lupa da causalidade hipotética, é na ligação ao requisito da ilicitude que se joga o cerne da problemática. E por isso entende-se que, ultrapassada a visão mais ortodoxa dela, a sua mobilização surja com particular acuidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude. A descoberta da falta de relevância da norma violada para a emergência do dano vem mostrar, afinal, que a intencionalidade normativa do caso não é assimilada pela intencionalidade normativa daquela. Do que se trata é de saber se o dano teria tido lugar sensivelmente do mesmo modo, no mesmo tempo e nas mesmas condições ainda que a preterição do dever não se tivesse verificado. Ou dito de outro modo, pergunta-se em que medida a conduta conforme ao direito teria diminuído de forma significativa o risco de realização do evento lesivo, quebrando-se, em caso de resposta afirmativa, o nexos de ilicitude que se começava a desenhar com a violação normativa. Se nos afastarmos do quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual e nos deixarmos orientar pela ilicitude desvelada por via da lesão de direitos subjectivos absolutos, facilmente nos aperceberemos da dificuldade de mobilização de um comportamento lícito alternativo. Na verdade, se a ilicitude fica confinada à violação do bem jurídico, isto é, ao resultado, não faz sentido falar-se de uma alternativa lícita. Arredado que esteja o formalismo, sabemos que – embora perspectivado na óptica do resultado – o ilícito tem subjacente a si uma conduta, traduzindo-se a ligação entre estes dois elementos no nexos de imputação que estamos a erigir. Adequadamente compreendida a acção, conformada pela liberdade do sujeito, inseparável da correspondente responsabilidade, a conexão de que falamos não é matizada pela

nota da exterioridade, mas predica-se na interioridade do dever. E traduz-se, em termos práticos-normativos, na constatação da assunção de uma esfera de risco, indagando-se, posteriormente, acerca da pertinência do dano àquele círculo de responsabilidade que se encabeça. Se a simples possibilidade é bastante para se integrar a lesão na esfera gerada ou incrementada, então é, em teoria, possível conceber que o lesante venha provar que o mesmo dano teria sido causado mesmo que o comportamento tivesse sido outro. Note-se, obviamente, que em rigor não estaria em julgamento um comportamento lícito alternativo, porquanto, ao não se estabelecer a conexão que buscamos, é o próprio nexo de ilicitude que falece e, conseqüentemente, o carácter ilícito do resultado. Não se trata de apurar da relevância negativa de uma causalidade hipotética, mas de saber se o lesante logrará afastar a sua responsabilidade ao provar a irrelevância do comportamento para a emergência do dano. Pressuposta que seja a finalidade primordial do ressarcimento como a reparação, e não esquecido que o sentido pessoalista da responsabilidade não nos pode afastar da determinação do agente, torna-se simples o sentido da solução. Deve-se, de facto, admitir a invocação do comportamento conforme ao direito como expediente de exclusão da imputação que se traça. A este nível colhe a invocação do comportamento alternativo conforme ao direito, porque, ao mostrar que a lesão surgiria do mesmo modo independentemente da licitude ou ilicitude do comportamento, consegue-se obter a prova do não incremento do risco. No fundo, o lesante demonstra que o dano que emerge não se conxiona funcionalmente com a esfera de responsabilizada actualizada a partir da obliteração dos deveres de conduta. A dificuldade passa, portanto, a ser outra, qual seja a de saber qual a prova que deve ser oferecida pelo obrigado a indemnizar. O julgador só deve recusar a imputação quando haja prova da efectiva causa do dano ou quando haja prova da elevada probabilidade de que a lesão se teria realizado mesmo sem o desvio na conduta. Note-se que o grau de probabilidade de que aqui se fala deve andar próximo da certeza, o que se entende se se considerar que a assunção da esfera de risco coenvolve igualmente o risco processual.

Na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume, importa ter sempre presente que esta é mais ampla que o círculo definido pela culpa, como atrás se constatou. Contudo, pese embora a ideia da extrapolação da vontade que acompanha o resultado, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente. Esta controlabilidade há-de, pois, ser entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo. Com isto, exclui-se a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior. No fundo, o que se procura com as categorias é retirar da esfera de risco edificada algumas das consequências que, pertencendo-lhe em regra, pela falta de controlabilidade (inevitabilidade, extraordinariedade, excepcionalidade e invencibilidade), não apresentam uma conexão funcional com o perigo gerado. Note-se, porém, que a judicativa decisão acerca da existência ou não de um facto fortuito ou caso de força maior poderá implicar, em vez de uma estanque análise das características elencadas, um cotejo de esferas de risco. De facto, poderá haver situações em que o pretense lesante não tem controlo efectivo sobre a situação que gera o dano, mas pode e deve minorar os efeitos nefastos dela. Com isto, mostramos que não é ao nível da culpa que as duas categorias derramam a sua eficácia. No entanto, isso não nos leva a optar inexoravelmente por uma perspectiva que as funde no conceito de causalidade. Num dado sentido, o facto fortuito e a força maior retiram do núcleo de responsabilidade do lesante o resultado verificado. Num outro sentido, reclamam a repartição de esferas de risco, convidando-nos a um cotejo entre elas. Abre-se, portanto, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos.

Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos

orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos? O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, excepto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nú. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma actuação livre do lesado que convoque uma ideia de auto-responsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos. Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em

risco ou a heterocolocação em risco consentido. O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de actuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efectivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do acto, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada. Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma actuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspectos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à actualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável

àquele. Como factores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

3.2. A condicionalidade como juízo prévio da causalidade

Enquanto a causalidade, qualquer que seja a concepção que a enforma, surge eivada por uma dimensão normativa, ainda que tendencialmente correspondente ao conceito natural, a condicionalidade é sobretudo cogitável no contexto fisicista, ainda que também tenha sido coberta por um manto de juridicidade. Tradicionalmente, o que se procurava com ela era a pertinência ao real, isto é, a garantia de que aquele comportamento tido como causa – porquanto adequado, para a doutrina tradicional, ou imputável objectivamente, se quisermos dar o salto em frente, na direcção do nosso modelo dialógico – era uma das condições que na realidade contribuíram para a ocorrência do evento lesivo. Seria, por isso, condição mínima necessária para o estabelecimento da causalidade, que conduziria a um alargamento exponencial dela, não garantindo o desiderato limitador que por seu meio se prosseguia. Se com a causalidade se afirma que por aquele comportamento se pode responsabilizar o agente, com a condicionalidade procura-se afastar elementos espúrios ou irrelevantes. A doutrina da *conditio sine qua non*, com a sua lógica contrafactual, e na complementaridade com a teoria da adequação, mais não procura do que a eliminação da irrelevância factual para o apuramento da causa. As fragilidades que a condicionalidade necessária viria a denotar fizeram com que outras soluções fossem cogitadas pelos autores. Ao anglo-saxónico *but-for test* contrapõe-se, neste contexto, o *NESS-test*. Ou seja, a uma ideia de necessidade opõe-se uma ideia de suficiência, debatendo-se os autores entre a bondade de uma e outra abordagem, sobretudo tendo em conta os casos de sobredeterminação causal. Não cremos, contudo, que o jurista tenha de se enredar num juízo logicista de condicionalidade. O que está em causa, a este nível, é, no fundo, o dilemático

problema da transposição entre o dever ser e o ser. Ora, o que a condicionalidade faz não é, ou não fosse a sua índole determinista e logicista, dar um passo em frente na descoberta da causa real da lesão que primacialmente se imputa ao pretense lesante, mas atestar da relevância ou irrelevância do comportamento deste para a emergência daquela. Em bom rigor, essa relevância foi já testada a montante, porque, ainda que o juízo acerca da assunção de uma esfera de risco convoque uma ideia de razoabilidade própria do homem médio, ela não deixa, na dialéctica anunciada, de se ater a dados de concretude bastante para afastar danos impossíveis ou comportamentos não idóneos para causar a lesão. Os próprios casos de sobredeterminação causal acabam por colher no modelo pré-definido uma resposta. E o mesmo se diga da indagação hipotética, já que, uma vez recusada a condicionalidade logicamente determinada em termos de necessidade, ela acaba por perder naturalmente o sentido que detinha no quadro de pensamento tradicional. Procura-se, com a condicionalidade necessária ou suficiente, consoante as respostas encontradas pelos autores, afastar todo e qualquer comportamento que não tenha sido relevante para a produção do dano. Ao apelarmos, numa alternativa discursiva, aos índices indagatórios do modelo por nós forjado para dar resposta ao problema, estamos a afastar, sem perder de vista a concretude do caso, determinados comportamentos que de todo não são aptos a, naquelas circunstâncias, gerar o dano, ou porque o bem lesado já não existia ou porque o comportamento não se mostra idóneo a gerar aquele tipo de lesão. É claro que isso nada nos diz acerca do concreto papel que o comportamento do agente desempenhou no processo causal conducente ao dano. Simplesmente, percebemos pelo desenvolvimento das nossas ideias que o carácter logicista, contrafactual e tendencialmente probabilístico (excepto para quem advogue um mundo determinístico) dos tradicionais testes condicionais pouco nos auxilia nessa missão. Por isso, propomos, também em alternativa, que o jurista se certifique da incidência do comportamento do lesante no surgimento do evento lesivo. Dito de outro modo, há que provar que a conduta do agente teve um papel na história do evento danoso. Só que, para isso, não nos interessa um *but-for test* ou um *NESS-test*, antes nos bastando

com o envolvimento do facto na história da lesão, que é pressuposto na análise da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade e se torna translúcido no momento da comprovação da hipotética relevância problemática do caso, isto é, no momento em que o lesado apresente os contornos da situação material controvertida e a prove. E isso terá impacto no tratamento de questões relativas à sobredeterminação causal.

3.3. A prova do requisito causal

A prova do requisito causal é uma das questões mais dilemáticas da prática judiciária que lida amiúde com problemas de responsabilidade civil. Não raro é este o motivo para decaírem pretensões indemnizatórias que, de outro modo, seriam procedentes. Na verdade, tradicionalmente, tem-se entendido que, porque o nexos de causalidade se traduz num dos elementos que sustenta o direito à reparação/indemnização do lesado, lhe cabe provar os factos que o revelem. Simplesmente, porque os processos causais que ocorrem naturalmente são complexos, e não simples, e porque nem sempre é possível reconstituir, *a posteriori*, a sucessão de acontecimentos que conduziu ao dano, essa prova torna-se, por vezes, diabólica.

Nesta matéria, há domínios onde o grau de complexidade se agiganta. Assim, por exemplo, ao nível da responsabilidade ambiental. Por isso, ecoam vozes no sentido de criar mecanismos de flexibilização do encargo probatório, se não mesmo de criação de presunções de causalidade que, muito além da dimensão processual, se vieram a traduzir na edificação mais ou menos sólida de teorias imputacionais várias.

Simplesmente, o modo como compreendemos o requisito causal não deixa incólume o olhar que é derramado sobre estoutro questão. Pois, se até a simples opção entre uma formulação positiva e negativa da teoria da causalidade adequada não deixava incólume a conformação do ónus que acompanha um dos litigantes em juízo, por maioria de razão, a mutação da intencionalidade com que vai pensado o pressuposto não pode deixar de

se repercutir neste âmbito²¹. Ou seja, e dito de uma forma mais directa, o que dissemos sobre o nexu de causalidade, ao transformá-lo, justificadamente, num nexu de imputação ou nexu de ilicitude, leva ínsita a resposta à questão: sobre quem recai o ónus de provar a causalidade?

A perspectivacão da responsabilidade civil, não só à luz da comutatividade anunciada preteritamente, como do princípio normativo da responsabilidade, a fazer-nos olhar para o lesante e não só para a posição do lesado, permite cobrir de outro modo a questão processual com que lidamos. Na verdade, à luz da posição que afastamos, enredam-se os autores na definição do grau de probabilidade suficiente, a confundir-se com a verdade juridicamente relevante, enquanto nós, como ficou claro, garantimos o acerto judicial com a mera possibilidade. O lesado tem de provar a edificacão de uma esfera de risco e a existênciã do evento lesivo. O juízo acerca da pertença deste àquela esfera traduzir-se-á numa dimensã normativa da realizacão judicativo-decisória do direito.

À luz da perspectiva tradicional, dir-se-á que aos diversos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil há-de ligar-se um determinado factu que funciona como o seu correlato na realidade. Ao autor da lide, o lesado, caberia a prova de cada um deles. Provando o factu, comprovava também o requisito, quedando-se a tarefa do juiz decidente num juízo subsuntivo que, tendo ou não em conta as particularidades do caso concreto, acabava por enublar as suas coordenadas específicas. A imposicão do encargo era consentânea com a estrutura cogitada, pois que, se todos os pressupostos referidos estribavam a procedênciã da pretensã formulada, seriam vistos como elementos constitutivos do seu direito à indemnizacão. Em sintonia se encontra, portanto, a soluçã pensada em sede aquiliana a propósito da culpa. Ao estabelecer que compete ao lesado a prova da culpa do autor da lesã, não se afasta o artigo 487.º CC da regra a que se chegaria em geral. A norma revestiria um figurino declarativo, confirmando o que já se sabia. E reforçaria um pensamento análogo em matéria de causalidade. A este propósito, embora de forma não

²¹ Sobre o ponto, com amplas referências bibliográficas, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexu de causalidade ao nexu de imputacão*, 1063 e ss.

unânime, tendo em atenção a formulação negativa da doutrina da causalidade adequada e as potencialidades que ela encerrava, era verbo corrente a afirmação doutrinal e jurisprudencial de que caberia ao autor a prova de que o dano tinha sido causado pelo pretense lesante ou, melhor dizendo e porque a maioria dos juristas se afastou da busca de uma causa real, de que era normal e adequado que um dano daquele tipo tivesse resultado de um comportamento como o levado a cabo. Foi, pois, a regra que motivou preocupações acrescidas com a posição do lesado que, *maxime* por referência a determinados nichos problemáticos, se via diante ou de uma conspiração de silêncio impeditiva da lograda consecução da sua missão ou diante da diabólica incerteza agigantadora das dificuldades em matéria probatória. Um dos caminhos trilhados passou pela busca e descoberta de presunções de causalidade que atenuassem as dificuldades probatórias. E nessa direcção, advogou-se a possibilidade de se lançar mão das chamadas presunções *prima facie*, *Anscheinsbeweis*, no direito alemão. Partindo-se da assunção de normalidade e de probabilidade, considerava-se que a partir do momento em que o lesado provasse a ilicitude do acto, a envolver a prova da culpa, poder-se-ia legitimar a ligação causa-efeito entre ela e o dano.

Tradicionalmente, a discussão gira em torno da probabilidade. Uma probabilidade que cumpre, ali, duas funções. Em primeiro lugar, ela é critério da própria causalidade. Em segundo lugar, é aproveitada como índice de cumprimento ou não do exigível encargo probatório.

Nisto apartamo-nos da lição tradicional. Repetimos: a perspectivação da responsabilidade civil não só à luz da comutatividade anunciada preteritamente, como do princípio normativo da responsabilidade, a fazer-nos olhar para o lesante e não só para a posição do lesado, permite cobrir de outro modo a questão processual com que lidamos.

Outros antes de nós tentaram ensaiar, em termos gerais, e com apelo ao risco, um critério de repartição do ónus da prova. A posição de Prölss é disso exemplo fiel, dando origem à *Beweisverteilung nach Gefahrenkreisen* (doutrina das zonas de risco), segundo a qual o *onus probandi* impenderia sobre quem dominasse a zona de

risco de onde provém o dano²². Aduz como argumentos o facto de o lesado não ter acesso àquela ao que acresceria um desiderato preventivo que se almejava alcançar.

Não são, porém, raras as críticas que, de forma mais ou menos acutilante, ferem quase de morte a doutrina. Não as acompanharemos passo a passo, seja porque as mesmas se polarizam em nichos problemáticos muito específicos, seja porque respeitam ao âmbito contratual, espúrio ao nosso leque de tematização, mas sempre daremos conta daquelas que, dialogicamente, viabilizem uma sustentação clara do que pretendemos sedimentar. Não pretendemos dar resposta ao problema de quem deve suportar o dano, mas outrossim saber quem deve provar o quê no processo que tenha como objecto a pretensão indemnizatória. Ora, bem se entende que, tendo como ponto de ancoragem uma esfera de riscos, não é possível chegar à certeza, sem a adição de outras provas, da causa do dano. E se a obtenção do conhecimento do que realmente aconteceu é, as mais das vezes, uma miragem, com base na esfera de risco não se logra obter o grau de probabilidade suficiente em que se converte, na pressuposição da falha daquela, a certeza prático-normativa que se procura comprovar.

Já sabemos que, processualmente, a causalidade se transmuta, para certos pontos de vista, numa ponderação probabilística. De tal modo que, procurando atenuar-se a posição do lesado, se sustentou não raramente a atenuação do grau de probabilidade exigida. Um grau de probabilidade que passa, assim, a desempenhar uma dupla função. De um lado, é critério causal, porquanto a adequação que imbui a causalidade se não revela senão num juízo de normalidade vertido em dados probabilísticos; de outro lado, é índice de aferição da existência dela no mundo real. Percebe-se, então, pela contemplação da dimensão adjectiva do problema, quer o carácter anódino da causalidade adequada, quer a sua correspondência, pese embora a normativização de que se parte, designadamente pela consideração dos índices cognitivos do lesante, com a fisicidade do mundo real. A primeira conclusão torna-a desvaliosa; a segunda aprisiona o juízo do julgador

²² Jürgen PRÖLSS, *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess*, Karlsruhe, München 1966, 72.

num normativismo vertido em pura subsunção. Como se o único dado acrescido que tivesse de se ponderar fosse a possibilidade de, atento o que o agente conhecia ou devia conhecer, aquela causalidade se oferecer num juízo de prognose póstuma.

Não se estranha, por isso, neste quadro, que a causalidade adequada surja como índice correctivo da própria condicionalidade, substituindo-a ou complementando-a. Nem gera espanto que, redundando o juízo num índice de verosimilhança causal, se recorra a índices estatísticos de ponderação²³.

Assim sendo, obviamente que a invocação da proximidade do dano com uma determinada esfera de riscos não poderia conduzir, em termos processuais, à inversão do ónus da prova, desencadeando, quanto muito, a aparência de causalidade, com toda a problematicidade que lhe anda associada. O próprio Prölss parece reconhecer a necessidade de o lesado vir comprovadamente expurgar previamente os factos estranhos ao dano, pela prova da não pertinência dele quer à sua esfera de riscos, quer à esfera de riscos de um terceiro. Com o que recairia sobre ela, no fundo, o encargo probatório negativo, desonerando-se contudo da prova da relação de causa-efeito²⁴.

Denunciam-se aí as fragilidades de um incorrecto entendimento da teoria a que dá voz. Pois se a zona de risco de que se fala não se alicerçar na responsabilidade indissociável da liberdade positiva, não se traduzindo no encabeçamento do que na linguagem anglo-saxónica é conhecido por *role responsibility*, mas

²³ A diferença entre o nosso sistema e outros residiria, aí, na questão atinente à luz que se derrama sobre o conceito de probabilidade. No fundo, não negamos que a possibilidade de que curamos se venha também ela a traduzir em termos probabilísticos. O risco a que se alude, como porta-estandarte da aferição da causalidade, parece, de facto, vir imbuído da visão que aqui renegamos. Simplesmente, descortinam-se diferenças suficientes que tornam uma posição desvaliosa e a outra merecedora de acolhimento. De um lado, temos a redução da significação do juízo a um jogo estatístico, ainda que a intenção primeira do jurista fosse díspar. De outro lado, aquele em que nos inserimos, assistimos ao apelo probabilístico não como fundamento, mas como expediente instrumental que alicerça a noção de risco. Acresce que a própria ideia de probabilidade, como já vimos, perde os contornos exigentes que assume em determinadas latitudes do pensamento, convolvendo-se as mais das vezes num juízo de possibilidade.

²⁴ Cf. Jürgen PRÖLSS, *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess*, 72.

na pertinência material do dano àquela, então, obviamente, que a simples invocação da proximidade entre os dois não é de molde a fixar a *causalidade*. Simplesmente, se virmos no juízo a firmar pelo julgador um juízo de imputação, talqualmente ele foi pensado, então é a nota do valor que informa a decisão. Com a agravante de, sendo edificada aquela esfera a partir da ideia de actualização da responsabilidade e portanto do desvio ao que era exigível no encontro do *eu* com o *tu*, isto é a partir da ideia de liberdade, se tornar justo sobrecarregar a posição do lesante com o afastamento da presunção cujo véu se faz assim sobre si recair.

Ao lesado compete provar os contornos daquela. Contornos esses que não são, já o sabemos, fixos, mas de geometria variável. Donde se vem, afinal, recuperar aquilo que dissemos neste ponto expositivo: não se afirma a necessidade de o lesado provar a causalidade, mas sim de oferecer provas bastantes de uma tecitura que uma vez desenhada justifique a assimilação do seu âmbito de relevância pelo do sistema.

Dir-se-á, e bem, que tal não é bastante para se considerar firmada a causalidade, ainda que nos termos imputacionais com que a colorimos. Só que, em vez de nos assombrar o reparo, tal reforça o nosso posicionamento. E fá-lo a vários níveis. Assim, o lesado tem de provar a edificação de uma esfera de risco e a existência do evento lesivo. O juízo acerca da pertença deste àquela esfera traduzir-se-á numa dimensão normativa da realização judicativo-decisória do direito²⁵.

Pensando, pois, no cotejo com outras esferas de responsabilidade e de risco, afastamo-nos aí de Prölss, abrindo as portas ao entendimento de que elas, uma vez invocadas, configuram o que em termos processuais constitui um facto impeditivo do direito, a provar pelo réu. Não o fazemos, porém, pela mobilização de um critério atinente à repartição do encargo probatório em geral, mas pela consciência da justiça que deve predicar o

²⁵ Não se exige a prova da relação causa-efeito, mas tão só a da possibilidade de o dano resultar da assunção ou incremento de um risco.

O lesante tem depois a possibilidade de provar que o seu comportamento não causou o dano. Cf., sobre o ponto, o que se disse *supra*. V., igualmente, a este propósito M. Jean LARGUIER, “La preuve d’un fait négatif”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 51 (1953) 1-48.

processo de realização do direito. A edificação da esfera de responsabilidade, a montante do exigível cotejo com outras, é de molde a fazer operar o juízo imputacional, ao mesmo tempo que sobrecarrega o pretense lesante com o ónus de excluir a sua responsabilidade. E o que aqui vai inscrito não se confunde com uma presunção de causalidade decorrente da culpabilidade, já que esta não é suficiente para se estabelecer a imputação objectiva de que se cura. Além disso, pode haver uma esfera de risco que não se edifique com base na culpabilidade.

O que vai, no fundo, implícito é o afastamento da noção de probabilidade como pólo de ancoragem da inversão que se propugna. Ou dito de outro modo, é a exigibilidade e não aquela que fundamenta a contaminação adjectiva com as notas imputacionais que modelam o sistema substantivamente. A repartição do *onus probandi* resulta, pois, de um critério a que se acede na pressuposição da intencionalidade mãe do sistema delitual.

3.4. A causalidade ambiental

Os diversos autores que se têm debruçado sobre a questão da causalidade ao nível da responsabilidade civil ambiental têm sido particularmente cautelosos em sublinhar as especificidades que lhe estão subjacentes. Estas podem analisar-se a diversos níveis: a) ao nível da conformação dos contornos causais, pela constatação da imprestabilidade das doutrinas tradicionais para captar o fenómeno²⁶; b) ao nível probatório, exigindo, da parte do legislador, especial atenção em relação às dificuldades probatórias que o lesado enfrenta; c) ao nível condicional, lidando com questões atinentes à causalidade múltipla.

Subjacente a tudo isto está a consciência exacta do carácter difuso e temporalmente distanciado dos danos produzidos pelas lesões a uma componente ambiental. Talvez por isso seja preocupação dos diversos ordenamentos jurídicos dotar o sistema de regras que garantam uma efectiva protecção ecológica, também por via da responsabilidade civil. De facto, de nada

²⁶ Relembre-se, entre nós, a posição já expandida de Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*.

adianta afirmar, como petição de princípio, que o mecanismo ressarcitório é aplicável a este nível se, depois, ele não poder ser repensado em função das idiosincrasias dos casos que se nos apresentam.

Entre nós, o DL n.º 147/2008 veio estabelecer regras em matéria de estabelecimento do nexó de causalidade. Nos termos do artigo 5.º, a apreciação do nexó de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da acção lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de protecção. Segundo Menezes Cordeiro²⁷, estabelece-se aqui uma causalidade especificamente ambiental, na qual “pode faltar adequação comum, no sentido de a actividade danosa não ser, em termos de normalidade, adequada para produzir o dano”. Para o autor, se tivermos em conta o artigo 7.º, no qual se prevê uma hipótese de responsabilidade objectiva, “faltarão ainda a causalidade provocada: o agente não pretende provocar dano”. E, *in fine*, poderá faltar “a causalidade normativa habitual: na ausência de regras ambientais, o dano não ocorre mercê da violação de normas que tutelassem o bem atingido”. Para o autor, a “causalidade tem a ver com a lesão dos componentes ambientais”, podendo-se falar de “causalidade ambiental, de base naturalística alargada e isso independentemente de ser previsível pelo agente”.

O posicionamento do autor mostra-se tributário da sua própria concepção de causalidade²⁸. Haverá de indagar, a este propósito, se, em face da perspectiva por nós apresentada, a divergência é significativa ou não, tendo em conta as duas modalidades básicas de responsabilidade consagradas no diploma.

²⁷ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II. *Direito das Obrigações*, t. III, 711.

²⁸ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II. *Direito das Obrigações*, t. III, 550. Para o autor, a causalidade desenvolve-se em quatro tempos: “conditio sine qua non; adequada, em termos de normalidade social; provocada pelo agente para obter o seu fim; e consoante com os valores tutelados pela norma violada”.

De acordo com o artigo 7.º, e ripristinando aquilo que anteriormente ficou firmado, “quem, em virtude de uma actividade económica enumerada no anexo III (...), ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de uma qualquer componente ambiental é obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa, independentemente da existência de culpa ou dolo”. O primeiro problema que se coloca é, portanto, o dos pólos que o nexo a estabelecer deve unir.

Para o pensamento tradicional, o nexo de causalidade serviria para ligar o comportamento do lesante aos danos verificados. Sabe-se hoje, de acordo com a melhor doutrina, que este nexo não é unívoco, mas binário. A par da causalidade fundamentadora da responsabilidade, fala-se de uma causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira tem como missão ligar o comportamento do lesante à lesão do direito subjectivo absoluto ou interesse legalmente protegido; a segunda visa estabelecer a concatenação entre esta lesão e os danos subsequentes. A cisão entre ambas, nem sempre desacompanhada de controvérsia, pode esbater-se consoante a modalidade ressarcitória concretamente em causa. No caso da responsabilidade objectiva, o que se procura é determinar se os danos verificados se inscrevem, ou não, entre aqueles que se procuram prevenir com a previsão normativa – ou seja, se são ou não danos inerentes ao risco típico que se pretendia obviar com a tipificação normativa. Ora, de acordo com o modelo consagrado pelo artigo 7.º do diploma em apreço, haverá de saber se a lesão do direito ou interesse se inscreve ou não entre os danos que a actividade económica pré-definida tipicamente comporta. Simplesmente, exige-se que a ofensa seja perpetrada por via da lesão de uma componente ambiental. O juízo será, portanto, duplo: não basta que a ofensa aos direitos ou interesses se inscreva nos riscos típicos da actividade; importa, ainda, que entre aquela actividade e a ofensa medie a lesão de uma componente ambiental. No tocante à responsabilidade assente na culpa, exigir-se-á, em consonância com o artigo 8.º, igual mediação da lesão do componente ambiental. A grande diferença reside no facto de, agora, a esfera de risco do lesante não ser definida *a priori* pelo legislador, mas ser determinada em função da preterição

de deveres de cuidado que o unem ao seu semelhante e permitem desvelar a culpa. Descontada a clivagem, dir-se-á que, num caso como no outro, do que se trata é de determinar em que medida a lesão da componente ambiental se inscreve – ou não – nos riscos assumidos pelo agente, seja em abstracto, seja em concreto, dependendo do tipo ressarcitório em causa. Posteriormente, haverá que se indagar em que medida o direito ou interesse lesados fazem parte integrante dos valores protegidos por via da componente ambiental alvo de ofensa.

Algumas são as conclusões preliminares que podem ser ensaiadas. Em primeiro lugar, parece não haver um afastamento clamoroso em relação à perspectiva causal por nós defendida para a responsabilidade civil em geral; em segundo lugar, parece estar aqui em causa o reconhecimento de um direito ao ambiente enquanto componente específica da personalidade humana. Este direito – apresentando uma dimensão personalista e uma dimensão proprietarista – permite-nos, a um tempo, limitar os danos ressarcíveis e afastar de uma visão ecologista estrita da tutela ambiental²⁹. Para

²⁹ Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 295 e ss. O autor, na caracterização do objecto do direito geral de personalidade, fala do direito os elementos componentes da relação existencial do homem com a natureza e, “entre os elementos preponderantes desse equilíbrio existencial encontra-se desde logo um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado”. De notar que esta visão do problema acaba por fazer perigar a distinção entre os danos ecológicos puros e os danos perpetrados por meio da lesão de uma componente ambiental. É que, verdadeiramente, a lesão de uma componente ambiental pode já configurar, em si mesma, a violação de um direito subjectivo titulado pelo sujeito. Havendo de concretizar a existência dessa lesão, haveria que escapelizar o conteúdo do referido direito. E, nessa medida, a questão passaria por determinar se o interesse violado se incluiria ou não entre aqueles que são tutelados ao nível desta posição jus-subjectiva. Simplesmente, alguns desses interesses, autonomizando-se, podem também configurar, em si mesmos, um direito subjectivo titulado por um particular. Pense-se, por exemplo, no direito à saúde.

Mais problemática pode ser a questão da lesão de interesses patri-moniais ou de direitos de natureza real. Relativamente a esses, é, no entanto, possível a sua recondução ao conteúdo da protecção dispensada – por via da personalidade humana – ao ambiente. Cf. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 297, nota 721.

É claro que, havendo dois direitos a incidir sobre o mesmo bem, o recurso ao direito geral será subsidiário em relação ao direito especial, já que a regra – ao nível do sistema jurídico – é a de que a norma especial derroga a normal geral. Contudo, se bem repararmos, aqui não há incompatibilidade

esta limitação – que funciona, também, como fundamentação da própria responsabilidade e nos encaminha para uma ideia de nexo de imputação – contribuirão depois os critérios definidos a propósito do cotejo de esferas de risco/responsabilidade.

Repare-se que, com isso, afastamo-nos de uma ideia puramente preventiva ou punitiva de responsabilidade, garantindo-se, pelo contrário, a ligação ao dano verificado. Simplesmente, porque partimos de uma determinada concepção de acção e de um concreto entendimento do risco – como reflexo onto-axiológico – estamos aptos a fazer recair, sem ser com base no mero aumento da probabilidade, o risco processual sobre o potencial lesante. E isto, aliás, mostra-se em consonância com o disposto no artigo 5.º do DL n.º 147/2008. O artigo, longe de exigir uma certeza cientificamente comprovada do decurso dos acontecimentos, fala de juízo de verosimilhança assente na aptidão do facto danoso para produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da acção lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de protecção.

Quer isto dizer que, independentemente da não consagração de uma presunção de causalidade ao nível da responsabilidade civil ambiental, estamos longe da exigência de uma diabólica prova do decurso causal por parte do lesado.

Assim sendo, podemos dizer que, em certa medida, e dependendo da interpretação que se lhe dispense, a legislação portu-

entre os dois regimes, mas confluência de protecção. Além disso, se a relevância da lesão, nos termos do disposto no DL n.º147/2008, opera por via da ofensa de uma componente ambiental é o próprio legislador que nos autoriza a levar a cabo o raciocínio imputacional de que damos conta em texto.

Em rigor, ao nível da responsabilidade subjectiva, encontramos a ilicitude a estruturar a imputação; e ao nível da responsabilidade objectiva, prescindindo-se do carácter ilícito da acção, somos confrontados com este expediente de limitação da responsabilidade.

Note-se, *in fine*, que se aventa a possibilidade de os interesses a que o preceito se refere irem para além dos interesses legalmente protegidos. Sem que, contudo, se possa falar, na sua pureza, de danos puramente patrimoniais, uma vez que a lesão da componente ambiental permite desvelar a ilicitude por via da preterição do direito geral de personalidade. Além disso, como veremos há razões práctico-normativas e razões sistemáticas que nos levam a considerar que esses danos não devem ser indemnizados a este nível.

guesa, neste ponto concreto, não se mostra deficitária em relação a congéneres estrangeiras³⁰. Pense-se, por exemplo, na *Umwelthaftungsgesetz* alemã (a *UmweltHG* de 10 de Dezembro de 1990³¹ – lei alemã da responsabilidade ambiental)³². Consagra o § 6.º/1 que

“se, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, uma instalação for apta a causar o dano em causa, presume-se que o dano foi causado por esta instalação. A aptidão para causar o dano num caso concreto determina-se tendo em conta a situação da empresa, o seu modo de funcionamento, a natureza e a concentração dos materiais utilizados e libertados, as condições meteorológicas, o tempo e o lugar em que o dano ocorreu, a natureza do dano, bem como outras condições especiais, que apontem para ou contra a causação do dano”.

No n.º 2 do § 6 dispõe-se que o preceito transcrito não é aplicável “se a instalação tiver sido correctamente operada. A instalação considera-se correctamente operada se os deveres especiais de funcionamento tiverem sido cumpridos e não tiver havido nenhuma perturbação de funcionamento”³³. Estes deveres

³⁰ Em sentido contrário, considerando fundamental a adopção de uma presunção de causalidade, nos termos da que está consagrada no ordenamento jurídico alemão, cf. Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 117 e ss.

Repare-se que, num certo sentido, de acordo com a interpretação que lhe dispensamos, a nossa lei acaba por não arrastar os problemas que, por exemplo o § 7 *UmweltHG* comporta.

³¹ A lei foi alterada pelo artigo 9.º, parágrafo 5 da lei de 23 de Novembro de 2007.

³² Sobre ela, cf. Barbara POZZO, “La responsabilità per danni all’ambiente in Germania”, *Rivista di Diritto Civile*, 37 (1991) 599 e ss.; Theodor LYTRAS, *Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden. Schriften zum Bürgerlichen Recht*, Band 179, Berlin: Duncker & Humblot, 1995; Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 35 e ss.; Günter HAGER, “Das neue Umwelthaftungsgesetz”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 3 (1991) 134 e ss.

³³ A previsão suscita forte controvérsia, por dois motivos. Em primeiro lugar, estranha-se que seja dada relevância a este nível ao cumprimento dos deveres especiais de funcionamento, isto é, aqueles que são impostos pelas autoridades administrativas e normas legais, uma vez que se está no domínio da responsabilidade pelo risco; em segundo lugar, entendem alguns autores que tal pode significar uma “cristalização da protecção do ambiente nas normas legais e administrativas que impõem determinados deveres de conduta aos operadores das instalações (...), o que não é aceitável, sobretudo se se tiver em conta que os limites poluentes, por exemplo, são frequentemente obsoletos e surgem como resultado de compromissos negociais e políti-

especiais de funcionamento são, de acordo com o n.º 3, “aqueles impostos pelas autoridades administrativas e leis reguladoras, na medida em que a respectiva finalidade seja evitar efeitos ambientais que possam ser considerados a causa do dano”. A presunção de causalidade é afastada, nos termos do § 7.º, se várias instalações são aptas a causar o dano e outra circunstância, de acordo com a realidade do caso, for adequada a causá-lo. Esta aptidão afere-se em função do tempo e lugar em que ele ocorreu, na sua natureza, bem como em função de todas as circunstâncias que apontam para ou contra a sua causação. Mesmo que a instalação seja apenas uma, a presunção não se aplica se outra circunstância, tendo em conta a realidade do caso concreto, for apta a causar o dano³⁴.

A lei alemã, aplicando-se apenas aos danos a pessoas ou coisas causados através de perturbações ambientais, exige que a instalação seja apta a causar o dano e que os efeitos ambientais provenientes da instalação sejam aptos a gerá-lo³⁵. Tal como no nosso ordenamento jurídico, o juízo dito causal é dúplice. Simplesmente, a presunção de causalidade a que somos conduzidos pelo texto da *UmweltHG* implica, para o seu funcionamento, que se verifique e prove uma aptidão concreta para causar o dano, não

cos” – cf. Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 43 (cf., porém, p. 44, dando conta de importantes argumentos que depõem no sentido inverso, da bondade da exclusão da presunção em função do cumprimento dos referidos deveres), que aqui acompanhamos de perto, e Theodor LYTRAS, *Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden*, 477 e ss.

³⁴ A formulação legal coloca problemas atinentes a situações de multi-causalidade que, no caso dos danos provocados ao meio ambiente, são frequentes. Sobre o ponto, cf. Günter HAGER, “Das neue Umwelthaftungsgesetz”, 138 e ss.; e Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 42. Veja-se, ainda, na obra da última autora citada, p. 44, considerando que, em causa, estão circunstâncias neutras ou irrelevantes para a responsabilidade civil, tais como a poluição difusa ou efeitos naturais, para além de instalações não cobertas pela *UmweltHG*. Mais esclarece a autora que “em causa não poderão estar as instalações abrangidas nesta lei de responsabilidade ambiental, sob pena de se cair num círculo de infundadas exclusões recíprocas”, adiantando, também, no tocante à relevância das “outras circunstâncias”, que “deve entender-se que as mesmas permitem afastar a presunção de causalidade apenas na hipótese de serem aptas a causar o dano independentemente das emissões provenientes de uma instalação coberta pela *UmweltHG*.”

³⁵ Cf. Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 37.

sendo suficiente uma aptidão abstracta ou mera possibilidade³⁶. A modelação do sistema germânico não está, contudo, isenta de críticas mesmo dentro do ordenamento jurídico tudesco. De acordo com a posição de alguns autores, a prova da aptidão concreta para a produção do dano não difere substancialmente da prova da concreta conexão causal, tal o grau de exigência que lhe anda associado³⁷. No fundo, ao provar que um dano foi provocado por um determinado efeito ambiental, que resulta de uma concreta instalação e que aquele efeito concreto proveniente da concreta instalação é apto, tendo em conta as circunstâncias do caso, a produzir o dano, a vítima estaria a provar a própria conexão causal. Seria, portanto, preferível que o lesado apenas fosse chamado a provar “a conexão temporal e espacial entre a libertação de poluentes de determinada instalação e o dano causado – o que constitui exigência bem menor que a formulada pela *UmweltHG* – para além da abstracta aptidão para causar o dano”³⁸.

A posição não é incontroversa. Pelo contrário, autores há que se mostram favoráveis em relação à solução legislativamente consagrada por entenderem que ela garante que a responsabilidade civil não opera para lá das situações em que o dano foi efectivamente causado pelo agente, não ultrapassando as suas fronteiras³⁹.

O argumento é sedutor. Contudo, pese embora a impor-

³⁶ Cf. Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 38, dando também conta que, durante o processo legislativo, houve propostas mais favoráveis para a vítima, designadamente por parte do partido ecologista alemão.

É esta exigência da prova da aptidão concreta para a causação do dano que justifica a atribuição de um direito à informação, nos termos do § 8 da *UmweltHG* e do § 9 do mesmo diploma.

Sobre o ponto, cf., ainda, Theodor LYTRAS, *Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden*, 471 e ss.

³⁷ Cf. Theodor LYTRAS, *Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden*, 471 e ss. Veja-se, igualmente, Peter GOTTWALD, “Die Schadenszurechnung nach dem Umwelthaftungsgesetz”, in MEDICUS/MERTENS, ed., *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24.1.1992* Stuttgart, Berlin, Köln, 1991, 447 e ss.

³⁸ Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 41. Note-se, porém, que a posição sustentada pela autora se distancia do que aqui vai inscrito, defendendo a civilista portuguesa a adopção, entre nós, de uma solução idêntica à consagrada no ordenamento jurídico alemão – cf. p. 58.

³⁹ Cf. Günter HAGER, “Das neue Umwelthaftungsgesetz”, 137.

tância da teleologia primária da responsabilidade aquiliana, a fazer apelo a uma ideia de comutatividade, estamos em crer que os autores que se orientam nesse sentido cometem o erro de ficar presos a uma noção ainda fisicista de causalidade, que não é aquela que buscamos ao nível do discurso jurídico. E se a posição inversa, anteriormente referida, não se torna absolutamente concludente é porque os seus arautos acabam por ser situar no mesmo plano dialógico. Entre uns e outros a diferença passa pela maior preocupação com a situação da vítima ou com a posição do lesado. Uns e outros olham para a presunção de causalidade do ponto de vista do aumento de probabilidades e jogam a sua dialéctica argumentativa no plano dos acontecimentos.

Essa parece ser a grande diferença relativamente à solução por nós proposta: a modelação concreta da questão probatória é tributária do entendimento derramado ao nível do nexo de causalidade, visto como nexo de imputação e animado por uma esfera de responsabilidade/risco que o agente assume na sua actuação.

É claro que, no campo da responsabilidade objectiva, porque não há a comprovação do desvio em relação ao comportamento que era devido⁴⁰, podendo não se verificar em concreto um aumento do risco, o problema é mais delicado. Na verdade, a esfera de responsabilidade é tipificada *a priori* pelo legislador e assumida a montante pelo agente lesante, no momento em que leva a cabo uma actividade tida por perigosa para o ambiente. Haverá, por isso, que comprovar, em concreto, o envolvimento da actividade económica no surgimento do efeito adverso para o ambiente. Mas, para isso, bastamo-nos com a prova, em abstracto, do efeito contaminador da actuação⁴¹ e da conexão temporal e espacial com o surgimento do dano. A exclusão da imputação objectiva – e, conseqüentemente, a exclusão da responsabilidade – ficará, então, dependente da contraprova que dialecticamente o lesante produzir e bem assim da ponderação judicativa de outras

⁴⁰ A prova da edificação da esfera de risco/responsabilidade afigura-se, portanto, suficiente. Repare-se que esta, importando um aumento do risco, leva-nos a encará-lo de um ponto de vista normativo e não de um ponto de vista estatístico-probabilístico. Por isso, perde aqui sentido a questão da aferição em concreto ou em abstracto da aptidão para a produção do dano.

⁴¹ Isto é, da susceptibilidade de contaminação.

esferas de risco/responsabilidade que possam coexistir na situação concreta⁴².

Ao afirmarmos isto, estamos a antecipar a questão à qual não nos podemos furtar: fará sentido falar de uma causalidade ambiental? Quais as especificidades que denotamos a este nível?

Em regra, os autores vincam as especificidades da causalidade ao nível da responsabilidade civil ambiental. Fazem-no, sobretudo, pela consciência exacta de que as idiossincrasias deste nicho problemático tornam inviável que se mantenha o requisito prisioneiro de uma concepção naturalista-causalista. E com isso são as doutrinas tradicionais – *conditio sine qua non*, causalidade adequada – que são postergadas a este nível, bem como todas aquelas que, configurando um *plus* de normatização, não se conseguem arredar de um primeiro patamar de inquirição causal, a assentar, ainda, numa ideia de condicionalidade sem a qual⁴³. Nas palavras de Ana Perestrelo Oliveira,

“se reconhecermos (...) a insusceptibilidade de demonstração da causalidade (em sentido natural) nos casos-tipo de danos ambien-

⁴² No mesmo sentido, cf. Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 97. Os argumentos da autora, contudo, não se baseiam num entendimento onto-axiológico do risco, mas resultam da verificação da inexistência, entre nós, de uma solução como a alemã que prevê um direito à informação da vítima junto do operador da instalação que causa o dano ambiental. Diz-nos a autora que devemos exigir, por exemplo, a conexão temporal e espacial com a libertação de determinados poluentes, para além da abstrata suscetibilidade de essas emissões causarem dano. Fica por perceber, contudo, como fundamentar a solução proposta pela autora. De todo o modo, importa não esquecer que para Ana Perestrelo Oliveira há dois dados – para além do disposto na lei – que justificam o diferente tratamento do requisito *causalidade* ao nível da responsabilidade civil ambiental: são eles a importância do bem jurídico lesado e a chamada à liça do princípio da prevenção/precaução, que justificam a consideração do pressuposto à luz da teoria da conexão do risco.

O que pretendemos sublinhar é que, sem embargo do indiscutível mérito do trabalho da autora, para nós, o princípio da precaução só faz sentido se interpretado à luz da personalidade responsável contaminante de todo o direito delitual civil, o que, por seu turno, tem como consequência uma compreensão do pressuposto causal em geral e não apenas ao nível do direito do ambiente. Aliás, se bem pensarmos, a este nível, a tutela ambiental só ganha importância quando acoplada à própria pessoa – a recusa do ecologismo estrito a que fizemos referência *ab initio* concretiza-se por esta via.

⁴³ Cf. Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 63-64.

tais, insistir numa defesa da causalidade como critério-base de imputação é destruir antecipadamente a própria protecção jurídica conferida pelo instituto da responsabilidade no âmbito em estudo, ou chegar (...) a uma teoria de imputação que mais não seria que mera fórmula de enquadramento vazia”⁴⁴.

Em alternativa, vão-se propondo outros critérios de imputação. E se a preocupação é, sobretudo, contornar as dificuldades comunicadas pelo domínio de produção do dano, então compreende-se que as teorias apresentem uma raiz marcadamente pragmática, ou porque advogam uma explicação das leis naturais no âmbito ambiental⁴⁵, ou porque se refugiam numa resposta de tipo estatístico⁴⁶. Se confluímos com a visão que defende a postergação de uma matriz naturalística do campo da indagação da causalidade ao nível ambiental, fazemo-lo não apenas por razões de necessidade de tutela do bem jurídico em causa, atenta que seja a insusceptibilidade de se provar, na maioria dos casos, a relação causa-efeito e de se reconstituir a sucessão de acontecimentos, mas sobretudo pela consciência clara da falência dos critérios também em termos fundacionais. Como referido anteriormente, a nossa visão migra do plano da causalidade para o plano da imputação, não porque o ambiente requeira uma especial atenção, que merece, mas porque essa é a única forma de sermos coerentes como sentido da personalidade positivamente livre e concomitantemente responsável do ser humano. No fundo, não é só por especial preocupação com a posição da vítima, nem só por particular cuidado com os valores envolvidos que perscrutamos outros caminhos, mas também por atenção ao papel do agente

⁴⁴ Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 64-65.

⁴⁵ Cf. Theodor LYTRAS, *Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden*, 238 e ss.

⁴⁶ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II. *Direito das Obrigações*, t. III, 390, numa perspectiva crítica. Veja-se, também, rejeitando a solução Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 65, uma vez que a estatística é falaciosa, “falhando frequentemente em face do caso concreto com o qual temos que trabalhar”. Acrescentamos, ainda, em complemento das críticas aduzidas, que uma visão estatística da causalidade quadra mal com a intencionalidade especificamente jurídica e não se mostra consonante com um determinado entendimento – aquele a que aderimos – metodológico da realização judicativo-decisória do direito.

lesante e à necessidade de reafirmar a sua liberdade que damos um salto em frente.

Ora, esse salto, correspondendo à assunção de uma perspectiva imputacional de raiz personalista, não é exclusivo do nicho problemático que agora temos em mãos. Operando em geral, ele é também chamado a depor a este ensejo. Por isso, as especificidades a este nível, a existirem, hão-de ser outras que não a simples recusa da regra, para nos situarmos no plano da excepção.

Estamos em crer que a especificidade redundante na duplicidade de liames que se desenham ao abrigo da estrutura delitual consagrada nos artigos 7.º e 8.º do DL n.º 147/2008. Exige-se, na verdade, não só a ligação entre uma actividade ambientalmente arriscada ou um comportamento ilícito e culposo e a lesão de um direito ou interesse, mas que essa lesão ocorra através da ofensa de uma componente ambiental. Nessa medida, estruturam-se duas ligações: entre o comportamento e actividade e o efeito lesivo ambiental; entre o efeito lesivo ambiental e a ofensa do direito ou interesse⁴⁷.

Repare-se que estas cisões operam dentro da chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade (*Haftungsbe gründenden Kausalität*): do que se trata, em qualquer dos casos, é de estabelecer os fundamentos da responsabilidade e não de perceber quais os danos subsequentes por que responderá o lesante. Simplesmente, no tocante à conexão entre a ofensa ao componente ambiental e o direito ou interesse, temos de tecer ulteriores considerações. Em primeiro lugar, porque a esfera de risco edificada tem como pólo de referência o meio ambiente, o nexó imputacional que se procura edificar alicerça-se, aqui, a

⁴⁷ Na doutrina alemã, onde, apesar das diferenças de regulamentação, nos confrontamos com idêntica necessidade mediadora, os autores apresentam esta diferenciação de nexos com recurso a designações específicas. Assim, Salje e Peter (*apud* Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, 67, nota 157) distinguem a *Einwirkungskausalität* (causalidade-efeito) e a *Verletzungskausalität* (causalidade-lesão); Lutz MICHALSKI (“Das Umwelthaftungsgesetz”, *Jura*, [1995] 621, também citada pela autora portuguesa, em cuja obra colhemos importantes referências bibliográficas, que nos permitiram abrir caminhos de investigação no domínio específico da responsabilidade ambiental) fala da *Emissionskausalität*, que distingue da *Imissionskausalität*.

partir da mediação daquele. Quer isto dizer que o que se procura é saber – afastando-se uma ideia causalista – se o direito ou interesse se inscrevem ou não entre a esfera de valores pessoais/patrimoniais que podiam ser protegidos por via da salvaguarda de ambiente saudável. E aqui poderemos estar diante de interesses que não correspondem a uma posição subjectiva absolutamente protegida. Ora, se assim é, no fundo estaremos já a resolver, por via desta conexão mediata, um aspecto que contende com o preenchimento da responsabilidade. Tal só ocorrerá, porém, se abdicarmos da polarização jus-subjectiva para admitirmos a este nível o ressarcimento de danos puramente patrimoniais. Dir-se-ia, a este propósito, que, se eles são rejeitados em geral, não faz sentido que sejam admitidos apenas em função do reforço da tutela do meio ambiente. No entanto, no caso da responsabilidade subjectiva, havendo violação de um direito subjectivo absoluto ou de um interesse legalmente protegido, perde sentido útil a previsão do artigo 8.º, uma vez que a responsabilidade do agente já decorreria das regras gerais. A importância do preceito basear-se-ia apenas na possibilidade de, por via da sua mobilização, se aceder a uma regra causal que, já o sabemos, não dista verdadeiramente da modelação geral do requisito quando adequadamente compreendido. A abrir-se a porta à compensação dos danos gerados pela preterição de puros interesses, há que salientar, não obstante, que eles se inscrevem no âmbito da tutela do meio ambiente polarizada numa concreta pessoa. Afastada que esteja a dimensão colectiva do bem ambiente, pode-se aventar que ele apresente uma dimensão pessoal, na qual se inscrevem determinados direitos e interesses. O juízo a encetar, portanto, passa por saber se esse direito ou interesse se inscreve ou não entre aqueles que integram a esfera de influência da dimensão ambiental pessoal⁴⁸. Ora, esta dimensão pessoal ambiental é, por alguns autores, vista como integrante da ampla tutela que o ordenamento jurídico dispensa à personalidade humana globalmente considerada. Nesse sentido, não teria aqui cabimento a figura dos danos puramente

⁴⁸ Cf. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 295 e ss.; e, *supra*, as considerações expendidas sobre esta questão.

patrimoniais – é que, para todos os efeitos, haveria sempre a lesão de um direito absoluto (o direito geral de personalidade, numa das suas refracções), sendo necessário, depois, analisar o conteúdo dele para saber em que medida a preterição de um interesse se inscreve nessa esfera de influência ou não. Acresce que uma leitura sistemática do preceito nos leva a afastar a solução da indemnização dos danos puramente patrimoniais. Na verdade, a lei n.º 19/2014, de 14 de Abril, que define as bases da política do ambiente, no seu artigo 7.º, estabelece os direitos processuais em matéria de ambiente. Reza o preceito que “a todos é reconhecido o direito à tutela plena e efetiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos em matéria de ambiente”, especificando o n.º 2 que os referidos direitos processuais incluem, designadamente, “o direito de ação para defesa dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, assim como para o exercício do direito de ação pública e de ação popular”⁴⁹. No fundo, mantém-se a coerência com o preceituado no artigo 483.º CC, parecendo afastar-se, concomitantemente, a possibilidade de se acolherem, a este nível, os danos puramente patrimoniais e, por isso, todos os problemas de não limitação da responsabilidade a que eles nos poderiam conduzir.

Assim sendo, se concluímos fundamente que a causalidade, vista como imputação, não dista sobremaneira do entendimento que, em geral, sobre ela deve ser derramado; se no tocante aos outros pressupostos delituais se apresenta uma linha de continuidade com a disciplina codicística, então podemos concluir que, em matéria civil, o DL n.º 147/2008, para lá da previsão de uma hipótese de responsabilidade objetiva, não acrescenta soluções inovadoras ao quadro normativo, limitando-se a explicitar a necessidade – para relevar adequadamente a componente ambiental – de verificação do duplo nexos imputacional a que aludimos preteritamente. No mais, o citado artigo 5.º permite-nos aceder a alguns critérios de ponderação causal que, não devendo ser considerados excepcionais, nos permitem sedimentar uma posição de superação da doutrina tradicional em matéria de causalidade.

⁴⁹ Al. a) do n.º 2 do artigo 7.º da lei n.º 19/2004, de 14 de Abril.

IV. O PROBLEMA DA CAUSALIDADE MÚLTIPLA

Ao nível ambiental, são assaz frequentes as situações de causalidade múltipla. Em rigor, as dificuldades probatórias a que aludimos anteriormente resultam da confluência de diversos factores causais para a produção do dano, tornando inviável a manutenção das exigências atinentes ao teste da condicionalidade *sine qua non*. De resto, o próprio quadro de formulação da doutrina da causalidade adequada comporta problemas acrescidos em algumas situações em que nos confrontados com uma causalidade plural.

A progressão do nosso discurso fica, assim, dependente da sistematização categorial com que, a este ensejo, podemos ser confrontados, uma vez que só esta garantirá a inteligibilidade dos nossos argumentos. Imperioso, portanto, é traçar os quadros dogmáticos com que haveremos, de ora em diante, de operar.

Os autores – situando-se no plano da multicausalidade e apartados de qualquer vestígios de causalidade virtual ou hipotética, com a qual não lidaremos⁵⁰ - distinguem a *causalidade complementar* (concausalidade necessária, conjunta), na qual há duas causas reais, sendo ambas necessárias para a produção do dano, porquanto só uma não teria tido eficácia causal –; da causalidade cumulativa, *causalidade cumulativa não necessária*, causalidade plural, causalidade adicional ou concurso cumulativo, na qual há duas acções, mas cada um delas, por si, teria sido bastante para causar o dano; da causalidade alternativa (incerta)⁵¹. Há quem fale, ainda, de causalidade aditiva.

⁵⁰ Veja-se, com grande desenvolvimento, para a cabal compreensão das razões que nos levam a afastar a necessidade de, a este nível, lidar com a causalidade virtual, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 1170 e ss.

⁵¹ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 652 nota 1858; e “Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema da causalidade da causa virtual”, *Ars Indicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 3 nota 9.

A terminologia mobilizada pelos autores para identificar os fenómenos nem sempre é coincidente.

Erwin DEUTSCH, *Allgemeine Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Köln-Berlin-Bonn- München: Carl Heymanns 1996, 101 e ss., fala de *Gemeinsame (Teil-) Kausalität* (nenhum dos participantes é totalmente causal. Pelo contrário, cada um apenas fornece uma contribuição limitada, só podendo ser responsabilizados de acordo com a regra do § 830 I/1); *Alternative*

(Voll-) Kausalitäten (colocando problemas de prova); *Kumulativ-überschiessende Kausalität* (causalidade cumulativa excessiva). O autor refere, ainda, a ideia de *konkurrierender Kausalität*, a que acede por intermédio da obra de TUHR/PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3. Aulf., 1974. Veja-se, também, Walter DUNZ, “Fremde Unrechtshandlungen in der Kausalkette”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 66, 134 e ss., igualmente citado por Deutsch (p. 103), a apresentar o conceito de *doppelter oder paralleler Kausalität*. Cf., ainda, a este propósito, Fritz LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache”, *ZHR*, 113, 255 e ss. Considerando os modos de surgimento da causalidade múltipla adequada, o autor fala de *mittelbare Verursachung* – causalidade indirecta (um evento – *mittelbare Ursache*/causa indirecta – provocou outro – *unmittelbare Ursache*/causa directa – que directamente causou o resultado); *Ergänzende (Komplementäre) Verursachung*/causalidade complementar (um primeiro evento perigoso não é apropriado sozinho para causar o dano; um outro evento também não, mas, após o segundo evento, o primeiro ganha uma eficácia que conduz ao resultado); *Gebäuft* (*konkurrierende, Kumulativ oder solidarische*) *Verursachung* (um resultado é produzido com base em dois ou mais eventos, que sozinhos também teriam produzido a consequência). Entre nós, veja-se Brandão PROENÇA, *Direito das Obrigações Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*, Publ. Universidade Católica, Porto, 2007, 193 e ss. Fala o jurista de causalidade exclusiva (o comboio passou por cima do suicida, considerando que aqui, para além das ponderações meramente causais, o importante é a afirmação de que os actos do suicida foram determinantes, de modo a justificarem a imputação do dano); causalidade concorrente (o atropelamento do peão deve-se à conjugação necessária da conduta culposa de dois condutores ou do condutor e do peão); causalidade cumulativa (o dano resulta de várias causas, sendo que qualquer delas o produziria, como por exemplo no caso de poluição fluvial devida à actividade de duas tinturarias); causalidade alternativa (o dano é provocado por uma causa de autoria incerta); causalidade indirecta (uma causa anterior favorece ou eleva o risco de surgimento de uma causa posterior, como no caso do atropelado que contrai uma infecção no hospital. Nestas situações, o responsável pela causa indirecta terá de suportar os danos secundários provocados pela causa directa, tenha ela a ver com os actos do lesado, de terceiros ou com circunstâncias fortuitas).

Veja-se, igualmente, Ken OLIPHANT, “La pluralité de responsables en droit anglo-saxon”, <www.grecca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267959_koliphant.pdf>, p. 2, sublinhando que não existe uma terminologia universalmente aceite para se aplicar às situações de múltipla autoria, e falando de a) causalidade concorrente (dois eventos são causas naturais do prejuízo que o lesado sofre); b) causalidade interrompida (dois eventos estão ligados por causas naturais ao prejuízo da vítima. O autor do primeiro evento não será responsável se a intervenção do segundo nega a causalidade adequada entre o primeiro e o prejuízo, isto é, se interrompe o nexo de causalidade); c) causalidade agravada (dois eventos lesam independentemente e consecutivamente a vítima. Os efeitos das duas lesões sobrepõem-se. Assim, por exemplo, e acompanhando aqui a exposição do autor, V sofre uma lesão nas costas durante um acidente de trabalho pelo qual o seu empregador, D, é responsável. V não tem a partir daí capacidade para executar outros trabalhos

Qualquer uma destas categorias levanta problemas específicos que carecem de reflexão. Não os abordaremos em termos macroscópicos e exaustivos. Por questões de espaço e tempo, limitar-nos-emos a apontar os traços de conflitualidade que apresentam no domínio ambiental e a esboçar, em consonância com a nossa proposta em termos de imputação objectiva, as linhas de solução de cada um dos problemas patenteados. Para tanto, partiremos de algumas constelações típicas.

Duas empresas, independentemente uma da outra, po-
luem ao mesmo tempo um rio e, com isso, causam a morte de
uma grande quantidade de peixes⁵². A poluição de cada uma de-

que não sejam tarefas leves e acaba por ver os seus rendimentos diminuídos. Posteriormente, e independentemente do acidente, V tem problemas nas vértebras e torna-se totalmente inapto para o trabalho. D é responsável pela perda de rendimentos até ao momento em que a incapacidade para trabalhar é também gerada pela doença na coluna. E depois disso?); d) causalidade cumulativa (uma determinada lesão é causada pela exposição tóxica atribuída às emissões de D1 e D2, sendo necessário provar que a contribuição de cada um foi substancial. Adianta o autor que, se a lesão for divisível, a responsabilidade estabelece-se segundo a proporção da sua contribuição em relação à exposição tóxica; se a lesão for indivisível, a responsabilidade é solidária); e) causalidade alternativa (a lesão pode ter sido causada por um de dois eventos, não se sabendo qual deles constitui a real causa do dano).

Para uma consideração alargada das diversas terminologias, não totalmente coincidentes, usadas pelos autores, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, 1170 e ss.

⁵² Cf. J. SPIER, ed., *Unification of tort law: causation*, Boston: European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, 1996, 6. “At the same time, A and B discharge poisonous waste into a river. All of the fish die. The waste water of A as well as that of B was sufficient to kill the fish. P, the owner of the fishing rights, sues A?”.

Sobre o ponto, em resposta ao problema, cf. Johann NEETHLING, “Element of causation in South African Law of Delict”, J. SPIER, ed., *Unification of tort law: causation*, 102, vincando que o caso constitui um desafio à doutrina da *conditio sine qua non*, preferindo, por isso, a abordagem da questão segundo a perspectiva do homem comum.

Veja-se, ainda, Jaap SPIER e Olav A. HAAZEN, no relatório comparativo, p. 146, concluindo que todos os ordenamentos jurídicos consideram que, nestes casos, pese embora a falência do teste da *conditio sine qua non*, os diversos lesantes devem ser responsabilizados. A unanimidade perder-se-ia, contudo, noutras situações, tais como aquela em que o dano só se produz como resultado da convergência causal dos comportamentos dos vários lesantes em conjunto. Aqui desvendam-se dois grandes grupos: 1) um, onde se inserem os ordenamentos que admitem a responsabilidade solidária dos diversos lesantes (Itália, Alemanha, Bélgica, Grécia, França, Áustria, África do Sul e Estados

las, isoladamente, seria suficiente para causar aquele dano⁵³⁻⁵⁴. Estamos, aqui, diante de uma hipótese de causalidade cumulativa não necessária, que nos obriga a abandonar a condicionalidade *sine qua non* na sua pureza, pelo menos quando arreigada a uma ideia de necessidade, embora não já na de suficiência. Macroscopicamente, duas são as vias de solução pensáveis: ou se considera que não é possível o abandono do requisito condicional e a consequência lógica terá de ser a desresponsabilização dos agentes, pese embora a injustiça que se intui na solução; ou se considera, pelo contrário, que cada agente pode ser responsabilizado, pese embora o desvio relativamente à resposta tradicional.

A doutrina nacional tem deposto no sentido da segunda alternativa. Assim, o testemunho de Pereira Coelho⁵⁵, Vaz Serra⁵⁶,

Unidos); 2) outro, onde importaria saber se o dano que se produz é ou não o mesmo ou indivisível (Suíça).

⁵³ Cf. a decisão do *Bundesgerichtshof* (BGHZ) de 22 de Novembro de 1971, com comentário de R. ZIMMERMANN e J. KLEINSCHMIDT, in B. WINIGER, H. KOZIOL, B. A. KOCH, R. ZIMMERMANN, ed., *Digest of European Tort Law. 1. Essential Cases on Natural Causation*, Wien/New York: Springer, 2007, 457; a decisão da *Corte di Cassazione* de 28 de Abril de 2000, com comentário de M. GRAZIADEI e D. MIGLIASSO, in *ibid.*, 463-464.

⁵⁴ Porque nos concentramos, agora, exclusivamente no domínio da relevância causal (ou, melhor, imputacional), não questionaremos aqui problemas atinentes a uma eventual necessidade de se discernir a violação de um direito ou interesse alheio, bem como não problematizaremos a qualidade que este interesse há-de revestir.

⁵⁵ F. PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, supl. 9 (1951) 189 e ss. Para o autor, o efeito concreto seria outro sem qualquer um dos factos, e nessa medida qualquer dos factos condicionou o efeito concreto que ocorreu em consequência da eficácia causal dos dois factos.

⁵⁶ VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexos causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84 (Março 1959) 5 -30, 95 e ss. Vaz Serra considera que, havendo concorrência de factos, podemos confrontar-nos com duas hipóteses: nenhum deles é suficiente para produzir o dano ou qualquer um deles é bastante para isso. No primeiro caso, cada um dos agentes deve responder pela totalidade do dano, porque cada facto foi condição da emergência da lesão. Mas, “se o dano puder ser atribuído por partes a cada um daqueles que o produzem, de modo que cada um deles só tenha causado uma parte do dano, só deve responder por essa parte (...), a não ser que haja uma cooperação conscientemente contrária ao direito” – cf. *IDEM, ibid.*, 94. Mais acrescenta o autor que, “se o dano é produzido, não como consequência de uma conduta

Antunes Varela⁵⁷, Menezes Cordeiro⁵⁸ e mais recentemente Paulo Mota Pinto⁵⁹⁻⁶⁰. Fazem-no por aplicação analógica do disposto no artigo 497.º CC. Estabelece o preceito a responsabilidade solidária de todos aqueles que contribuíram para a emergência do dano. Na verdade, se A e B poluem, com descargas de resíduos, ao mesmo tempo terreno de C, que deixa de o poder usar para cultivo e sofre danos na sua saúde, ambos exerceram um efeito causal sobre o resultado final. Embora não haja uma atuação concertada, a interpretação dispensada ao artigo prescinde dela em nome da protecção da vítima, contornando, assim, a um tempo, a imposição da verificação estrita da condição *sine qua non*.

Afigura-se, por isso, obter um resultado de índole hermenêutica. É a interpretação da norma que viabiliza o alargamento da hipótese nela consagrada aos problemas com que agora lidamos⁶¹.

comum, mas de actos independentes de vários, embora concordantes para o mesmo fim, a solução deve ser ainda a de cada um dos autores responder por todo o dano”. Já se (p. 95) “qualquer dos factos era suficiente para produzir o dano (...), poder-se-ia julgar que falta a conexão causal entre o facto de um dos autores e o dano, pois esse facto não é condição *sine qua non* do dano. No entanto, não seria isso razoável. A vítima ficaria sem indemnização apesar de o facto de qualquer dos autores ter sido suficiente para produzir o dano. Portanto, deve cada um deles considerar-se responsável pelo dano total”.

⁵⁷ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, 884.

⁵⁸ A. Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, Lisboa: AAFDUL, 2001, 416.

⁵⁹ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, 652; e “Sobre condição e causa na responsabilidade civil”, 3 nota 9.

⁶⁰ Veja-se, ainda, para outras considerações Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*.

⁶¹ Sobre o ponto, cf., também, Thomas PROBST, “La causalité aujourd’hui”, in Christine CHAPPUIS, Bénédicte WINIGER, ed., *Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile*, Genève, Zurich, Bâle, 2007, 15 e ss., <[www.privatrecht.ch/assets/files/test/Probst%20\(causalite\).pdf](http://www.privatrecht.ch/assets/files/test/Probst%20(causalite).pdf)>, p. 9 (versão digital), caracterizando as hipóteses de causalidade cumulativa como aquelas em que diversas causas, algumas independentes entre si, e suficientes para, sozinhas, causarem o dano, geram o mesmo prejuízo. Assim, duas fábricas, independentemente uma da outra, poluem o mesmo rio, sendo que a quantidade de substâncias tóxicas emitidas por cada uma delas seria suficiente para causar a totalidade do dano. Nestas hipóteses não se cumpre a condicionalidade *sine qua non*, mas ambos são responsáveis, nos termos do artigo 50.º e 51.º C. Obrigações Suíço, o que vem mostrar que o que tradicionalmente era tratado como causalidade natural tem afinal uma componente normativa.

Próximas destas situações estão as hipóteses em que a cumulação de causas seria necessária, porque cada uma delas, isoladamente, não se mostra suficiente para a produção do dano. Repare-se que, neste contexto, podemos estar perante uma de duas hipóteses: a) as duas causas são concertadas, ou seja, os dois agentes lesantes, protagonistas de cada um dos comportamentos, actuam conjuntamente, de forma intencional ou não; b) as duas causas operam isoladamente. No primeiro caso, os sujeitos devem ser solidariamente responsáveis, nos termos dos artigos 490.º e 497.º CC; na segunda hipótese, de acordo com a doutrina tradicional, é o próprio juízo de adequação que é posto em causa, tornando-se problemático⁶².

⁶² Cf. Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Auflage, München: C. H. Beck, 1994, 580. Sob a epígrafe *Die Haftung von Nebentätern*, os autores esclarecem que, “se várias pessoas são responsáveis por um e mesmo dano, sem que possam ser imputadas por via do § 830 I/1 e II ou, alternativamente, por via do § 830 I/2 BGB, então elas são consideradas *Nebentäter*”. Assim, se duas empresas fazem descargas poluentes que isoladamente são inofensivas, mas que em combinação matam os peixes do rio, são considerados solidariamente responsáveis, já que cada uma coloca uma condição imputável para a produção do dano global. O § 840 I BGB tem, então, segundo ali se ensina, carácter de esclarecimento. Diferentes seriam as hipóteses de *Teilkausalität* ou *additive Kausalität* (nestas, cada agente só é responsável pelo dano que causou. Se o dano causado por cada uma das empresas atrás mencionadas puder cindir-se, então, não são solidariamente responsáveis, mas apenas na proporção dos danos a que cada um deu causa).

Cf., também, Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 185 e ss. Explica o autor que, em codificações orientadas pelo delito intencional, como eram as dos séc. XVIII e XIX, todo o discurso pressupunha a perpetração de um crime comum e fenómenos de cumplicidade e de instigação. O § 830 BGB prevê duas formas de *Mehrtäterschaft*, a pressupor a intenção, e liga-lhes a consequência da *gesamtschuldnerische Haftung*. Ao lado delas, surge a previsão do § 840 BGB, onde se integram os *Nebentäterschaft*, que podem revestir uma de duas formas: a) como delito secundário, no caso da responsabilidade solidária dos trabalhadores e entidade empresarial e do cúmplice, em especial quando há obrigação de supervisão; b) no caso dos delitos dos §§ 823-826, 839, como casos de *Multi-kausalität von Gefährdungsbeiträgen*. É dentro das regras de multi-causalidade que se deve chamar à colação a norma especial do § 830 I/2 BGB.

Acerca da relação entre a causalidade múltipla e a causalidade alternativa, cf. Erwin DEUTSCH, “Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht”, *Juristenzeitung*, 27/4 (1972) 105 e ss.

Para uma diferenciação estrutural das hipóteses, cf., no quadro do ordenamento jurídico alemão, Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kau-

Este circunstancialismo típico torna-se particularmente importante em matéria de dano ao ambiente. Na verdade, muitas vezes a ofensa do componente ambiental resulta da confluência sinérgica de várias causas que, isoladamente, eram inócuas⁶³⁻⁶⁴.

Ora, se nestas situações, muito mais do que o desafio da condicionalidade, está em causa a própria aptidão do comportamento para gerar o dano, quando isoladamente considerado, sendo, do ponto de vista da doutrina tradicional, a própria causalidade adequada a claudicar, teríamos de erigir previamente os contornos externos da esfera de risco apta a alicerçar a imputação, pelo que os termos da equação a operar pelo jurista teriam de ser, necessariamente, outros⁶⁵. Por exemplo, naquelas situações em

salität bei Massenschäden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 185/6 (1985) 505 e ss., 513. Falando das hipóteses de *Mittäterschaft*, *Beteiligung* e *Nebentäterschaft*, o autor traça os contornos de relevância de cada uma delas. A *Mittäterschaft* caracteriza-se por existirem diferentes acções ilícitas, cometidas conjuntamente, podendo falar-se de uma acção conjunta consciente e desejada para a produção do resultado. Note-se que a referência à intencionalidade se prende com o facto de, de acordo com o ensinamento do autor, o § 830 I/1 BGB só abranger os casos de co-autoria dolosa. Os cúmplices (*Beihilfe*) e os instigadores (*Anstiftung*) seriam responsabilizados pelo § 830/2 BGB. Ora, presumindo estas hipóteses do dolo e estando tais categorias equiparadas aos co-autores previstos no referido preceito, extrair-se-ia daí um argumento no sentido da exigência da dolosidade das condutas. Já no caso de agentes alternativos (*Alternativtäter*), eles devem ter actuado independentemente, de acordo com o § 830 I/2 BGB, sendo essa mesma independência de actuações que existe nas hipóteses de *Nebentäterschaft*. Note-se que aqui – nestes casos de *Nebentäterschaft* –, para além da independência das condutas, importa notar que elas foram causais para o dano total.

Vide, a este propósito, Bettina WEIBER, “Gibt es eine fahrlässige Mitäterschaft?”, *Juristenzeitung*, 53/5, (1998) 230 e ss.

⁶³ Cf. a decisão do *Oberster Gerichtshof* austríaco de 14 de Dezembro de 1988, com comentário de B. A. KOCH, in *Digest of European Tort Law*, 461 e ss.

⁶⁴ Também ao nível penalístico a doutrina tem enfrentado problemas similares, lidando, então, com a figura dos crimes acumulativos ou aditivos. Sobre o ponto, cf., *inter alia*, Rita Castanheira NEVES, “O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade”, *Direito Penal hoje. Novos desafios e novas respostas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 291 e ss.; Figueiredo DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 390 e ss.; Augusto Silva DIAS, “What if everybody did it?: sobre a incapacidade de ressonância do direito penal à figura de acumulação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 13/3 (2003) 304 e ss.

⁶⁵ Na causalidade cumulativa necessária ou causalidade conjunta, o

comportamento do obrigado à indemnização sozinho não produziu o dano, mas apenas em conjugação com outro evento, proveniente de um terceiro ou do próprio lesado. Sobre o ponto, sem embargo de outras referências já indicadas e a indicar, cf., *inter alia*, Hermann LANGE, Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 2003, 157. Aqui, segundo os autores, não é levantada nenhuma dúvida pela fórmula da *conditio sine qua non*, o mesmo se aplicando quando cada uma das partes, isoladamente, causa um dano e, conjuntamente, se gera um agravamento.

Veja-se, ainda, Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 2006, 186 e ss., falando da causalidade complementar ou cumulativa, que surge através da acção conjunta de duas ou mais causas que se reúnem para produzir a lesão do direito ou dos bens jurídicos. Ela caracteriza-se, de facto, por só através da interacção de duas ou mais contribuições diferentes ou semelhantes para o risco se ter causado o dano. Isoladamente, cada uma seria irrelevante para o surgimento do resultado que fundamenta a responsabilidade. Ou seja, “do ponto de vista da fórmula da *conditio sine qua non*, não pode ser omitida qualquer contribuição de facto sem que a violação do bem jurídico desapareça. (...) De certo modo, não existe nem um, nem muitos agentes, mas uma autoria colectiva/conjunta”. Brüggemeier alerta para o facto de a problematicidade aumentar nas situações em que a contribuição causal apresenta um risco diminuto, só podendo a lesão avultar pela combinação com o comportamento de terceiros, e adianta que, assim sendo, a responsabilidade solidária deve ficar limitada pelo critério da contribuição para o risco substancial, ao mesmo tempo que não devemos ignorar os critérios temporais e espaciais tradicionalmente predispostos para restringir a responsabilidade alternativa prevista no § 830 I/2 BGB. Mais acrescenta Brüggemeier que, porque não é relevante a mera tentativa ao nível do direito privado, se este tiver sido alcançado pelo primeiro agente, o segundo agente não deverá ser responsabilizado. Cf. também p. 192 e ss. Ao lado da causalidade cumulativa e da causalidade alternativa, o autor fala de causalidade aditiva: a violação ocorre por muitas partes e cada um é responsável por uma parte de tal dano, que conduz a um dano conjunto. Cuidadosamente, distingue-a da *Teilschadensverantwortung* (responsabilidade por parte do dano/pelo dano parcial). Em face dela, são possíveis duas soluções: a) ou se facilita a prova do dano, admitindo a sua existência para além da esmagadora probabilidade, assumindo-se a responsabilidade dos participantes em partes proporcionais; b) ou se considera que existe responsabilidade solidária. Para fundamentá-la ou se considera aplicável o § 830 I/2 BGB ou se recorre ao § 22 *Wasserrecht* (§ 22 I/2 WHG). Segundo nos ensina Brüggemeier, o BGH propõe uma redução teleológica do preceito: o agente é responsabilizado quando causa o dano concreto, mas também quando a sua contribuição põe em perigo, de tal modo que com outras acções pode gerar o dano. A propósito da concorrência de causas parciais (*Konkurrierende Teilursachen*), cf. Thomas PROBST, “La causalité aujourd’hui”, 10 (duas fábricas poluem o mesmo rio, com uma substância tóxica, mas o produto derramado por cada uma é insuficiente para provocar a morte de todos os peixes. Entende-se que cada autor é responsável pela totalidade do prejuízo).

que a contaminação de um lago opera por via da acção sucessiva ou simultânea de várias fábricas poluentes, se os níveis de perigo não são de molde a esboçar a esfera de responsabilidade, apenas se os agentes económicos envolvidos mantiverem entre si uma ligação que permita acoplar num centro gravitacional comum as condutas poderemos falar de responsabilidade.

Pode, pois, acontecer que a conjugação de várias condutas isoladas se mostre idónea a produzir um determinado dano. Atomisticamente, e no quadro do pensamento tradicional, elas não ascenderiam ao patamar mínimo que permitiria a imputação⁶⁶. Mas, se olharmos para a situação complexiva do ponto de

Veja-se, a este propósito, no quadro do ordenamento jurídico francês, Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 606 e ss. O autor analisa o problema do concurso de várias causas para a produção do dano de acordo com o seguinte binómio: a) cada agente tem um papel suficiente, mas não necessário; ou b) cada agente tem um papel necessário, mas não suficiente. Neste segundo caso, tratando-se de uma hipótese de causalidade colateral, de acordo com a doutrina predisposta pelo autor, podemos estar diante da acumulação de factos semelhantes ou dissemelhantes. Ora, o que resulta da primeira das sub-hipóteses é exactamente a existência de uma causalidade aditiva, a qual tem conduzido à responsabilidade *in solidum*, de acordo com a jurisprudência da Cassação, colocando-se posteriormente o problema de saber como reparti-la por cada um dos antecedentes que conduziu à realização do *dommage*. V., ainda, Franz BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Estugarda: F. Enke, 1964, 15, 20 e 67 e ss.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, 938 e ss.; SAINT-JOURS, em comentário à decisão de Civ. 2^o, 22 nov. 2005, *Recueil Dalloz*, 2006, 840. Lidando com uma patologia profissional contraída por um assalariado depois de ter trabalhado sucessivamente para diversos trabalhadores, considera-se que a doença foi contraída ao serviço da última entidade patronal na qual a vítima esteve exposta ao risco, excepto se se produzir prova em contrário.

⁶⁶ No quadro da intencionalidade problemática que aqui se enfrenta, questiona-se também a chamada causalidade mínima – *Minimale Kausalität*. Procura-se resolver as situações em que “um dano é o resultado da actuação de uma multiplicidade de pessoas, cada uma com um contributo mínimo, mas necessário” – cf. Hermann LANGE, Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 159. Assim, e nos exemplos oferecidos pelos autores, “vários milhares de trabalhadores aderiram a uma greve ilegal; várias centenas de manifestantes bloquearam a entrega de um jornal; um grande número de pessoas acumulou lixo em frente à entrada de um edifício”.

Na medida em que as partes sejam co-autores, o facto de um deles é imputado aos outros e resulta uma responsabilidade solidária (*gesamtschuldnerischen*) – §§ 830 I/1 e 840 BGB. Não havendo cumplicidade, abre-se a porta à responsabilidade proporcional.

Segundo o ensinamento dos autores, os factos não são comparáveis nem à causalidade alternativa, nem à causalidade cumulativa. Teoricamente, é pensável uma aplicação adequada do § 830 I/2, na medida em que ele foi adequado por si só para a produção de uma parte delimitada dos danos. Só que isso, mesmo com o auxílio da liberdade probatória do § 287 ZPO, quase nunca é observado – cf. Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 159, cujo pensamento aqui transpomos.

A propósito da noção de *minimal causation* cf. *Essential Cases on Natural Causation: 1 (Digest of European Tort Law)*, Springer-Verlag KG, 2007, 6. Significa isto que “o dano que emerge de um acto individual não pode ser medido, mas que todas as causas mínimas em conjunto provocam um dano mensurável”. Segundo O. MORÉTEAU e C. PELLERIN-RUGLIANO (cf. *Digest of European Tort Law*, 531, em comentário à decisão da *Cour de Cassation* de 1 de Março de 1977), o conceito de causalidade mínima não faz sentido no contexto francês, relacionando-se apenas com a questão de saber em que medida o dano teria sido causado na ausência do evento considerado, menor como ele pode ser. Ou seja, o cerne do problema encontra-se na falência do teste da *conditio sine qua non*. Nessa medida, só a combinação de vários eventos pode funcionar como condição sem a qual do dano. Esclarecem os autores citados que os tribunais procuram a *cause génératrice*: “na ausência do sistema de aquecimento, o efeito da poluição seria tão difuso que não causaria a deterioração do telhado; mas o nível de indemnização foi reduzido, o que indica que a responsabilidade foi dividida, surgindo o dano com mais do que uma causa”. Em apreço estaria, segundo ali podemos aprender, a diferença entre causa do dano, relacionada com o nexos causal, e a causa do agravamento dele, relacionada com a extensão do dano gerado [Sobre o problema do agravamento do dano relacionado com a questão da *conditio sine qua non*, no quadro do ordenamento jurídico francês, *n.*, igualmente, Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin* : Les conditions de la responsabilité, 3.^a ed., LGDJ, Paris, 2006, 198, falando da *causalité retenue*, e considerando que, mesmo aplicando a regra da *condicionalidade sem a qual*, os tribunais francófonos mostram-se favoráveis à admissão da causalidade, ainda que o resultado se tivesse produzido sem o facto do lesante, na medida em que seria visto como uma das condições do agravamento]. Note-se que, de acordo com o ensinamento de Moréteau e Pellerin-Rugliano, o conceito de *cause génératrice*, permitindo ao Tribunal estabelecer a cisão entre causa e factor, acaba por não ser um termo muito usado pelos autores, podendo mesmo implicar uma tautologia. Verdadeiramente, “serve mais para qualificar uma *fault* como um *generating factor* do que a causalidade, concluindo-se que o juiz controla a causalidade natural quando aprecia aquela”.

A este ensejo, usemos contemprar, *brevis momenta*, o interessante caso relatado em *Digest of European Tort Law*, 531: durante o período nazi, um partido político num estado europeu passou a simpatizar com o regime estrangeiro. Durante a Guerra, ascendeu ao Governo e promoveu os princípios políticos inerentes à ideologia nazi. Lutou contra a resistência e desenvolveu uma administração corrupta e pobre, que conduziu ao endividamento do país. A fez parte desse partido, sendo-lhe agora pedida uma indemnização por danos puramente patrimoniais causados ao Estado. O comportamento de A,

vista dos deveres solidarísticos – de cuidado – que entretecem o encontro do *eu* com o *tu* na tecitura mundanal, o resultado a que chegamos pode ser diferente.

A e B fazem, isoladamente, descargas poluentes no rio x, contaminando-o. Só a combinação das duas tem potencial causal para gerar a lesão que se verificou. Ao actuar, cada um deles deve orientar a sua conduta pelos referidos padrões ético-axiológicos, projectáveis nos deveres de prevenção que dogmáticamente se constroem. Se souberem (ou for exigível tal percepção), pelo contexto de actuação, não serem os únicos a operar nesse sentido, então é viável olhar para a dualidade no sentido da unicidade, imputando à conjugação de forças o resultado lesivo gerado⁶⁷.

isoladamente, não é *conditio sine qua non* do dano. Mas, segundo o ensinamento dos autores citados, podia-se argumentar que a) os membros do partido voluntariamente agiram em conjunto no sentido de ilegalmente realizar o dano (*Knowingly participated in a wrongdoing*), podendo este ser atribuído a todos, nos termos do artigo 9:101 (1) a) PETL; ou b) no caso de múltiplas actividades, quando é certo que nenhuma delas causou o dano ou uma parte determinada dele, aqueles que mostram ter minimamente contribuído para o dano presumem-se tê-lo causado em partes iguais. Cf., também, Erwin DEUTSCH, *Allgemeine Haftungsrecht*, 326, referindo-se aos *Demonstrationsschäden*.

Cf., ainda, a decisão da *Hof van Cassatie*, de 3 de Março de 1999, in *Digest of European Tort Law*, 533: um município decidiu instalar lombas para obrigar os condutores a guiar mais devagar, mas, devido à forma como foram instaladas, ocorreram dois acidentes. Uma pessoa fica ferida; outra morre. Foi pedida uma indemnização a cada membro da Assembleia Municipal, por se entender que eles actuaram ilicitamente ao terem votado favoravelmente a instalação. O Tribunal considerou que cada conduta culposa estava causalmente ligada ao dano.

Acerca da *minimale Kausalität*, cf. Franz BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung*, 108 e ss. e Hermann LANGE, Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 159; Erwin DEUTSCH, *Allgemeine Haftungsrecht*, 87.

⁶⁷ Sobre o ponto, veja-se Barbara POZZO, *Il danno ambientale*, Milano: Giuffrè Editore, 1998, 149 e ss. A autora mostra-se particularmente crítica da solução da *Corte di Cassazione* de 1 Setembro de 1995, que considerou, nos termos do artigo 2055.º, os diversos produtores de lixo responsáveis solidários pela contaminação dos solos. Note-se, porém, que a crítica se baseia na pretensa contradição com a lei de 18 de Julho de 1986, lei n.º 349, que consagra a regra da responsabilidade de cada poluidor dentro dos limites da sua responsabilidade individual (cf. artigo 18.º, n.º 7 do citado diploma).

Não querendo mergulhar nos meandros do ordenamento jurídico italiano, sequer ousando questionar soluções que são espúrias ao nosso nicho dogmático – por pertencerem ao direito ambiental –, importa não esquecer que a restrição a que a norma alude não fica posta em causa pela solução en-

Não se chame à liça o princípio da confiança, por se considerar atentatório da intencionalidade com que o mesmo surge matizado o facto de um agente invocar em sua defesa a confiança depositada na não infracção do dever por parte de um terceiro, quando lhe era exigível a consciência da actuação dele.

O que ficou dito requer, não obstante, esclarecimentos adicionais.

Em primeiro lugar, importa salientar que a unicidade a que se alude estruturalmente não se convola em unicidade de vínculos, já que subjectivamente são dois os pólos de liberdade positiva que se exercem e se devem actualizar por via responsabilizatória. Ou seja, a responsabilidade é, também, aqui solidária. O que, aliás, bem se compreende. Efectivamente, o artigo 490.º considera que os co-autores são responsáveis pelo dano e o artigo 497.º estabelece a solidariedade obrigacional entre eles. Se A e B levam a cabo uma actividade conjuntamente e causam um dano a C, ambos são solidariamente responsáveis, ainda que só um deles tenha colocado ao serviço daquele a sua força. Se A comprar a pistola com que B pretende matar C, para esse efeito, a cumplicidade determina que haja um só processo causal mas duplicidade de vínculos, porquanto sejam duas as esferas de responsabilidade que se erigem. A analogia estrutural pode, portanto, estabelecer-se.

Em segundo lugar, há que perceber os contornos de temporalidade com que estas questões podem vir pensadas. Na verdade, não é de todo estranho que a conjugação sinérgica a que se alude ocorra não em simultâneo, mas de forma sucessiva. Assim sendo, há que ousar lançar mão de dois critérios. Um que, olhando para a lesão do direito subjectivo absoluto, possa ver nele a linha de fronteira que permite afirmar se se esgotou ou não a esfera de risco que alicerçou a responsabilidade do primeiro

contrada. Na verdade, a responsabilidade do agente não se estende para além do âmbito de risco autonomamente assumido e nessa medida continua a ter como referente último a sua personalidade (não ultrapassando, assim, a responsabilidade individual). Até porque, e importa referi-lo, segundo a solução por nós plasmada haverá sempre possibilidade de exercer o direito de regresso no quadro das relações internas. Simplesmente, a acção – porque já não é vista em termos mecanicistas, mas personalistas –, ao ser encarada de outro prisma vai viabilizar outro tipo de construções no plano dogmático.

agente. Será, aliás, a perspectivização do problema à luz da lesão do direito subjectivo absoluto que nos permitirá concluir acerca da divisibilidade ou não do dano. Outro que pretenda iluminar o decidente no sentido de ele poder discernir quando existe uma verdadeira conjugação de acções, passível de analogia com as situações de autoria. Dito de outro modo, a acção não pode ser entendida no sentido mecanicista, sequer finalista, mas ético-axiológico, o comportamento de cada um só passa a ter sentido na intelecção dos deveres de cuidado em relação ao outro, o que, pressupondo uma comunidade de pessoas, faz retrair o princípio da confiança sempre que, não cumprindo o nível de cuidado exigível, e conhecendo ou sendo exigível que conheça o análogo *modus operandi* dos seus semelhantes, venha na complementaridade com eles a causar um dano. Ou seja, a autoria de que aqui se fala, longe dos constrangimentos penalistas, não deve ser entendida no sentido da partilha dos meios materiais de consecução de um comportamento tendente à produção do dano. Mais explicitamente, havendo um mínimo de concertação de acções – a denotar-se sempre que haja conhecimento ou cognoscibilidade da actuação semelhante de outro ou sempre que os agentes se insiram num mesmo nicho concreto de actividade – convertem-se numa só, embora projectem duas ou mais esferas de responsabilidade.

Não nos podemos, contudo, esquecer que, ao nível dos danos causados por intermédio da ofensa de uma componente ambiental, opera uma hipótese típica de responsabilidade objectiva. Aqui a esfera de risco/responsabilidade é esboçada *a priori* pelo legislador e assumida a montante pelo agente que leva a cabo a actividade ambientalmente perigosa. Quer isto dizer que não vamos partir de um desvio ao que era exigível ao agente – a denotar um aumento do risco e, portanto, a aptidão para gerar o dano. Ora, nestas hipóteses, o risco que se concretiza não resulta de cada uma das actividades potencialmente perigosas, mas de todas elas conjuntamente. Não se concretizando o risco típico da hipótese prevista pelo legislador, a responsabilização dos agentes haverá de operar por via da culpa. Diverso será o entendimento se, conjuntamente, as diversas actividades aumentam o dano ou aceleram o seu efeito.

Como também é diversa a intencionalidade problemática do caso se o dano que se verifica é um dos danos típicos que estiveram na base da construção da hipótese de responsabilidade objectiva, não se sabendo contudo qual o concreto agente causador do dano. Estamos aqui no domínio da causalidade alternativa incerta, que se pode colocar por referência à responsabilidade assente na culpa ou no risco: duas fábricas, A e B, efectuam descargas poluentes no rio; ambas as descargas são integradas pelos mesmos compostos tóxicos, provocando danos na propriedade de C, mas não se conseguindo determinar qual delas, porque suficiente para o efeito, causou do dano.

O dilemático tema da causalidade alternativa incerta tem vindo a receber respostas diversas nos vários ordenamentos jurídicos. Entre nós, os autores têm-se mostrado renitentes em conceder uma indemnização ao lesado nestas circunstâncias: falharia a analogia com o artigo 497.º CC e sairia frustrada qualquer tentativa de estabelecimento da relação causal⁶⁸.

⁶⁸ Veja-se, afirmando a impossibilidade de se aplicar o artigo 497.º CC a situações como a que chamamos à colação, A. Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, 416 e ss.; Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 97 ss. (note-se que o autor, ponderando a possibilidade de acolhimento, entre nós, de uma solução como a do § 830 BGB, remete a questão para a análise do instituto da responsabilidade civil – assim, cf. nota 250 e IDEM, “Responsabilidade contratual e extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 85 (1959) 107-242, p. 107 e ss., negando a aplicação, entre nós, da solução prevista no § 830 BGB) e Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coleção Teses, 1998, 24.

Em sentido contrário, cf. Calvão da SILVA, “Causalidade alternativa. L’arrêt DES”, *European Review of Private Law*, 2 (1994) 465 e ss. Aderindo a uma formulação negativa da causalidade adequada, Calvão da Silva sustenta que cada lesante deve ser responsabilizado, bastando para isso que se prove que ambos os autores foram prováveis responsáveis. Para isso, invoca a inversão do ónus da prova quando se adira àquela formulação negativa, bastando ao lesado provar a condicionalidade. Mais concretamente bastará ao lesado provar que uma qualquer causa, ou melhor um dos comportamentos de um dos produtores, é *conditio sine qua non*. Cada uma dessas condições é presumida como causa adequada do dano (“le dommage est la conséquence normale, typique, probable du DES défectueux” – *op. cit.*, *loc. cit.*), pelo que “o autor da lesão deve ilidir essa presunção, demonstrando circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou irregulares” que tenham influenciado a situação. Determinada a capacidade abstracta, entende-se que o lesado pode utilizá-la para estabelecer a sua presunção, a probabilidade séria que aquele ou aqueles produtores sejam os responsáveis. Mais especificamente, “pode-se mesmo di-

Não cremos, contudo, ter de ficar presos a esta visão do problema. Vários, aliás, têm sido os caminhos apontados – nos diversos ordenamentos jurídicos – para tentar solucionar o problema. É que, na base dessas tentativas, está a clara percepção da injustiça que é conceder um benefício ao lesante, não o responsabilizando, porque outro poderia ter causado o dano⁶⁹.

zer que o agente do dano não é verdadeiramente um desconhecido”. Veja-se, ainda, IDEM, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, 1990, 579-587. Em sentido concordante com Calvão da Silva, veja-se, ainda, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, 654, nota 1859. Cf., também, Carneiro da FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Coimbra: Almedina, 2006, 107 nota 125.

Para maiores desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*.

⁶⁹ Cf. Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 578 e ss.

Sobre as situações de múltiplos lesantes, no quadro do ordenamento jurídico alemão, cf., *inter alia*, Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 563 e ss.; Erwin DEUTSCH, “Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht”, *Juristenzeitung*, 27 (1972) 105 e ss.; ID., *Allgemeine Haftungsrecht*, 100 e ss. e 317 e ss.; Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, 506 e ss.; Wolfgang BREHM, “Zur Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristenzeitung*, 35/3 (1980) 585 e ss. (com importantes contributos acerca do fundamento da previsão normativa); Hans-Dieter ASSMANN, “Multikausale Schäden im deutschem Haftungsrecht”, in FENYES, WEYERS, hrgs., *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten* 1988, 99 e ss.; Joachim GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristenzeitung*, 16/5-6 (1961) 148 e ss.; Thomas MEHRING, *Beteiligung und Rechtswidrigkeit bei § 830 I 2 BGB. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung der Fälle von Anteilszweifeln und Opfermehrheiten*, Berlin: Duncker und Humblot, 2003; Tobias MÜLLER, *Wahrscheinlichkeitshaftung von Alternativtätern, Ein Beitrag zur Dogmatik des § 830 BGB*, Frankfurt am Main : Peter Lang, 2001; Hermann LANGE, Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 156 e ss.; DEUBNER, „Zur Haftung bei alternativer Kausalität“, *Juristisch Schulung*, 62, 383 e ss.; Ludwig TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Malburg: Elwert, 1904, 228 e ss.; Ingeborg PUPPE, „Zurechnung bei mehreren Beteiligten“, *Jura* (1998) 21-31; WESTERMANN/BYDLINSKI/WEBER, *BGB – Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 248; Klaus VIEWEG, „Schadensersatzrecht“ /J. *Von Staudinger Kommentar zum BGB*, 13. Auflage Neubearbeitung, Berlin: De Gruyter, 2005, 365 e ss., p. 398 e ss.; Christina EBERL-BORGES, „§830 BGB und Gefährdungshaftung“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 196/5 (1996) 491 e ss.; Meinhard HEINZE, „Zur dogmatischen Struktur des § 830 I/2 BGB“, *Versicherungsrecht*, 73, 1081 e ss.; Marianne BAUER, “Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung”, *Juristenzeitung*, 71, 4 e ss.; Brigitte KEUK, “Die Solidarhaftung der Nebentäter”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 168/2 (1968) 175 e ss.; Gerhard RIES, “Zur Haftung der Nebentäter nach § 830 und § 840

Há várias perspectivas a partir das quais se procura encontrar uma solução para os problemas colocados ao nível da causalidade alternativa incerta.

Desde logo, encontramos posições que apresentam uma índole processual, entre as quais a que se vem a edificar em torno do conceito de *evidentiary damage*⁷⁰ Segundo ela, o lesante seria responsável pela indeterminação factual do caso, sendo-lhe imputável tal incerteza, pelo que, verdadeiramente, o dano a resarcir seria aquele e não o que resultasse da lesão experimentada. A doutrina seria, na óptica dos seus arautos, defensável quer do ponto de vista da prevenção, uma vez que aumentariam os incentivos para que se diminuísse o dano directo, quer do ponto de vista da justiça comutativa, já que os danos probatórios violam a autonomia da vítima, restringindo o direito de demandar judicialmente o autor de um acto ilícito e danoso. O seu âmbito

BGB”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 177/6 (1977) 543 e ss.; Oliver BERG, „La pluralité de responsables en droit allemand“, <www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267950_oberg.pdf>; Thomas WECKERLE, *Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer*, Göttingen: Karlsruhe, 1974.

Com grande importância para o tema, cf. Franz BYDLINSKI, “Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristische Blätter*, (1959) 1 e ss.; IDEM, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158 (1959) 410-430, p. 410 e ss.; IDEM, “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26 April 1979*, Otto SANDROCK (hrgs.), Berlin - New York: De Gruyter, 1979, 3 e ss.

⁷⁰ A este ensejo, cf. Ariel PORAT, Alex STEIN, *Under uncertainty*, New York: Oxford University Press, 2001, 160 e ss.; IDEM, “Indeterminate causation and apportionment of damage: an essay on Holtby, Allen and Fairchild”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23/4 (2003) 667-702; ID., „Liability for uncertainty: Making evidential damage actionable“, *Cardozo Law Review*, 18 (1997) 1891 e ss. O *evidential damage* pode ser o resultado do mesmo acto ilícito que causou ou pode ter causado o dano directo; ou pode ser produto de um distinto acto ilícito, que pode, inclusivamente, não ser concomitante – cf., uma vez mais, *Tort Liability*, 163-164: um carro é conduzido pelo lesado; uma carrinha aproxima-se na direcção oposta. Soltando-se um pneu, que vai embater no primeiro veículo, este fica profundamente danificado, tendo de ser arranjado numa garagem especializada para o efeito. Os mecânicos deitam, então, fora algumas peças que eram essenciais à produção da prova em juízo, causando deste modo um *evidentiary damage*, que é igual, em magnitude, ao dano físico do lesado (cf. p. 165). Simplesmente, aí, o dano que se indemnizaria já não seria o que resulta da ofensa da componente ambiental, mas o dano probatório, ou seja, o prejuízo que ocorreria por os putativos lesantes terem obstado, com a sua acção alternativa, à prova do nexo de causalidade que se procurava erigir.

de aplicação seria, contudo, mais vasto do que o âmbito de relevância dos casos que têm subjacentes a si hipóteses de causalidade alternativa incerta e a sua intencionalidade mostrar-se-ia dissonante dos quadros de referência do nosso ordenamento jurídico, não podendo ser tal proposta acolhida. Na verdade, não só ficaríamos sem suporte normativo para o fazer, dado que o artigo 344.º/2 CC não autoriza uma interpretação tão ampla que legitime o ressarcimento dos *evidentiary damages*, como no plano dos fundamentos falharia o sustentáculo alicerçador⁷¹. É que uma coisa é procurar escorar uma solução facilitadora da correspondência entre o dever ser e o ser na assunção de uma esfera de responsabilidade que convoca o conceito de Pessoa, outra diversa é assentar o nosso juízo numa ideia meramente adjectiva, embora colorida com preocupações atinentes ao justo. Acresce que a indemnização arbitrada seria sempre proporcional e assentaria em dados probabilísticos, o que pode não corresponder à solução materialmente adequada, deixando por ressarcir danos que deveriam ser compensados.

Em segundo lugar, é possível descortinar-se uma posição que apresenta uma índole dogmática-conceptual e se constrói com base numa ideia próxima à de uma personalidade colectiva de facto⁷². Podendo um dano resultar do comportamento de um

⁷¹ Considerando que a doutrina do *evidentiary damage* não pode ser transposta para o nosso ordenamento jurídico por constituir uma “extensão dificilmente justificável da responsabilidade”, dado não ser possível aplicar a estas situações o artigo 344.º/2 CC, cf. Patrícia Helena Leal Cordeiro da COSTA, *O dano da perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, Coimbra, 2010, policopiado, 99.

⁷² Lidando com o problema dos danos causados por um membro não identificado de um grupo de pessoas determinadas, no ordenamento jurídico francês, cf. Hassen ABERKANE, “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 57 (1958) 516 e ss. considera que a solução de responsabilização nestes termos implica um prolongamento da ideia de personalidade moral, na medida em que teria sido constituída uma realidade sociológica que não se pode negar, pelo que não seria aplicada a figura quando o grupo em questão surgisse fortuitamente, não tendo o mínimo de estabilidade e coerência interna. Na verdade, só estes requisitos permitiriam falar de um gémem de personalidade moral, cf. Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil*, 236 e ss.). O problema surge, consoante esclarecem, quando não é possível identificar o autor do dano, mas se pode provar que ele necessariamente

ou outro sujeito, haveria de indagar-se se é ou não possível falar de um grupo determinado no seio do qual aquele avultaria. A indeterminação diria, portanto, unicamente respeito aos sujeitos e não ao meio onde eles actuaram e a construção dogmática implicaria um prolongamento da ideia de personalidade moral, na medida em que teria sido constituída uma realidade sociológica que não se pode negar, pelo que não seria aplicada a figura quando o grupo em questão surgisse fortuitamente, não tendo o mínimo de estabilidade e coerência interna⁷³. Verdadeiramente, não se

provém de certas pessoas que fazem parte de um grupo. Para justificar a responsabilidade colectiva das pessoas que podem ter estado na origem do dano cujo autor não é identificado, faz-se apelo à ideia de que o facto foi realizado em comum – apelo a uma *faute collective* ou a uma *faute connexe*; outras vezes fala-se de um *fait non fautif* que engendra a responsabilidade com fundamento no artigo 1384.º/1 CC. Segundo o testemunho das autoras, “os tribunais tendem a justificar a assimilação entre a situação dos autores possíveis de um dano anónimo e aquela dos co-autores responsáveis *in solidum* pela ideia de *faute collective*/*faute connexe* ou pela noção de *garde collective* ou de *garde en commum*. Mas isto não é suficiente como argumento. Recorre-se a uma ficção, esquecendo que persiste a incerteza quanto ao nexa causal”. Por isso, adiantam ser necessário prescrutar outros fundamentos alicerçadores da solução: recurso a uma ideia de personalidade de facto, ou justificação processual da solução com a ideia de obstaculização da prova (assim no caso de escola dos caçadores em que a vítima, pela actuação simultânea dos lesantes, se veria impossibilitada de cumprir em juízo o seu encargo). Na sua proposta doutrinal, falam, contudo, da admissão de uma presunção de causalidade – cf. p. 246 – e estabelecem limites para a tendência jurisprudencial: é necessário que a identificação do autor do dano seja efectivamente impossível, já que a solução da *obrigação in solidum* deve ser vista como um recurso subsidiário, que deixa de fazer sentido quando se obtenha a prova efectiva da causalidade. Assim, se um dos membros provar a sua não participação, ele deve ser liberado da responsabilidade; se um dos membros conseguir provar qual dos outros foi o autor do dano, todo os outros são exonerados.

Cf., a este propósito, e com referência preferencial ao ordenamento jurídico francês, Florence G’SSELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris I – Pantheon – Sorbonne, 2005, 367 e ss.

⁷³ Cf., novamente, Hassen ABERKANE, “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”, 516 e ss.

Rememorem-se, também, as palavras de Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil*, 236 e ss.). O problema surge, consoante esclarecem, quando não é possível identificar o autor do dano, mas se pode provar que ele necessariamente provém de certas pessoas que fazem parte de um grupo. Para justificar a responsabilidade colectiva das pessoas que podem ter estado na origem do dano cujo autor não é identificado, faz-se apelo à ideia de que o facto foi realizado em comum – apelo a uma *faute collective* ou a uma *faute connexe*; outras vezes fala-se de um *fait non fautif* que engendra a responsabilidade

enfrenta aqui a questão da causalidade, que é contornada. Além disso, ficaríamos restringidos, na mobilização prático do critério,

de com fundamento no artigo 1384.º/1 CC. Segundo o testemunho das autoras, “os tribunais tendem a justificar a assimilação entre a situação dos autores possíveis de um dano anónimo e aquela dos co-autores responsáveis *in solidum* pela ideia de *faute collective/faute connexe* ou pela noção de *garde collective* ou de *garde en commun*. Mas isto não é suficiente como argumento. Recorre-se a uma ficção, esquecendo que persiste a incerteza quanto aonexo causal”. Por isso, adiantam ser necessário perscrutar outros fundamentos alicerçadores da solução: recurso a uma ideia de personalidade de facto, ou justificação processual da solução com a ideia de obstaculização da prova (assim no caso de escola dos caçadores em que a vítima, pela actuação simultânea dos lesantes, se veria impossibilitada de cumprir em juízo o seu encargo). Na sua proposta doutrinal, falam, contudo, da admissão de uma presunção de causalidade – cf. p. 246 – e estabelecem limites para a tendência jurisprudencial: é necessário que a identificação do autor do dano seja efectivamente impossível, já que a solução da *obrigação in solidum* deve ser vista como um recurso subsidiário, que deixa de fazer sentido quando se obtenha a prova efectiva da causalidade. Assim, se um dos membros provar a sua não participação, ele deve ser liberado da responsabilidade; se um dos membros conseguir provar qual dos outros foi o autor do dano, todos os outros são exonerados.

Relembre-se também que, para Aberkane, a questão fulcral passa a ser “quando é que um grupo é suficientemente coerente para restringir a individualidade dos seus membros e aceder à cena jurídica?”. Não acedendo ao estatuto de pessoas morais, os grupos a que o autor se refere devem levar ínsitas as ideias de concertação e de intencionalidade, relegando-se os restantes para o domínio dos grupos fortuitos (cf. p. 541). A distinção, com base num critério de quase personificação, assume-se relevantíssima, importando soluções diferentes, explicáveis também do ponto de vista material. Assim, se nos casos de concertação de grupo, todos os seus elementos se conhecem, sendo justo fazê-los responder solidariamente, o mesmo não se poderá sustentar por referência aos grupos fortuitos. Veja-se, ainda, no quadro traçado pelo autor, a importância que tem levar em consideração a gravidade do comportamento de cada um dos membros do grupo. É que, se o critério da intencionalidade conduz à assunção da actuação do grupo como um único polo de recondução do dano, resolvendo algumas das aporias a que, pelo adopção de um critério estritamente causal, os juristas se viam condenados, entende Aberkane que o facto de a *faute* individual assumir gravidade qualificada, ao ponto de se poder qualificar como imprevista pelos outros membros do grupo, pode levar à interrupção do nexode causalidade (cf. p. 545).

Saliente-se, *in fine*, a não coincidência entre o pensamento do autor e as soluções que, com base jurisprudencial ou doutrinal, fazem apelo a uma ideia de condutas concertadas e intencionais. É que, enquanto para aquelas o cerne do problema continua a situar-se no nexo causal, forjando-se uma causalidade colectiva, do ponto de vista de Aberkane, é o grupo o centro de imputação (cf. p. 550). No fundo, o jurista procura resolver os problemas pensando numa quase personalidade jurídica e estabelecendo o paralelo com as pessoas morais (cf. p. 552).

aos casos em que existe uma comprovada estabilidade e coerência interna. É também evidente um apego a uma concepção tradicional do problema da imputação, que não podemos deixar de pôr em dúvida.

A solução não andaria, contudo, longe de uma certa hermenêutica do § 830 BGB, preceito que, no ordenamento jurídico alemão, vem dar resposta aos casos de causalidade alternativa incerta. Trata-se, não obstante, em todas essas interpretações da afirmação de uma posição de índole dogmático-normativa, pela directa assimilação que se opera entre o problema concreto que a mobiliza e uma norma do sistema. Para lá das clivagens entre os autores, a maioria aponta no sentido de se exigir que todos os elementos do *Tatbestand* delitual estejam preenchidos em relação a cada um dos pretensos lesantes, pelo que a incerteza residiria, apenas, na eficácia causal dos comportamentos⁷⁴. A grande diferença passaria pela conformação do grupo, que agora poderia ser fortuito, excluindo-se, contudo e também, a possibilidade de se defender uma solução análoga quando uma das causas alternativas não fosse uma conduta humana e ilícita. Em termos doutrinários, a construção mostrar-se-ia, igualmente, díspar, pois se, aqui, hermenêuticamente se procura aceder aos casos passíveis de assimilação pela intencionalidade da norma que dispõe como solução a solidariedade obrigacional entre todos os participantes, ali, haveria que perscrutar a própria intencionalidade da obrigação *in solidum*, para sermos fiéis à terminologia dos ordenamentos onde se lança mão da ideia de *faute collective* ou de responsabilidade dos membros indeterminados que actuam no seio de um grupo determinado.

⁷⁴ Cf., *inter alia*, Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 566 e ss.; Bettina WEIßER, “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, *Juristenzeitung*, 53/5 (1998) 230 e ss.; Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, 505 e ss.; Joachim GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 151; Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 157; Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 189. Alguns autores entendem que apenas se tem de verificar a culpa do comportamento do participante (Larenz, Canaris), enquanto outros sustentam que também a ilicitude se há-de verificar (Traeger). Sistematizando o ponto, *vide*, uma vez mais, Joachim GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 148 e ss.

Mas as diferenças não devem ser sobrevalorizadas. Na verdade, se, na Alemanha, o que estava em causa era a interpretação da noção de participante para efeitos do citado artigo, as preocupações com a extensão arbitrária de uma norma que é excepcional determinariam que se estabelecesse uma forma de equiparação entre o *Mittätern* e o *Teilnehmer*: exigia-se uma relação subjectiva entre os dois sujeitos e o *ihre gemeinsame* seria o fundamento da solidariedade⁷⁵.

A interpretação do § 830 I/2 BGB estaria, não obstante, longe de colher unanimidade. Mesmo quando nem todos os participantes são responsáveis, isto é, para além dos casos em que apenas há desconhecimento da legitimidade passiva, pode entender-se que o preceito assimila o âmbito de relevância do caso e que se aplica quando ao comportamento humano se liga, como possível causa do dano, o acaso (*Zufall*), ou seja, um facto natural, ou o próprio comportamento do lesado⁷⁶.

Em causa estaria uma responsabilidade pela causalidade possível. Muitos viam-na como “um critério tão vago que sozinho não consegue legitimar a inversão do ónus da prova”, pelo que teria de ser “complementado através de uma suplementar relação entre o comportamento e o dano – tal complemento é estabelecido, pela lei, através da noção de participante/*Begriff der Beteiligung*”⁷⁷, pelo que se teria de olhar para uma *aumentada forma de causalidade possível*. Ter-se-ia em conta o critério da alta probabilidade de ocorrência do dano ou, melhor, da concreta aptidão do comportamento para a produção daquele. Para tanto, e porque em geral não é possível asseverar quando é que ela existe, elaboram-se diversos critérios a partir de grupos de casos: nexos temporal e espacial entre o comportamento e o dano que se segue à potencial lesão; grau de perigo para os bens jurídicos – quanto mais elevado ele for, mais facilmente se pode depor a favor da referida aptidão; conformidade danosa da conduta – *Schadenskonformität der Handlungen*⁷⁸.

⁷⁵ Cf. Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, 512.

⁷⁶ Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 574

⁷⁷ Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 574

⁷⁸ Novamente, Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 575, que aqui acompanhamos de muito perto.

Outros viram na concreta aptidão do comportamento para gerar o dano uma porta aberta para se questionar em que medida § 830 I/2 BGB se poderia aplicar quando o concurso alternativo incerto ocorresse entre uma conduta humana e o acaso ou o comportamento do lesado. Particularmente importante a este ensejo revela-se o pensamento de Bydlinski⁷⁹. A analogia

⁷⁹ Cf. Franz BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, 412 e ss., falando de uma causalidade possível e da libertação do lesado da sempre dilemática prova do requisito responsabilizatório. Para uma análise dos critérios concretizadores dessa possível causalidade, veja-se, do autor, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 12 e ss. Cf., ainda, *Probleme der Schadensverursachung*, 77 e ss. e p. 87; “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, 30 e ss. [defendendo uma responsabilidade repartida e baseada em probabilidades. A este propósito, embora longe do quadro de referência em que Bydlinski se move, cf. a decisão do Tribunal Federal Suíço de 14 de Julho de 1983, in *Digest of European Tort Law*, 399, com comentário de B. Winiger e K. Krell – O proprietário de um terreno de cultivo sofreu danos, na sequência de emissões poluentes provenientes de uma fábrica de alumínio. O Tribunal admitiu a responsabilidade do lesante, mas, como poderia haver outras causas (poluição atmosférica proveniente de outras fábricas, condições de manutenção da terra, localização geográfica, etc), reduziu a indemnização, nos termos do artigo 42.º e 43.º CC Suíço; e a decisão do *Kantongerecht Middelbrug* da Holanda de 1 de Fevereiro de 1999, in *Digest of European Tort Law*, 406, com comentário de W. H. van Boom e I. Giesen – A foi exposto a amianto durante 35 anos em que trabalhou para B. Desde que tinha 17 anos, fumava cerca de 20 cigarros por dia. Morreu de cancro do pulmão, perguntando-se que parte do dano pode ser atribuída à exposição dos asbestos e que parte da lesão foi causada pelo facto de fumar. O Tribunal considerou que tanto o amianto como o tabaco são causas do tipo de cancro de que A faleceu. O facto de A fumar deve ser valorado em termos de concurso de culpas do lesado (artigo 6: 101 BW). O Tribunal considerou B responsável em 26%]; “Haftung bei alternativer Kausalität”, 3; “Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen”, *Festschrift für Gerhard Frotz*, Wien, 1993, 3 e ss. (considerando que a causalidade alternativa também é chamada a depor quando uma das causas se situa na esfera de risco do lesado, para o que convoca o § 1304 ABGB). Bydlinski procura determinar qual a importância do conceito de causalidade ao nível da responsabilidade civil, para o que analisa o papel que ao requisito cabe no seio de hipóteses de co-autoria. Tendo em conta que o conteúdo mínimo da relação de causalidade aceite pela doutrina e jurisprudência se vem a traduzir pela fórmula da *conditio sine qua non*, o insigne jurista percorre uma série de situações para determinar se nelas se cumpre ou não o requisito, pese embora não se duvide que fundam uma pretensão indemnizatória. Assim, se há casos de co-autoria que não se revelam particularmente problemáticos, porque a causalidade dos participantes não é duvidosa (pense-se no exemplo do ladrão que desvia uma cerca enquanto o outro entra), outros haverá em que o decurso causal para o dano não foi tornado claro. É por referência a tais

âmbitos de relevância concreta que se fala de uma causalidade possível, mas não provada – cf. p. 413. A doutrina maioritária resolve tais problemas com apelo a uma ideia de actuação conjunta (e inclusivamente a uma vontade conjunta que se tornou actuante, como no caso em que dois ladrões entram numa casa e, enquanto um furta ouro, o outro furta prata, sendo ambos responsáveis pela totalidade do dano causado). Só que – pergunta o autor – “efectivamente o comportamento de cada agente foi condição sem a qual para o surgimento do dano?”. Ora, diz-nos Bydlinski, “sem a sua participação, o resultado danoso teria sido, em muitos casos, o mesmo. Seria diferente se o agente não tivesse agido sem a participação dos outros dois. Mas isto não resulta da vontade conjunta, antes devendo ser tratado ao nível dos factos. Parece, pois, que falha aqui o requisito da causalidade”. Noutras situações, em que se denota uma participação passiva (*untätig Teilnahme* – pense-se no caso em que um ladrão arromba uma casa, enquanto outro fica à porta a vigiar para garantir que não é surpreendido), Bydlinski, apoiando-se na doutrina mais antiga de Rumpf, depõe no sentido da falha na causalidade (cf. p. 414), rejeitando, assim, a teoria da causalidade assente na condição não determinante (*nicht-entscheidenden Bedingung*) como raiz explicativa da solução legal. Segundo esta posição, o resultado sempre surgiria sem a condição, mas nele operar-se-ia uma significativa transformação. Assim, não estaria arredado do horizonte problemático a causalidade do comportamento passivo do ladrão que ficou à porta. Só se este não soubesse absolutamente nada da vigilância do outro se poderia dizer que ambos não tinham actuado conjuntamente, exonerando-se a responsabilidade do cúmplice. Como bem nota Bydlinski (cf. p. 415), o pensamento da condição não essencial mostra-se improcedente. Pedindo de empréstimo as palavras do jurista, “segundo esta teoria, o resultado lesivo deve ser, em qualquer caso, influenciado de alguma forma pelo evento (...). Este pode ser descrito com mais ou menos precisão. (...) Quando o evento é descrito com inclusão de certas especificidades, alarga-se o círculo de circunstâncias e a causalidade pode ser afirmada”. Quer isto dizer que, não só quanto muito a influência há-de ter sido meramente psicológica, como os mesmíssimos argumentos que levam os autores a duvidar da bondade da configuração do resultado em concreto, enquanto expediente salvífico da *conditio sine qua non*, podem ser aqui chamados à colação. Acresce que o impacto da causalidade psicológica pode nem conseguir ser calculado em termos determinísticos para, com base nela, se sustentar logicisticamente a solução solidarística. Conclui, portanto, Bydlinski que “a responsabilidade não se apoia na causalidade provada existente, mas na incerteza da situação causal” (cf. p. 416), para mais à frente afirmar que “a simples suspeita de causalidade, a mera possibilidade de existir tal nexos, é de relevar no quadro da multiplicidade de agentes. E ela é suficiente, em combinação com o grau de negligência no caso de causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB, para sustentar a indemnização”. Assim, a perspectiva que olhava para o problema do ponto de vista da “consciente acção conjunta de vários agentes” é substituída por outro ponto de vista, a culminar na ideia de que recai sobre cada participante uma suspeita de causalidade. O problema que a doutrina tradicional não consegue descortinar à lupa da sua visão é o de saber se a acção conjunta que fundamentou a indemnização de cada participante também conduz, ou não, a uma responsabilidade com base

numa causalidade não provada (cf. p. 418). Em rigor, o traçado legal não nos permite aplacar as dúvidas, na medida em que o § 830 I/1 BGB apenas nos fala de uma multiplicidade de agentes que, através de uma acção conjunta, causaram um dano. As diversas acções são aí tomadas como uma acção causadora do dano (*einerschadensursächlichen Handlung*), não interessando perguntar qual a relação que cada uma individualmente estabelece com o dano. De acordo com o quadro normativo, é possível responsabilizar uma pessoa quando, não se tendo demonstrado a causalidade do seu comportamento relativamente a um dado dano, ela actuou conjuntamente, sendo, portanto, abrangida pelo conceito de *Mittäter*. Também no caso do § 830 I/2 BGB existe, em consonância com um certo ponto de vista, uma causalidade presumida (causalidade apenas possível). Mais do que isso, Bydlinski adverte que há situações em que não existe causalidade e relativamente às quais não deixa de ser procedente um dever de ressarcir os prejuízos (como nas situações de responsabilidade dos pais pelos actos dos filhos – cf. p. 419). Na verdade, são conhecidas as hipóteses em que a pessoa não é responsabilizada porque adoptou um comportamento causalmente relevante em face do dano, mas em virtude de uma causalidade da sua própria esfera. A *eigenen Ursächlichkeit* seria substituída pela *Kausalität der Sphäre*. Só que aí, segundo esclarece o autor, engloba-se a problemática da responsabilidade sem culpa própria, ou seja, de uma responsabilidade por acto alheio ou pelos danos causados por coisas. Ao invés, quando lidamos com a figura dos co-autores ou dos cúmplices, estamos em contacto com uma responsabilidade que tem no seu seio a culpa pessoal do agente. “O co-autor, e o responsável nos termos da causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB, deve responder não pelo comportamento de outrem, mas pelo seu comportamento”, ou seja, “ele responde não porque outro, mas porque ele mesmo actuou de forma culposa”, não sendo possível estabelecer o paralelo entre esta responsabilidade e aquela que se erige a partir de uma esfera que se controla. Do mesmo modo, não podemos encontrar na especial perigosidade que pode resultar da associação de várias pessoas em torno da perpetração do ilícito um fundamento para uma responsabilidade que não assente na causalidade – cf. p. 421. Mais continua Bydlinski. No seu percurso de investigação, afasta outros fundamentos para a solução plasmada no § 830 BGB. Diz-nos, então, “que não é correcto pensar que cada co-autor deseja a acção dos restantes, devendo por isso responder por ela. Quem quer ou aprova uma acção alheia não pode, por isso, ser obrigado a indemnizar. E quem não quer a produção de um dano através de outra pessoa, mas esteve no local da acção e, podendo obviar a ele, omitiu os seus deveres, pode, em certas circunstâncias, ser responsável pela omissão”. Cf., igualmente, p. 425 e ss. Bydlinski propõe-se aí investigar a relação entre os dois casos, nos quais a mera possibilidade causal é suficiente (co-autoria do § 830 I/1 e causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB) e os normais casos de responsabilidade em que há necessidade de demonstrar a causalidade. Nesse ensejo, frisa que, enquanto nos casos de co-autoria (*Mittäterhaftung*), podemos estar defronte de acções distantes, no caso da causalidade alternativa, só devemos integrar nos participantes os comportamentos que se mostrem adequados ao dano (*schadensadäquat*). Assim, no famoso caso dos atiradores que ferem uma pessoa com o disparo resultante de uma das armas (sem que se consiga identificar qual), dificilmente poderá ser

demandado aquele que emprestou uma das armas a um dos atiradores furtivos. Se bem que tenha actuado de modo culposo e possivelmente causal, sendo o comportamento menos perigoso, ele foi menos adequado à produção do dano. Defendem algumas vozes que o conceito de participação numa acção ilícita conjunta (*Teilnahme an einer gemeinschaftlichen unerlaubten Handlung*) implica a presença de um agente doloso, restringindo-se a doutrina do § 830 I/1 BGB à actuação conjunta dolosa. Bydlinski serve-se deste dado para ponderar a relação entre os elementos subjectivos e objectivos no quadro da construção delitual. Pergunta, por isso, “por que razão é que nos casos de *Mittäterschaft* e de *alternativen Ursächlichkeit* é suficiente a causalidade possível, quando nos casos de severa culpa e grande perigosidade é necessário prová-la? Por que razão são estas situações tratadas de forma tão diferente?” (p. 426). A diferença não pode ser encontrada no fundamento da responsabilidade quando ela se ancora num comportamento que se situa próximo de um de outro pretendo lesante, de um acontecimento accidental ou de um co-autor. O cerne da questão que justifica a clivagem só pode residir na necessidade de rejeitar lucros para o lesado (*Gewinnabwehrfunktion*): ele só pode ser colocado na situação em que estaria se não tivesse havido a lesão, pelo que o risco de um dano accidental recai sobre si. Tendo em conta dois grupos de casos (um em que cada participante coloca, sem dúvida, uma necessária condição para o dano conjunto; outro em que a afirmação da causalidade do indivíduo apenas se pode apoiar numa acção conjunta consciente e, por isso, na influência psicológica de outros participantes), Bydlinski sustenta que, no primeiro grupo, não se mobiliza nenhuma regra especial (§ 840 BGB), sendo irrelevante saber se a actuação foi dolosa ou negligente, enquanto que, relativamente ao segundo, se aventa a necessidade de existir uma acção consciente conjunta, que seria o fundamento para a responsabilidade de cada participante pelo dano total. Simplesmente, segundo o autor, esta visão é incorrecta, devendo-se perspetivar o problema sob a óptica da suspeita de causalidade. Em suma, “em conjunto com a severidade da culpa que o ordenamento jurídico faz recair sobre aqueles que em conjunto prosseguem finalidades ilícitas, justifica-se que todos os participantes possam ser considerados responsáveis, sem que haja uma análise mais profunda da sua causalidade para o dano”.

Cf., a este ensejo, Erwin DEUTSCH, “Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen fehlender adäquater Kausalität? – Bemerkungen zum schadensrechtlichen Aspekt des Urteils des Hessischen V.G.H. v. 16 November 1965”, *Juristenzeitung* (1966) 556-559, p. 556 e ss. Considerando que a adequação surge como uma correcção do critério da condicionalidade *sine qua non*, Deutsch afirma, em diálogo com Bydlinski, que o último autor citado “junta a adequação e a causalidade num todo comunicante, no qual a diminuição de um será compensada pelo aumento do outro”, tornando, assim, viável falar de causalidade possível no seio da causalidade alternativa. Salientando tratar-se de “um pensamento atractivo, a ditar uma solução, em atenção à proporção de perigosidade, quando não seja possível responder com segurança que aquele foi um resultado da conduta, Deutsch aduz, porém, que não se pode aceitá-lo como fundamento geral do direito delitual (cf. p. 557). É que, e chamando à colação o pensamento de Roxin do aumento do risco, Deutsch sustenta que, porque no mundo civilístico não nos orientamos

por um ideário preventivo, não é possível solucionar por essa via o problema. Sobre a importância do pensamento de Roxin, cf. o que dissemos *supra*. Do autor, cf., ainda, *Allgemeines Haftungsrecht*, 102 e 336 e ss. (propondo a aplicação das regras do concurso de culpas do lesado).

V., também, Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 570 e 572. Questionando se em apreço estará a previsão de uma presunção de causalidade e considerando que se consagra apenas uma inversão do ónus da prova e não uma imputação totalmente livre da conduta, não se tratando de um específico fundamento para a pretensão. Refira-se que os autores vêm afirmar que “a causalidade possível é um critério tão vago que sozinho não consegue legitimar a inversão do ónus da prova. Ela deve ser complementada através de uma suplementar relação entre o comportamento e o dano – tal complemento é estabelecido, pela lei, através da noção de participante/*Begriff der Beteiligung*”. Falam, então – cf. p. 574, de uma *aumentada forma de causalidade possível*. Ter-se-ia em conta o critério da alta probabilidade de ocorrência do dano ou, melhor, da concreta aptidão do comportamento para a produção daquele. Para tanto, e porque em geral não é possível asseverar quando é que ela existe, elaboram-se diversos critérios a partir de grupos de casos: nexo temporal e espacial entre o comportamento e o dano que se segue à potencial lesão; grau de perigo para os bens jurídicos – quanto mais elevado ele for, mais facilmente se pode depor a favor da referida aptidão; conformidade danosa da conduta – *Schadenskonformität der Handlungen*; cf. p. 575.

A consideração da concreta aptidão para a produção do dano abre, como referido, a porta a uma leitura mais ampla do § 830 I/2 BGB. Mesmo quando nem todos os participantes são responsáveis, isto é, para além dos casos em que apenas há desconhecimento da legitimidade passiva, entende-se que o preceito assimila o âmbito de relevância do caso, viabilizando, ademais, que se questione acerca da sua aplicabilidade quando ao comportamento humano se liga, como possível causa do dano, o acaso (*Zufall*), ou seja, um facto natural, ou o próprio comportamento do lesado. Dando testemunho disso, cf. Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 579.

Sobre o último aspecto focado, cf. Peter GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung: zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, München: Beck, 1979, 120. O autor retira da participação em rixa um argumento no sentido de, no âmbito da interpretação do § 830 I/2 BGB, se aliviar o encargo probatório do lesado. Defende, ainda, a repartição do dano mediante a aplicação analógica do § 830 I/2 e 254 BGB aos casos em que não se sabe se o lesado pode ou não ter causado o seu próprio dano.

Cf., também, e em sentido contrário, Dieter MEDICUS, Stephan LORENZ, *Schuldrecht*, Band II, *Besonderer Teil*, 15. neu bearbeitete Auflage, München: C. H. Beck, 2010, 428, defendendo que o § 830 I/2 BGB só se pode aplicar quando não há qualquer dúvida em relação ao direito à indemnização. Igualmente, v. Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, 512. O autor ensina que o § 830 I/2 BGB assimila duas situações distintas: a) casos em que não é certo qual dos participantes causou o dano, sendo, porém, seguro que só há um causador; b) casos em que é certo que todos os participantes colocaram uma causa para o resultado e que cada uma foi apropriada para a produção do dano total, não se sabendo qual parte deste

dano global deve ser reconduzida a cada participante individual. Englobaria, assim, as situações de *alternativ Kausalität* e de *unaufgeklärte Kumulativ Kausalität* (causalidade alternativa e causalidade cumulativa incerta). Fundamental é, neste contexto, a interpretação do conceito de participante. Segundo o ensinamento do autor, “o carácter excepcional da previsão do § 830 I/2 BGB e o receio que uma ampla interpretação pudesse conduzir a uma arbitrária extensão levaram a que o conceito de participação fosse interpretado de uma forma limitada que não era justificada nem pelo sentido da letra da lei, nem pela finalidade da norma”. A tentativa de restrição levou a que se estabelecesse uma forma de correspondência entre o co-autor e o participante – *Mittätern* e *Teilnehmer*. Teria de haver um conjunto subjectivo entre os dois agentes alternativos, isto é, exigia-se uma relação subjectiva entre os dois sujeitos e o *ihre gemeinsame* seria o fundamento da solidariedade. O pressuposto seria, posteriormente, substituído por outro: exigência de um *objektiv gemeinsame Gefährdung*, um nexó real que permita que a acção fosse vista como um único acontecimento. A posição hoje dominante na doutrina vem sustentar, contra a posição do BGH, tida como resquício das soluções predispostas pelo *Reichsgericht*, que são participantes todos aqueles que tenham causado possivelmente o dano, ou seja, que possam ter causado o dano.

V., ainda, p. 528 e ss., onde se equaciona o problema da concorrência entre o comportamento do lesante e um evento natural ou acidental. Diz-nos o autor que, em todos os casos em que a jurisprudência decidiu pela aplicação do § 830 I/2 BGB, estava em causa a dúvida sobre qual dos diversos agentes causou integralmente o dano ou qual o grau de contribuição de cada um deles para a produção daquele. Em face do problema há duas perspectivas dialogantes: ou a) se entende que o preceito só deve ser mobilizado quando a responsabilidade é certa no fundamento, não se correndo o risco de imputar o dano a nenhum inocente; ou b) se entende que o legislador aceitou que também deve responder o agente que possivelmente nenhum dano causou. Cf. p. 539 e ss., para uma análise de argumentos que depõem no sentido da atenuação da prova concedida pelo § 830 I/2 BGB nos casos em que a concorrência se verifica entre um comportamento humano e uma causa natural.

Acompanhe-se, também, o ensinamento de Joachim GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 148 e ss. Falando de uma *möglicher Kausalität*, o autor procura oferecer uma interpretação do conceito de participante, com que se tem de lidar no âmbito do § 830 I/2 BGB. Relativamente aos seus limites, avultam três posições distintas: ao lado de autores que exigem a ilicitude do comportamento do participante (cf. Ludwig TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 285 e ss.), surgem outros que se bastam com a culpa (cf. Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*). Para uma terceira via interpretativa, não seria requisito exigível a ilicitude e/ou a culpa do comportamento do participante. Assim, verificado o concurso alternativo incerto de uma acção que não fosse culposa e ilícita, isentar-se-ia de responsabilidade, excepcionalmente, aquele que se comportou justificadamente, aplicando-se aos restantes o citado preceito do BGB – cf. p. 150. De forma adjacente a esta problemática, emerge outra, qual seja a de saber se o § 830 I/2 BGB deve ou não aplicar-se quando em causa está uma possível auto-lesão do próprio lesado (exemplo disso é a situação em que, num jogo

com as situações de causalidade cumulativa determinaria a defesa desta posição, assente numa forma de causalidade potencial. A posição pode agora considerar-se de índole dogmático-sistemática, já que alicerçada numa analogia intrassistemática que convoca uma forma de sobredeterminação causal com a qual encontra se-

infantil, se atiravam pedras), sustentando a doutrina que neste caso se deve mobilizar o § 254 BGB (e não o § 830 I/2, encontrando-se aqui um argumento para negar a responsabilidade). Note-se que o “velho espírito” do preceito foi posto em causa numa decisão do OLG Celle, comentada pelo autor (cf. p. 151), nos termos da qual, apesar da possível auto-lesão do lesado, deu-se provimento a uma pretensão indemnizatória, reduzida segundo o § 254 BGB, contra os outros participantes numa luta de pedras. Como *ratio* da decisão, diz-nos Gernhuber, que encontramos a entrada em cena, no quadro do direito privado, do pensamento do Estado Social (*Sozialstaatlichkeit*).

Acerca do pensamento de Bydlinski, cf., entre nós, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, 694, considerando que “Bydlinski reúne os elementos da adequação e da perigosidade num sistema móvel, no qual a descida de um é equilibrada pela subida de outro. Se existir verdadeiramente causalidade provada do dano, é suficiente para a responsabilidade uma perigosidade muito reduzida; se em contrapartida houver adequação aumentada, ou seja, perigosidade significativa concreta, a causalidade do prejuízo pode ficar reduzida a uma causalidade meramente potencial/possível, sem excluir a responsabilidade” e que “há responsabilidade por causalidade possível na causalidade alternativa. É uma ideia atraente encontrar na medida da perigosidade. Uma compensação pelo facto de se dever responder pelas consequências incertas de determinada acção. A indemnização do prejuízo e a prevenção ficam ligadas entre si de maneira razoável (a medida da perigosidade proibida determina a razão da imputação do prejuízo incertamente causado)”. E mais à frente aduz que “a doutrina da Bydlinski consegue iluminar a zona crepuscular de uma causalidade possível, mesmo sem desenvolver um princípio geral no direito da responsabilidade civil”.

Vide, igualmente, Hermann LANGE, Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 75, questionando o problema do § 830 BGB e aventando a possibilidade de uma responsabilidade sem causalidade e Marianne BAUER, “Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung”, *Juristenzeitung*, 26/1 (1971) 4 e ss. (em especial p. 7, depondo no sentido da não possibilidade de aplicação do § 830 I/2 BGB quando a segunda causa alternativa é um facto natural ou um acto do lesado).

Acerca da questão da possibilidade de aplicação do § 830 I/2 BGB quando uma das causas alternativas seja o comportamento do lesado ou um facto natural, cf. BGH, 9 de Julho 1985, in *Digest of European Tort Law*, 393, com comentário de R. ZIMMERMANN e J. KLEINSCHMIDT; *Oberster Gerichtshof*, 7 Novembro 1995, in *Digest of European Tort Law*, 397, com comentário de B. A. Koch.

Veja-se, também, Thomas WECKERLE, *Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer*, Karlsruhe, Göttingen, 1974, p. 49, 108 e 148; e Isolde KLUGE, *Alternative Kausalität*, Tübingen, 1973.

melhanças suficientes para lá das diferenças. Ainda que se prove que duas ou mais pessoas causaram conjuntamente o dano, restam sempre dúvidas acerca da real contribuição de cada uma delas para o surgimento daquele. Dado este passo, torna-se plausível também sustentar a operacionalidade do regime da solidariedade quando a concorrência causal se joga entre um comportamento ilícito e culposo (atribuível ao pretense lesante) e um facto natural ou outro qualquer evento que se situe na esfera de responsabilidade do lesado. A perspectiva que olhava para o problema do ponto de vista da “consciente acção conjunta de vários agentes” é substituída por outro prisma, a culminar na ideia de que recai sobre cada participante uma suspeita de causalidade. O défice probatório seria, então, compensado por uma maior exigência em termos de adequação e poderia redundar numa solução indemnizatória que atendesse à proporção da perigosidade do comportamento⁸⁰.

Aceitando como boa a percepção das semelhanças com outras situações onde, em rigor, a prova da causalidade decai, a inexistência, entre nós, de uma norma como o § 830 I/2 BGB implica um esforço de fundamentação suplementar, que se cumpre na pressuposição metodologicamente fundada de uma esfera de responsabilidade erigida a montante, que se actualiza no momento da preterição dos deveres de conduta para com o nosso semelhante. A perspectiva por nós defendida, viabilizando a condenação solidária dos agentes na hipótese de causalidade alternativa incerta, comunga de uma índole sistemático-teleonomológica.

Na verdade, contra aquela que parece ser a opinião ainda maioritária na doutrina, entendemos ser possível a condenação solidária dos lesantes.

⁸⁰ Cf., novamente, Cf. Franz BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, 412 e ss., falando de uma causalidade possível e da libertação do lesado da sempre dilemática prova do requisito responsabilizatório. Para uma análise dos critérios concretizadores dessa possível causalidade, veja-se, do autor, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 12 e ss. Cf., ainda, *Probleme der Schadensverursachung*, 77 e ss. e 87 (propondo a aplicação do preceito quando o concurso se verifica entre a conduta do pretense lesante e um facto natural ou a conduta do lesado); “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, 30 e ss. [defendendo uma responsabilidade reparada e baseada em probabilidades].

Nos termos do artigo 497.º CC, prevê-se a responsabilidade solidária para o caso de pluralidade de responsáveis. Havendo duas acções e dois agentes que preencham os pressupostos delituais, não será difícil concluir pela assimilação do caso pela intencionalidade problemática do preceito. Hipóteses haverá, porém, em que a pluralidade dá lugar à unicidade. Aí, a aplicação da norma aos casos de co-autoria, instigação ou auxílio à prática do acto ilícito é determinada pelo artigo 490.º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser obrigado ao pagamento de uma indemnização. Donde, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497.º CC harmoniza-se com a unicidade de comportamentos pressuposta pelo artigo 490.º CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável. Abre-se, então, a porta a que nas hipóteses de causalidade alternativa incerta, porque dois ou mais sujeitos titulam uma esfera de responsabilidade, eles sejam considerados solidariamente responsáveis, excepto se, de acordo com o esquema imputacional por nós delineado, um deles vier provar qual a real causa do dano. E se assim nos questionarmos sobre o eventual sacrifício da comutatividade, a fazer anunciar uma responsabilidade pelo pôr em perigo, haveremos de concluir que ele é apenas aparente: na gestão de riscos faz-se impender sobre o pretenso lesante a dificuldade de prova do que tradicionalmente era entendido por nexo de causalidade.

Pois que, se parece ser a pluralidade de responsáveis a justificar a aproximação das situações, ela não se alicerça exclusivamente na existência de mais do que um comportamento na-

turalisticamente causador do dano. Situações há em que o comportamento é apenas um, sendo por ele responsável mais do que um sujeito. Ora, nestas ninguém duvida que o artigo 497.º CC seja aplicável e, não obstante, do ponto de vista do real só um é o comportamento, embora polarizado em dois sujeitos.

Do mesmo modo, no quadro da causalidade conjunta e cumulativa, desconhece-se, muitas vezes, qual o real contributo de cada um dos agentes responsáveis pelo dano gerado, e, não obstante, a solução da solidariedade entre aqueles continua a ser aceite. A pluralidade a que aí se assiste tem raízes mais fundas, entroncando na liberdade humana que, convocadora da responsabilidade, vai erigir cada pólo de autonomia no centro gerador de uma conduta, enquanto requisito do ressarcimento. A ser assim, isso significa, por um lado, que, ao nível da realização concreta do direito, os factos não são tomados como meros dados empíricos, mas que sobre eles derramamos, numa dialéctica de pendor valorativo, a axiologia determinante do seu recorte; e por outro, que aquilo que tradicionalmente pretendia ver-se resolvido com a condicionalidade *sine qua non* não só se afigura irrealizável por essa via, como se mostra falho de sentido. A simples constatação de que os factos se não oferecem como neutrais é de molde a tornar perceptível o que já anteriormente tínhamos indiciado: só na analogia que se estabelece pelo ir e vir dialéctico entre eles e o sistema podemos captar o seu âmbito. Ora, isto permite-nos concluir, e voltando agora ao artigo 497.º CC, que o que releva não é o número de comportamentos com efeito causal em termos naturalísticos, mas o número de esferas de risco que, com potencial de alicerçar a responsabilidade – tida com actualização positiva da liberdade pessoal –, convergem para um mesmo resultado⁸¹. O cotejo delas torna-se, então, imprescindível, em nada distando estas situações daquelas outras que avultam na pretensa singularidade do acontecer. Se o epicentro da imputação se encontra na

⁸¹ Note-se que, em primeira linha, o preceito não nos vem resolver o problema com que lidamos: a interpretação que dele se faz é uma decorrência do modo como compreendemos a questão imputacional e solucionamos o primeiro segmento de indagação dita causal. O que não obsta a que, olhando para o artigo, não possamos, pela mobilização de uma série de argumentos, extrair conclusões que amparem a nossa perspectiva.

edificação da referida esfera de risco/responsabilidade e se mergulharmos nos fundamentos da previsão da obrigação solidária a este nível, veremos como a solução dos nossos problemas se torna mais clara⁸².

Importa, porém, olhar mais detidamente para alguns problemas patenteados ao nível da causalidade incerta. Designadamente, cremos ser relevante ponderar duas questões particulares. Desde logo, se a causalidade é incerta/indeterminada, quais as fronteiras do círculo de solidariedade obrigacional? Cremos que a resposta a tal inquietação é duplamente balizada. Assim, só podem ser considerados “participantes” no evento lesivo aqueles que assumem e/ou incrementam, ou seja que titulam, uma esfera de risco, a partir da qual se joga a imputação; em segundo lugar, aquela edifica-se tendo em conta, em concreto, uma específica lesão de um determinado bem jurídico protegido. Maiores problemas se levantam, por isso, nas hipóteses em que a esfera de responsabilidade se define em abstracto – *v.g.* nas situações de responsabilidade objectiva⁸³.

⁸² Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*; e *Responsabilidade civil: Novas perspetivas em matéria de nexos de causalidade*, Principia, 2014.

⁸³ Pense-se, por isso, no problema debatido entre Zipursky e Geistfeld – cf. Benjamin C. ZIPURSKY, “Evidence, unfairness and market-share liability: a comment on Geistfeld”, *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 126 e ss., p. 126. Poder-se-ia avançar que o menor desvalor de conduta há-de ser compensado por uma maior exigência ao nível imputacional, exigindo-se a actualização em concreto da esfera de risco abstractamente desenhada. Repare-se, contudo, que aqui o que cerne do problema parece ser outro: não se trata de saber quem, dentro de um grupo determinado, lesou o proprietário, mas de indagar quem interveio no acidente. Não é a alternância entre agentes que potencia a dúvida imputacional, mas sim o perfeito desconhecimento do que ocorreu que torna a situação dilemática.

Pense-se, por exemplo, na seguinte situação. A tem o seu automóvel estacionado e ao lado dele B parou outro de uma diferente cor. Quando entra no veículo, A apercebe-se que o mesmo foi danificado. Será que o facto de B estacionar no lugar paralelo ao do carro amolgado é suficiente para estabelecer a imputação? A esfera de responsabilidade não se edifica pela preterição de quaisquer deveres de cuidado em relação ao outro, mas pela detenção da direcção efectiva do veículo. Simplesmente, há-de ser comprovada a participação no acidente. Até porque estamos num domínio onde o condutor lesado também titula uma mesmíssima esfera de risco. De outro modo, a imputação objectiva desconheceria limitação.

Se o critério para a solução por nós aceite não é encontrado na intencionalidade processual⁸⁴ do problema e se não se colhe de nenhuma norma legal, então ficamos livres da densificação dogmática de um grupo que se cria em torno de uma incerteza dita causal.

Além disso, importa questionar em que medida a solução da responsabilização com base numa causalidade potencial é ou não aplicável às hipóteses em que a dúvida probatória resulta do concurso entre o comportamento do pretense lesante e uma causa natural⁸⁵⁻⁸⁶.

Tal não se confunde com a necessidade de provar que quer a real causa do dano, quer que o comportamento do pretense lesante foram *conditio sine qua non* do dano. Apresentados os elementos que forneçam ao julgador o desenho concreto do que ocorreu – ou seja, o evento lesivo – basta a pertinência funcional do dano à esfera de responsabilidade delineada para que o juízo seja afirmativo. Só que aqui, por estarmos no quadro da responsabilidade objectiva, não qualificamos o evento lesivo como a simples lesão do direito subjectivo absoluto, tendo de se apresentar o próprio acidente como elemento perturbador que faz actualizar a esfera de responsabilidade previamente assumida.

⁸⁴ Cf., novamente, Mark A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, 447 e ss.

⁸⁵ De notar que, numa situação concreta, é possível que, para além do concurso de duas condutas ou actividades humanas, concorra para a produção do dano uma causa natural, aumentando o grau de incerteza.

A complexidade dos problemas pode também agigantar-se quando a incerteza em relação ao lesante é acompanhada da incerteza em relação à vítima. Em rigor, esta incerteza do lado do lesado redundará na incerteza causal, uma vez que o que está em causa é saber se o putativo lesante gerou o dano ou se este teve origem noutra tipo de causas, designadamente naturais.

Para uma consciencialização das especificidades denotadas pelos famosos casos de danos em massa, cf. Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, 543: neles a relação unidimensional entre lesados e lesantes (*eindimensionale Beziehung zwischen Geschädigten und Tätern*) é substituída por uma relação pluridimensional (*mehrdimensional*), na sua dupla incerteza – para cada lesado surgem muitos alternativos lesantes (*alternativ mehrere Täter*); para cada agente surgem muitos alternativos lesados (*alternativ mehrere Geschädigte*). Ou seja, há que ter em conta que, em muitos casos, a *alternative Täterschaft* do § 830 I/2 BGB se torna mais complexa através de uma *alternative Opferschaft* (relativa às vítimas). Não sendo também este o ponto por nós indiciado, não deixa de ser importante a consulta da obra que se cita.

Veja-se, ainda, PIER GIUSEPPE MONATERI, “I mass tort: dalla rc al contratto politico”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1 (2003) 13 e ss.

⁸⁶ Assim, “se a toxicidade de dejectos poluentes de uma indústria aumenta a taxa de cancro na população, uma defeituosidade é estabelecida, tanto como o prejuízo e o nexó de causalidade. Todavia, ao nível do nexó de causalidade, se é certo que a causalidade causou os atentados, cada atentado

Partindo do caso concreto, para o relevarmos à luz do dever-ser, considerámos ser a edificação da esfera de risco e não a descoberta da causa real que justifica a imputação, o que não obsta a que o lesante, que assim assume o risco de uma quase presunção que sobre si recai, possa vir a mostrar que nenhuma intervenção teve na produção da lesão. Com isto, conseguimos que situações em que o direito à indemnização decairia pela falência do *but-for test* sejam salvaguardadas, relegando-se para os putativos lesantes o encargo de identificar a verdadeira autoria da violação.

Note-se que a solução arriscada se mostra em sintonia com os ensinamentos em termos de solidariedade obrigacional: verificada a indivisibilidade do dano (uma só lesão do direito subjectivo absoluto), constatada a pluralidade de esferas de responsabilidade/risco a que pode ser reconduzida aquela lesão, definem-se os contornos da assimilação da relevância problemática do caso concreto pela intencionalidade problemática do artigo 497.º CC. A ausência de certezas quanto à causa do dano é apenas uma decorrência da complexidade da realidade que deve, de acordo com o entendimento consagrado em matéria de ónus da prova, ser suportada por aquele ou aqueles que erigiram a referida esfera de risco, que assim também abarca o próprio risco adjectivo. Sabemos, no entanto, que o jurista se deve certificar da incidência do comportamento do lesante no surgimento do evento lesivo, isto é, do papel que a conduta do lesante teve na história do evento danoso. Só que isso não nos leva a exigir a prova da causa real, sequer a comprovação da condicionalidade *sine qua non* desse comportamento em relação ao evento lesivo. O envolvimento do

individualmente não é causado de maneira certa pela defeituosidade, já que certas doenças provêm de outros factores.” – cf. Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, 430. O autor chama à colação a teoria da vítima indeterminada, mas considera que ela não respeita os princípios da causalidade. Segundo ela, se há 110 vítimas numa relação de 100, isto significa que só 9% do número total das vítimas deve a sua doença à exposição. Por isso, devem ser indemnizadas as vítimas em 9% do seu prejuízo, correspondente à probabilidade da doença ter resultado da referida exposição. Em oposição a esta doutrina, Quézel-Ambrunaz sustenta que, “em situações em que a vítima é indeterminada, o juiz deve olhar para a questão da certeza do nexa causal relativamente a cada vítima com ajuda dos elementos de prova de que dispõe, mas não pode, em caso algum, apenas atribuir uma indemnização parcial”.

facto na história da lesão, que é pressuposto na análise da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade, torna-se translúcido no momento da comprovação da hipotética relevância problemática do caso, isto é, no momento em que o lesado apresente os contornos da situação material controvertida e a prove.

Repare-se que, deste modo, nos afastamos de posições como a que clama pela presença de um grupo com um mínimo de estabilidade e coerência.

Na verdade, se o que releva é a existência de um círculo de perigosidade que viabiliza a imputação, então – e assumindo o ponto de vista imputacional de onde partimos – podemos olhar isoladamente para cada uma das esferas de risco encabeçadas pelos pretensos lesantes, até porque, sabendo que, para salvaguarda do desenho comutativo da responsabilidade delitual, os pretensos lesantes podem excluir a sua responsabilidade através da prova da real autoria, cai por terra a ideia de que a imputação se dirige ao grupo e não a cada um dos seus membros. A duplicidade de vínculos requerida pelo regime da solidariedade ao nível da responsabilidade civil seria preenchida pela presença de mais do que uma esfera de responsabilidade – edificada de acordo com os critérios atrás plasmados – e pela possibilidade – suficiente do prisma em que nos posicionamos – de recondução da lesão a cada uma das esferas delineadas.

A grande dificuldade neste salto argumentativo passa pelo facto de, em termos de determinação da causa, segundo a posição anteriormente referida, se conseguir afirmar que o grupo foi autor do dano, não sendo idêntica asserção – do ponto de vista empírico – correcta por referência a cada um dos seus membros. Simplesmente, não há uma diferença significativa entre uma esfera de risco colectiva e uma esfera de risco pessoalizada, excepto se o fundamento que recortarmos para a solução cogitada se situar no plano processual e atender à dificuldade de prova que decorre do facto de mais do que um sujeito intervir no evento conducente ao dano⁸⁷. É que,

⁸⁷ E excepto naqueles casos em que só a combinação de condutas permite falar de uma certa elevação do risco que faz actualizar a esfera de responsabilidade titulada por cada um. Não estaríamos, contudo, aí diante de

bem vistas as coisas, e se nos detivermos momentaneamente nas hipóteses de causalidade cumulativa não necessária, relativamente às quais a doutrina pátria não se mostra hesitante na aplicação do regime da solidariedade entre todos os obrigados, teremos de concluir que também aí nenhum dos lesantes pode ser verdadeiramente tido por autor do dano. E mesmo nas situações de co-autoria podemos ser confrontados com uma responsabilidade que abrange todo o dano, sem que tal abrangência corresponda, no plano dos factos, a uma integral causação do dano por cada um dos agentes lesivos.

Ou seja, pode não haver no ordenamento jurídico positivo português uma norma que disponha directamente acerca da questão da causalidade alternativa, mas a interpretação sistemática e teleológica do sistema delitual suporta perfeitamente a solução por nós avançada.

III. A DOUTRINA DO *MARKET-SHARE LIABILITY* E A DOUTRINA DA *POLLUTION SHARE LIABILITY*

Resulta claramente da exposição anterior que não é aceitável, entre nós, a doutrina do *market-share liability* (responsabilidade pelas quotas de mercado). Dela teríamos necessariamente de abdicar se a captássemos à luz de uma racionalidade de pendor economicista e eficientista, uma vez que, nessa hipótese, se mostraria contrária à intencionalidade especificamente jurídica⁸⁸. Mas, verdadeiramente, importa saber é prestável quando pensada sob outro prisma. Além-fronteiras, diversos foram os pensadores que procuraram estabelecer a difícil compatibilização entre a doutrina do *market-share liability* e uma ideia de causalidade. Entre outros,

uma situação de causalidade alternativa, mas de causalidade aditiva, cujos contornos, sendo diversos, não deixam de ser igualmente problemáticos. Sobre o ponto, veja-se o que ficou dito *supra*.

⁸⁸ Sobre o ponto, com múltiplas referências bibliográficas, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação*.

Theo Bodewig⁸⁹, Adam Fletcher⁹⁰, Gert Brüggemeier⁹¹, Geistfeld.

⁸⁹ Veja-se, a este ensejo, a explicitação de Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, 523. Questionando, no quadro da problematização da possível aplicação do § 830 I/2 BGB aos casos DES, como deve operar-se a compensação dos responsáveis no âmbito das relações internas, afirma o autor que, como a causalidade é incerta e a *Verursachung* através de cada participante também, o grau de causalidade não pode ser avaliado, tendo de encontrar-se um ponto de apoio para a repartição da indemnização entre os responsáveis. Ora, se para estabelecer a responsabilidade é substituída a causalidade provada (*nachgewiesene Verursachung/ tatsächliche Kausalität*) pela causalidade possível (*Möglichkeit der Kausalität*), o critério de repartição há-de encontrar-se no grau de possibilidade de causação (*der Grad der Möglichkeit der Verursachung*). Daí que, segundo Bodewig, o grau de probabilidade (*der Grad der Wahrscheinlichkeit*) de causação do dano por parte de um dos participantes ofereça a chave da solução. No quadro da responsabilidade pelo risco, sendo o fundamento o perigo para os bens jurídicos, devemos lançar mão do grau de perigo e portanto da probabilidade com que se realizaria o perigo no caso concreto. Segundo o autor germânico, esta probabilidade poderia corresponder, nos casos DES, à quota de mercado que cada fabricante ocupa, embora não tenha de ser necessariamente assim (cf. p. 553, onde o autor, tratando da *Verursachungswahrscheinlichkeiten*, distingue a probabilidade da causalidade da causalidade segundo a quota de mercado).

Cf., também, p. 505 e ss.

⁹⁰ Cf. Adam L. FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, *Cleveland State Law Review*, 56, 1029 e ss. Confrontado com as situações de indeterminação causal – mais propriamente do lado do lesante –, o autor articula duas das teorias que os tribunais forjaram para fazer face ao problema: *alternative liability* e *market-share liability*. Mais especificamente, procura mostrar que a *alternative liability* não é revolucionária e se pode explicar por uma “cuidadosa aplicação dos tradicionais princípios da responsabilidade civil”. Porém, adverte que este resultado fica dependente “do reconhecimento da distinção entre a lesão originalmente sofrida pelo lesado e a lesão secundária que a *alternative liability* permite ressarcir”, ou seja, a perda do remédio ressarcitório. Esta posição – a fazer rememorar a lição dos *evidential damages*, protagonizada por Alex Stein e Ariel Porat – vai permitir ao autor, não só eliminar algumas das limitações à teoria, como tornar desnecessária a sua conversão na *market-share liability*.

Em sentido diverso, veja-se A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 460 e ss.

⁹¹ Cf. Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 185, considerando que, no quadro da responsabilidade do produtor, a causalidade alternativa pode ser hoje vista como uma forma modificada de responsabilidade do mercado (*Markthaftung*). Veja-se, ainda, numa referência a uma forma especial de responsabilidade por causalidade alternativa, no âmbito da responsabilidade do mercado por produção em massa, p. 190 e ss. e p. 188 (para distinguir os clássicos casos de responsabilidade alternativa daqueles outros em que existe também a incerteza de qual das partes cometeu a falta, de que seria exemplo a responsabilidade do produtor).

Pese embora as linhas de continuidade problemática entre as situações que clamam a resposta da causalidade alternativa e aquelas que reclamam as correcções introduzidas pela doutrina da *market-share liability*, as notas de dissemelhança determinam dificuldades acrescidas, que passam nomeadamente pela vastidão de “participantes” que potencialmente podem ter gerado a lesão. Tal insta-nos, num esforço de aprofundamento dos critérios, a definir os contornos conceptuais com que lidamos pela revisitação dos fundamentos de que partimos. Lembremos, neste percurso, que tais fundamentos vão sendo sedimentados na projecções dogmáticas e normativas que deles se fazem. Por isso, sabemos que a *ratio* da adesão à responsabilidade solidária de todos os agentes nos casos de causalidade alternativa incerta se prende menos com a viabilidade de edificar um cenário análogo à unidade de conduta do que com a necessidade de assumir comprometidamente os reflexos de uma esfera de risco/responsabilidade que se erige. Ora, se ela se provar em concreto em relação a cada um dos produtores, as dúvidas concitadas pela teoria da responsabilidade segundo as quotas de mercado, agora despida de qualquer cunho tecnocrático, hão-de ser justificadas por outra ordem de razões. Não cremos, porém, que sejam decisivos alguns dos argumentos avançados pela doutrina, e que, em traços largos, se prendem com o facto de o lesado passar a correr o risco de insolvência ou desaparecimento de alguns produtores no mercado⁹³ ou com o facto de se desvirtuar o peso relativo do desvalor de resultado. Determinante parece ser, do ponto de vista sistemático,

⁹² Cf. MARK A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, 447 e ss., sustentando que a *market-share liability* é apenas uma forma modificada da *alternative liability*, que visa repartir a responsabilidade de um modo justo entre os lesantes (p. 452). O autor lança mão do conceito de *evidential grouping* que se justifica em casos de causalidade múltipla suficiente porque a normal prova comportaria a exclusão da responsabilidade de todos. Assume-se, por isso, como causa da lesão a conduta do grupo em que todos os lesantes se agregam. A solução deve, para Geistfeld, ser aplicada analogicamente nas situações de indeterminação do lesante.

⁹³ Acerca dos riscos que a aceitação da doutrina do *market-share liability* acarreta, ecoam vozes no sentido de afirmar que o lesado passaria a correr o risco de insolvência ou desaparecimento de algum ou alguns dos produtores do mercado. Nesse sentido, cf. Calvão da SILVA, “Causalidade alternativa. L’arrêt DES”, 467.

a contradição que se geraria, pelo acolhimento da posição, com a regra da responsabilidade solidária de todos os responsáveis. É claro que a denúncia nos faz enredar num círculo vicioso. Pois se o acolhimento da perspectiva parece ser, da óptica do direito que vai sendo desvelado, necessária para se afirmar a responsabilidade de todos os participantes no mercado, torna-se estranho argumentar contra ela invocando o sentido da solidariedade entre os responsáveis que, com a rejeição de princípio, deixariam de o ser. É por isso que determinante é, novamente, a consideração do sentido ético-axiológico das esferas de responsabilidade que se estabelecem e alicerçam a responsabilidade.

As mesmas razões determinam, ainda, a falência da *pollution share liability*.

(Página deixada propositadamente em branco)

4.

DUE DILIGENCE AMBIENTAL **NA AQUISIÇÃO DO CONTROLO DE EMPRESAS**

Alexandre Soveral Martins

Professor Auxiliar de Direito Comercial

Universidade de Coimbra

Instituto Jurídico

Sumário: *I. Introdução. Delimitação do tema. II. Aquisição do controlo e due diligence ambiental. III. A negociação que antecede o processo de due diligence. IV. Due diligence e representations and warranties. V. Alguns interesses em presença. VI. Momentos do processo de due diligence ambiental. VII. Algumas informações especialmente importantes.*

I. INTRODUÇÃO **DELIMITAÇÃO DO TEMA**

A transmissão do controlo das sociedades comerciais transporta consigo uma grande variedade de temas de estudo: basta pensar nas relações com os membros da administração, nas relações com terceiros (designadamente, credores), no controlo da operação pelas autoridades públicas.

Pretendemos falar aqui de alguns aspetos que devem ser objeto de particular cuidado na realização de um processo de análise da sociedade que é alvo de uma operação de aquisição de controlo¹.

¹ O presente estudo não contém uma enumeração exaustiva de tudo o que pode ser incluído numa auditoria ambiental. Para a realização de uma auditoria ambiental devem ser contratados os serviços de peritos na matéria e obtido

Vamos olhar para a *due diligence* pensando sobretudo em casos de aquisição de participações de controlo numa sociedade. Mas uma *due diligence* ambiental pode justificar-se em muitas outras situações: na aquisição de empresas em sentido objetivo (na realização de um *trespasse*, por exemplo), na fusão de sociedades, na celebração de contratos de colaboração ou financiamento, na administração da insolvência ou, até, na conclusão de um contrato de seguro². A OCDE tem dado atenção ao tema a propósito do crédito à exportação que beneficie de apoio de organismos públicos. Foi inclusivamente aprovada em 2012 uma Recomendação do Conselho da OCDE - *Recommendation of the Council on Common Approaches for Officially Supported Export Credits and Environmental and Social Due Diligence (the "Common Approaches")*, as adopted by the OECD Council on Thursday 28 June 2012 - que aborda, entre outros temas, os processos de *due diligence* ambiental. Na aquisição do controlo de sociedades, o processo de *due diligence* pode surgir, por exemplo, no decurso de uma OPA. E, tendo lugar o referido processo e a produção da informação devida, não deixam de se suscitar questões interessantes se há uma OPA concorrente. Haverá obrigação, por parte da sociedade alvo, de tratar todos os oferentes da mesma forma? Mesmo os que lançam OPAs hostis? E um relatório de *due diligence* ambiental pode ser informação privilegiada? Questões complexas, que ficam para já apenas enunciadas³.

II. AQUISIÇÃO DO CONTROLO E *DUE DILIGENCE* AMBIENTAL

Sabemos que a compra e venda das participações não se confunde com a compra e venda de participações como meio de

o devido aconselhamento jurídico. Foram acrescentadas referências a alterações legislativas que surgiram após a data em que esta conferência foi proferida.

² Angel PENDÁS AGUIRRE, «*Due diligences*», in José María BENEYTO PÉREZ/Rita LARGO GIL (dir.), *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Bosch, Barcelona, 2010, 162.

³ Para alguns aprofundamentos, cfr. Sebastian BARRY, *Informationelle Gleichbehandlung konkurrierender Bieter bei öffentlichen Übernahmen*, Nomos, Baden-Baden, 2013.

aquisição da empresa ou empresas de que a sociedade alvo é titular⁴. Isso é assim mesmo quando estamos perante uma aquisição de participações de controlo. Ou seja, nem sempre a aquisição de participações é feita a pensar na aquisição da empresa da sociedade.

De qualquer modo, a análise do relevo jurídico de um processo de *due diligence* no âmbito de uma aquisição de controlo de uma sociedade coloca ao intérprete alguns problemas que, em regra, não surgirão na aquisição que não é de controlo.

A aquisição do controlo obriga a perguntar se é possível considerar que vícios que afetam *elementos do património* da sociedade podem ser também considerados vícios das próprias *participações* adquiridas. A equiparação não pode ser automática. Basta pensar que o adquirente do controlo pode ter querido apenas alcançar uma posição que lhe permitisse eliminar um concorrente que irá depois pura e simplesmente destruir.

A *empresa* de que a sociedade alvo é titular pode sofrer, enquanto tal, de vícios, mas não é de excluir que tais vícios apenas afetem *elementos* da empresa. No que diz respeito a questões ambientais, a distinção nem sempre será fácil de fazer. Por outro lado, mesmo em matérias ambientais fará sentido a distinção entre *vícios de facto* (por exemplo, um tanque de recolha de resíduos que tem fugas) e *vícios de direito* (uma licença ou autorização que não foi renovada).

⁴ Sobre o tema, p. ex. (e com muitas outras referências), Alexandre de Soveral MARTINS, «Transmissão da empresa societária: algumas notas», in AAVV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 432 e ss.; António Pinto MONTEIRO/Paulo Mota PINTO, «Compra e venda de empresa. A venda de participações sociais como venda de empresa (“share deal”)», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, IV, Coimbra, 2010, 693; Alexandre de Soveral MARTINS, «Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais», in Coutinho de ABREU (coord.), *Estudos de direito das sociedades*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013, 91; e Coutinho de ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015, 365 (mas já assim na primeira edição de 2002, 396). Na aquisição de ações de uma sociedade anónima podem, por exemplo, surgir problemas quanto às próprias ações-títulos (falsificação, não correspondência a ações-participações efetivamente emitidas, etc.), quanto à realização da entrada para a sociedade, no que diz respeito à titularidade das ações pelo alienante ou à existência de consentimento da sociedade para a transmissão.

Estamos perante temas que sofrem forte influência do direito anglo-saxónico. E percebe-se porquê: nos sistemas de *Common Law*, a regra tradicional era a de que o risco corria por conta do comprador, não tendo em regra o vendedor que prestar informações sobre os defeitos do que vendia. *Caveat emptor* – o comprador deveria adotar as cautelas necessárias⁵.

Mas os temas que vamos abordar também interessam nos sistemas continentais. A *due diligence* e, em particular, a ambiental, deve ser olhada pensando no que de relevante dela pode resultar para os regimes da responsabilidade pré-contratual, da responsabilidade pelo prospeto (se for o caso), do incumprimento do contrato, da compra e venda de coisa defeituosa, do erro, do dolo ou da culpa do lesado, por exemplo⁶. E, até, para sabermos se afinal o objeto da venda foi entregue no estado em que se encontrava ao tempo da venda (art. 882.º, 1, CCiv.).

Um dos problemas que a alienação das participações de controlo obriga o intérprete a ter em conta é o de saber quando é que se pode dizer que há *aliud pro alio*. Isto é, que a coisa alienada não é a que deveria ter sido. Será possível dizer que na venda de participações sociais de controlo isso se verifica se por acaso apenas está em causa um *problema ambiental no estabelecimento* da sociedade? A participação é um conjunto de direitos e obrigações do sócio enquanto tal perante a sociedade. Pode ser dito que esse conjunto não é transmitido se no estabelecimento da sociedade são depois detetados problemas de natureza ambiental?

Na aquisição de participações sociais, os processos de *due diligence* ocorrem sobretudo na aquisição do controlo. Desde logo, porque é mais fácil o *acesso a informação* relativamente à sociedade alvo quando o sócio que pretende vender é o sócio controlador⁷. E, por outro lado, é nesses casos que mais se justifica gastar o dinheiro que o processo envolve.

⁵ Cfr. tb. António TELES/João Carmona DIAS, «Garantia na alienação de empresas», in Paulo CÂMARA (coord.), *Aquisição de empresas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 66, que lembram a expressão inglesa «let the buyer beware».

⁶ Lembrando alguns desses aspetos, António Pinto MONTEIRO/Paulo Mota PINTO, «Compra e venda de empresa», 687 nt. 5.

⁷ Como recorda Fábio Castro RUSSO, «*Due diligence* e responsabilidade», AAVV., *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, 13-26, p. 20, pode até dar-se o caso de o vendedor ter o direito de dirigir instruções à sociedade: cfr. os arts. 491.º e 503.º, 1, CSC.

Claro que é possível que surjam problemas quando o sócio alienante pretende exercer o seu direito à informação. Estamos a falar do *sócio que necessita de obter informações* sobre a sociedade para as dar ao interessado em comprar as participações.

Note-se, para que se perceba bem do que estamos a falar, que o interessado em transmitir é o *sócio da sociedade*, não a sociedade. As informações a recolher na *due diligence* ambiental dizem respeito à sociedade, não ao interessado em transmitir⁸. Iniciando-se um processo negocial com vista à aquisição de participações de controlo, há que pensar na existência de um *dever de informação* a cargo do vendedor, decorrente da boa-fé. Mas até onde vai esse dever se as informações não estão na disponibilidade do vendedor sócio?⁹

Se a sociedade alvo é uma *sociedade por quotas*, o direito à informação pode estar regulamentado no contrato de sociedade e isso pode dificultar o acesso a certos elementos. Pode a sociedade invocar o receio da utilização de informação para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta ou a existência de segredo imposto por lei no interesse de terceiros.

Nas *sociedades anónimas*, os documentos a que podem ter acesso os acionistas com pelo menos 1% do capital estão enumerados no art. 288.º do CSC, que exige a alegação de *motivo justificado* para a consulta. Quanto à prestação por escrito de informações sobre assuntos sociais, o art. 291.º exige a titularidade de pelo menos 10% do capital social e estão previstos alguns fundamentos para a recusa de informação.

Mas, tratando-se de transmissão de participações de controlo, a verdade é que raramente surgirão essas dificuldades. Quem está em condições de prestar as informações quererá em

⁸ Cfr. José A. Engrácia ANTUNES, «A empresa como objecto de negócios. “Asset Deals” versus “Share Deals”», *ROA*, II/III (2008) 755 nt. 82.

⁹ Nuno Moura ROLDÃO/Ana Guedes TEIXEIRA, «O processo de auditoria legal», in Paulo CÂMARA (coord.), *Aquisição de empresas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 112, abordam a existência de cláusulas de confidencialidade em contratos celebrados pela sociedade (e que, por isso, não podem ser revelados aos interessados em adquirir as participações sociais), e as limitações eventualmente resultantes da legislação de proteção de dados pessoais.

regra ficar nas boas graças do sócio controlador e daquele que pode tornar-se o novo controlador¹⁰. Por vezes, os vendedores são os membros do órgão de administração¹¹.

III. A NEGOCIAÇÃO QUE ANTECEDE O PROCESSO DE *DUE DILIGENCE*

Um processo de *due diligence* serve, desde logo, para obter/controlar informações. Mas como chegamos a essa fase?

Frequentemente, o processo negocial para a compra das participações começa com uma carta de intenções (*letter of intent*)¹². Esta é uma carta em que o seu autor manifesta ao destinatário o propósito de iniciar uma negociação tendente à aquisição da participação ou participações. A assinatura da carta pelo *destinatário* marca geralmente o início das negociações, daí resultando os

¹⁰ A *due diligence* ambiental pode ser útil por uma razão adicional não desenvolvida no texto: a de identificar eventuais *danos ambientais* já existentes antes da própria aquisição do controlo, pois isso pode ser relevante em sede de responsabilidade ambiental. Nomeadamente, para se provar *quem foi o poluidor*. Sobre o princípio do poluidor pagador, veja-se Alexandra ARAGÃO, «O princípio do poluidor pagador como princípio nuclear da responsabilidade ambiental no direito europeu», in Carla GOMES/Tiago ANTUNES (org.), *Actas do Colóquio A responsabilidade civil por dano ambiental*, FDUL, Lisboa, 2010, 91-120 (www.icjp.pt); e, da mesma autora mas de 1997, *O princípio do poluidor pagador – Pedra angular da política comunitária do ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, (Studia Iuridica 23). Quanto aos problemas que a identificação dos danos ressarcíveis coloca, Síndez MONTEIRO, «Protecção dos interesses económicos na responsabilidade civil por dano ambiental», in AAVV., *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, (Studia Iuridica 81), 133-156. O regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais consta do DL 147/2008, de 29 de julho, alterado pelos DLs 245/2009, de 22 de setembro, 29-A/2011, de 1 de março e 60/2012, de 14 de março. Cfr. tb. as Diretivas 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, 2009/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril, e 2013/30/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013. Para além da responsabilidade civil, não se pode esquecer a responsabilidade contraordenacional e penal.

¹¹ Realçando esse aspeto, Rolf WATTER, *Unternehmensübernahmen*, Schulthess, Zurich, 1990, 118.

¹² Em vez de simples carta, ou depois desta, pode existir um MOU ou *Memorandum of Understanding*.

deveres correspondentes. Antes da carta de intenções pode haver contactos exploratórios, nomeadamente através de intermediários (bancos de investimento, p. ex.).

Logo na carta de intenções pode ficar a constar que existirá o processo de *due diligence* e os termos do mesmo. Na elaboração dessa carta é necessário ter cuidado com o respetivo conteúdo, pois em regra não haverá interesse por parte de quem a subscreve em que ela seja já vista como uma *proposta contratual*. O cuidado deve existir também na apreciação do que pode conduzir à imputação de direitos de voto nas sociedades abertas (destaca-se o problema da titularidade indireta de participações sociais – mas também a questão dos «pré-contratos»). Muitas vezes as cartas de intenções contêm *cláusulas de não vinculação* para assim se evitar que a mão dada permita agarrar o braço.

IV. *DUE DILIGENCE E REPRESENTATIONS AND WARRANTIES*

Um processo de *due diligence* deve ser encarado pensando também que no contrato será possível incluir «declarações e garantias» por parte do vendedor (as chamadas *representations and warranties*)¹³. E, por isso, pode surgir uma dúvida acerca da utilidade do processo de *due diligence*. Valerá ele a pena se podemos incluir no contrato essas «declarações e garantias»?

Além disso, o adquirente pode também pensar que seria preferível não fazer a *due diligence* porque esta acaba por permitir ao vendedor livrar-se de responsabilidades perante o adquirente quanto ao que for revelado através daquele processo¹⁴. Se determinado

¹³ Estamos a pensar, por exemplo, na declaração de que vendedor proporcionou informação completa, exata e verdadeira sobre a situação da empresa quanto a questões ambientais e não ocultou informação ou dado relevante relativamente à mesma; ou na declaração de que a empresa tem todas as licenças e autorizações ambientais necessárias. Muitas vezes, o vendedor identifica aspetos que não está em condições de garantir ou aspetos que está em condições de garantir mas afirmando que não garante mais nada para além daqueles. Sobre as cláusulas de «não garantia», António TELES/João Carmona DIAS, «Garantia na alienação de empresas», 97 e ss.

¹⁴ Cfr. Silvia GASPAR LERA, «Negociaciones, garantías y responsabi-

problema é identificado no relatório de *due diligence*, o comprador não pode depois dizer que não sabia¹⁵.

Depois da *due diligence*, é possível incluir no contrato «declarações e garantias». Certas *representations and warranties* podem levar o comprador a dispensar a *due diligence* sobre esses aspectos. Mas isso pode ser arriscado.

Os termos em que o processo de *due diligence* será desenvolvido devem ser pensados tendo presente o que poderá constar do contrato no âmbito das «declarações e garantias». Comprador e vendedor devem ponderar o que podem ou não incluir nas «declarações e garantias»¹⁶ para decidirem quais serão os termos do processo de *due diligence*.

Mas, por outro lado, as «declarações e garantias» são importantes porque a *due diligence* tem limites. Além disso, essas declarações e garantias revelam muitas vezes *aspectos que o comprador considera essenciais*, o que pode ajudar na prova do *dolo* ou o *incumprimento*. Veja-se que o art. 247.º CCiv. exige, para que o negócio seja anulável, que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro. Ora, as «declarações e garantias» podem ajudar a perceber se o declaratório vendedor conhecia ou não devia ignorar a essencialidade de certos elementos.

As «declarações e garantias» podem ainda ser úteis para a eventual invocação do regime da *venda de coisas defeituosas*. Na compra e venda de participações pode ser difícil invocar esse regime. A compra de participações de controlo continua a conferir esse controlo ainda que certos elementos do ativo sofram de vícios. Mas a verdade é que o art. 913.º CCiv. é também aplicável quando a coisa vendida não tiver as qualidades *asseguradas* pelo vendedor¹⁷.

tidades en la transmisión de empresas», in José María BENEYTO PÉREZ/Rita LARGO GIL (dir.), *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Bosch, Barcelona, 2010, 139.

¹⁵ Igualmente atentos a este aspeto, António TELES/João Carmona DIAS, «Garantia na alienação de empresas», 96.

¹⁶ Tendo, naturalmente, também em conta as normas imperativas. Salientando isso mesmo, António TELES/João Carmona DIAS, «Garantia na alienação de empresas», 95.

¹⁷ Chamando igualmente a atenção para este aspeto, António TELES/João Carmona DIAS, «Garantia na alienação de empresas», 95.

As «declarações e garantias» são também importantes porque, eventualmente, os elementos do ativo que foram tidos em conta naquelas podem não ter sido determinantes para o *cálculo do preço*.

Depois da compra e venda, pode o comprador concluir que o elemento do ativo em causa valia menos porque havia um *problema ambiental não detetado antes da compra*. Mas essa menor valia, tendo em conta o método que foi usado para calcular o preço, pode não conduzir a uma redução do preço. Daí que possa ser necessário incluir no contrato uma cláusula que estabeleça como deve ser indemnizado o comprador no caso de se verificar que o elemento do ativo tinha valor inferior ao representado e garantido no contrato.

Por vezes, encontramos realmente cláusulas de indemnização para o caso de se verificar que as «declarações ou garantias» não correspondem à verdade. E, muitas vezes, também surgem nos contratos cláusulas de *revisão do preço*¹⁸. Aliás, não está excluído que o processo de *due diligence* (ambiental ou outra) tenha lugar após a venda, justamente no âmbito dessa revisão de preço¹⁹.

As «declarações e garantias» substituem um processo de *due diligence*? Não nos parece. Enquanto a *due diligence* na compra e venda de participações anterior à celebração do contrato ocorre em momento de abertura²⁰, já as *representations and warranties* ganham importância depois de celebrado o contrato. Nessa altura, o vendedor não estará tão disponível para ouvir as reclamações do comprador (sobretudo se o vendedor já recebeu o preço). Além disso, a prova posterior do que acontecia à data do contrato pode ser difícil. E não podemos esquecer a possibilidade de o vendedor ficar insolvente.

¹⁸ Sobre estas, v. Alexandre de Soveral MARTINS, «Transmissão de participações de controlo e cláusulas de revisão de preço», AAVV., *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2010, 41-52.

¹⁹ Chamando a atenção para isso mesmo, Ángel PENDÁS AGUIRRE, «*Due diligence*», 161.

²⁰ Salientando o espírito de cooperação frequente antes da celebração do contrato que já não existe em momento posterior, Rosana Hallett CHARRO, «*Due diligence*», in José Maria ÁLVAREZ ARJONA/Ángel CARRASCO PEREIRA (dir.), *Adquisiciones de empresas*, 3.ª ed., Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, 197.

Por tudo isso, a realização de um processo de *due diligence* deve ser ponderada no âmbito da compra e venda de participações. Além disso, a própria *due diligence* permitirá depois redigir as «declarações e garantias» com maior aproximação à realidade²¹.

V. ALGUNS INTERESSES EM PRESENÇA

Os interesses em presença num processo de *due diligence* são variados. Do lado do *comprador*, podemos dizer que a *due diligence* lhe interessa, acima de tudo, para saber o que está a comprar e assim poder calcular o preço a pagar. Já surgiu inclusivamente defendido que o comprador tem um ónus de realizar a *due diligence*²².

Mas também o vendedor pode querer que a *due diligence* se realize para depois poder eventualmente provar a *culpa do comprador* (o erro com culpa), a existência de *abuso de direito* por parte do comprador, para *afastar a sua responsabilidade pré-contratual*²³ ou o seu *dolo* ou para exigir a *prestação de garantias* ao comprador. Para além disso, pode dizer-se que, se o comprador não conduziu o processo de *due diligence* em certa direção, provavelmente foi porque não considerou que as informações daí resultantes fossem importantes²⁴.

A *due diligence* pode levar a que se pense em *condições suspensivas* ou *resolutivas* a colocar no contrato, *garantias* a prestar pelo vendedor, pagamentos *faseados*, contas *escrow* onde será depositada uma parte do preço, etc.. É possível imaginar toda uma série de cautelas de que o comprador queira rodear a sua posição negocial.

²¹ Cfr., em termos próximos, Fábio Castro RUSSO, «*Due diligence* e responsabilidade», 13-26, p. 17.

²² Lembrando isso mesmo, José A. Engrácia ANTUNES, «A empresa como objecto de negócios», p. 754 e s.

²³ Fábio Castro RUSSO, «*Due diligence* e responsabilidade», 13-26, p. 23.

²⁴ Fábio Castro RUSSO, «*Due diligence* e responsabilidade», 13-26, p. 21; a p. 18, lembra ainda que o vendedor pode querer realizar um «deilão» das participações e tentar conseguir um preço mais elevado pela revelação do que resultou da *due diligence*. Para uma lista de vantagens que o vendedor pode retirar de uma auditoria *legal*, Nuno Moura ROLDÃO/Ana Guedes TEIXEIRA, «O processo de auditoria *legab*», 115.

VI. MOMENTOS DO PROCESSO DE DUE DILIGENCE AMBIENTAL

O processo de *due diligence* compreende uma *atividade* e, normalmente, pelo menos um *relatório*. Mas tudo isso implica, em regra, custos elevados. Deve ser tornado bem claro, desde o primeiro momento, quem os suportará.

No início do processo é muitas vezes elaborado um documento sobre os termos em que decorrerá a *due diligence*. O comprador terá que dizer logo aí o que quer, sendo frequente a apresentação de uma *check list*. Pode inclusivamente surgir um verdadeiro *questionário preliminar* e que pode já estender-se a questões de natureza ambiental. Será muitas vezes incluída uma declaração em que se considera estar pressuposto que a informação prestada será verdadeira. Não é raro também que surja bem definido o *período* que deve ser tido em consideração.

Como é geralmente importante tentar evitar que os pedidos *adicionais* de informações possam chegar a todo o momento ao alienante, são estabelecidos *canais* para a solicitação das mesmas e os *momentos* em que os pedidos devem ser apresentados. Por sua vez, o adquirente terá muitas vezes interesse em pedir que a informação seja fornecida de determinada forma para facilitar o controlo do que lhe chega.

A recolha de (parte da) informação (sobretudo documental) pode ser feita numa sala, designada *data room*, que pode até ser virtual²⁵. A elaboração de um *regulamento* de *data room* pode evitar dúvidas e problemas. Esse regulamento conterà, entre outras coisas, regras sobre o acesso a documentos e informações (onde, quando, como, quem, etc.), a realização de cópias e telefonemas, o acesso à internet, a língua a utilizar (designadamente na prestação de informações), a forma de solicitar mais informações e os termos do acesso a bases de dados. O regulamento poderá impor obrigações de confidencialidade, mais ou menos abrangentes. O processo de *due diligence* ambiental obriga a recorrer a especialistas

²⁵ Mas é fácil de compreender que numa auditoria ambiental muita informação só pode ser obtida «fora do gabinete».

em áreas muito diversas. Para além, obviamente, de juristas que dominem o direito do ambiente, lembramos, a título de exemplo, engenheiros do ambiente, químicos, geólogos, biólogos, etc.. A participação de um número elevado de pessoas torna particularmente difícil manter o segredo.

A celebração de um *acordo de confidencialidade* pode ser conveniente. Esse acordo especificará, designadamente, a operação em causa, a informação abrangida, as pessoas obrigadas, o período de tempo em causa, os sujeitos a quem a informação pode ou não ser prestadas e a utilização que pode ser dada à informação obtida. O acordo de confidencialidade pode conter *cláusulas penais* aplicáveis no caso de incumprimento do acordo, não sendo raro que consagre a obrigação de devolver ou destruir documentos recebidos (incluindo os eventuais suportes informáticos). Em matéria ambiental, podem ser identificadas muitas informações que não interessará ver conhecidas por outras pessoas para além do potencial adquirente.

A prestação de informações pela sociedade alvo no âmbito de um processo de *due diligence* exige que se tenha em atenção a eventual existência de obrigações de confidencialidade que vinculem a sociedade *perante terceiros*. Muitas vezes, essas obrigações podem ser respeitadas tapando informações nos documentos fornecidos²⁶. Se a sociedade tem bases de dados a que o adquirente queira ter acesso, deve ser tido em conta o respetivo regime jurídico.

Muitos elementos com importância no âmbito de uma *due diligence* ambiental podem ser obtidos através de *registos públicos* para confronto posterior com a informação obtida do vendedor. Destacamos as informações que podem ser recolhidas no Registo Predial ou na Câmara Municipal (v.g., sobre questões urbanísticas – planos –, etc.).

Existem *Regras ISO* para auditorias ambientais: destacamos as Regras 19011, 14010 e 14011. No que diz respeito à qualificação dos auditores, há que contar com as Regras ISO 14012. Além disso, há também Regras ISO para Avaliação da Performance Ambiental (EPE ou *Environmental Performance Evaluation*) identificadas como ISO 14031.

²⁶ Rosana Hallett CHARRO, «*Due diligence*», 209, recorda isso mesmo.

Igualmente importante é o chamado LCA ou *Life Cycle Assessment*, que consiste numa «technique for assessing the environmental aspects and potential impacts associated with product and service systems». Para o LCA existem as regras ISO 14040, 14041, 14042 e 14043.

Ao longo do processo de *due diligence* ambiental será frequente a realização de reuniões entre os vários especialistas que compõem a equipa. Antes da elaboração do *relatório final* é possível encontrar por vezes *relatórios preliminares*. O relatório final poderá fazer referência aos documentos analisados, distinguindo os que foram fornecidos pelo vendedor e os que foram obtidos pelo comprador. No final do processo costuma ser organizada uma lista dos documentos a que o comprador teve acesso, que será assinada por ambas as partes. Muitas vezes os próprios documentos fornecidos pelo vendedor contêm cláusulas de desresponsabilização («informação não foi verificada», «não se garante que seja exata ou completa», «não implica assumir de responsabilidade pela informação», etc.²⁷). O relatório final conterà conclusões e é possível que surja acompanhado de uma desresponsabilização dos respetivos autores em relação a vários aspetos.

Os problemas descobertos, se não levam ao desinteresse do adquirente, podem atrasar o negócio (exigência de eliminação de problemas), podem levar a que negócio seja concluído com condição (de eliminar o problema), podem levar a certa negociação (preço, cláusula de revisão) ou à exigência de que sejam prestadas garantias.

Se a sociedade alvo é uma sociedade *diretora* ou *totalmente dominante* (nos termos do CSC), pode justificar-se estender o processo de *due diligence* às sociedades subordinadas ou totalmente dominadas. Sobretudo tendo em conta o regime de responsabilidade previsto no art. 501.º do CSC²⁸.

²⁷ Para um exemplo, Rosana Hallett CHARRO, «*Due diligence*», 202.

²⁸ Sobre esse regime, cfr., por todos e com outras referências bibliográficas, Coutinho de ABREU, «Artigo 501.º», in IDEM (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2014, 266 e s..

VII. ALGUMAS INFORMAÇÕES ESPECIALMENTE IMPORTANTES

Numa *due diligence* ambiental começa por ser de fulcral importância identificar o *ramo de atividade* da sociedade alvo e a legislação que lhe é aplicável. Daí se retirará quais são as licenças ou autorizações necessárias, devendo ser feito o controlo das que foram obtidas e conhecidos os seus conteúdos, a sua duração e os termos da sua renovação. Lembramos, a título de exemplo, a legislação sobre águas, o Regime das Emissões Industriais (DL 127/2013, de 30 de agosto), o Regime Jurídico de Avaliação do Impacto Ambiental, hoje constante do DL 151-B/2013, de 31.10, ou o Sistema de Indústria Responsável, aprovado pelo DL 169/2012 (e entretanto alterado pelo DL 73/2015, de 11 de maio)²⁹.

A atividade desenvolvida pela sociedade pode ter consequências quanto às matérias-primas utilizadas, aos processos de fabrico, às substâncias manuseadas, ao ruído produzido, aos resíduos que dela resultam (sólidos, águas residuais, etc.), bem como às poeiras ou outras emissões, às vibrações e até ao efeito visual. Tudo isso deve ser investigado. Conhecer os combustíveis de que se faz uso será igualmente relevante, assim como a obtenção de dados sobre a eficiência energética.

No que diz respeito aos materiais que possam causar danos ambientais, interessará saber como chegam às instalações e nelas entram, como são guardados, movimentados e utilizados. Será igualmente necessário saber como saem ou como são reciclados. Para além de se procurar saber como tudo isso *foi* feito, também se deve comparar com a forma como *devia ter sido* feito. Por vezes, a auditoria estende-se aos fornecedores, aos empreiteiros e subempreiteiros, às entidades que lidam com os resíduos e até às embalagens.

Pode igualmente justificar-se indagar qual foi a *manutenção* efetuada (em máquinas, em depósitos, em imóveis, etc.), qual é

²⁹ Foi também publicado recentemente o DL 75/29015, de 11 de maio, que aprova o Regime de Licenciamento Único de Ambiente. Na página web da Agência Portuguesa do Ambiente podem ser encontradas mais informações.

a que está em desenvolvimento e qual é que está programada, comparando com a que deve ser realizada.

Muitas vezes é adequado dirigir a auditoria ambiental quanto ao próprio *imóvel* em que está instalada a empresa. Pense-se, por exemplo, na utilidade da verificação da presença de amianto, de rádon, de chumbo ou outras substâncias igualmente prejudiciais. Logo por aqui se vê também a importância de desenvolver o processo de *due diligence* ambiental em comunicação com a equipa que esteja a levar a cabo esse processo quanto a questões de segurança, saúde e higiene no trabalho³⁰.

No que diz respeito aos imóveis da sociedade visada, a sua localização deve ser estudada. Os riscos para o próprio espaço circundante devem ser identificados, assim como os riscos que dele resultem para o imóvel em causa e para aquilo que nele se encontre.

A identificação dos proprietários de imóveis situados nas proximidades poderá ser útil antecipando a concretização dos riscos ambientais. O enquadramento legal do imóvel deve ser aqui lembrado, sendo de aproveitar o que tenha sido já recolhido a esse propósito no âmbito da própria *due diligence*. Importa saber, por exemplo, quais são os planos para a zona em que o prédio se integra, se está situado em zona urbana ou urbanizável e qual a utilização permitida. Interessará ainda verificar se há nas proximidades áreas em Reserva Agrícola ou Ecológica, áreas protegidas, áreas em Rede Natura (Zonas de Proteção Especial/Zonas Especiais de Conservação), sítios Ramsar (Convenção sobre Zonas Húmidas), Reservas da Biosfera ou semelhantes.

Atendendo ao enquadramento físico do imóvel, deve ser referido o impacto nos recursos naturais e em espécies ameaçadas que ali possam existir ou efetivamente existam: por exemplo, os quirópteros, os lince, as águias, etc.. E pode ser necessário

³⁰ Lembrando isso mesmo, Rosana Hallett CHARRO, «*Due diligence*», 249. A auditoria ambiental pode também obrigar a constantes trocas de informações com a equipa que desenvolve a auditoria legal: pense-se em questões relacionadas com os imóveis (licenças/autorizações de utilização, p. ex.), nos contratos celebrados com fornecedores de substâncias perigosas ou com as empresas que tratam da manutenção dos depósitos em que essas substâncias são guardadas, nos contratos de seguro ou no contencioso envolvendo problemas ambientais.

realizar estudos geológicos e geofísicos no caso de haver depósitos de materiais no imóvel.

O processo de *due diligence* ambiental deve ser orientado também para o conhecimento dos controlos realizados, previstos e/ou programados, bem como para os resultados dos mesmos. Interessa conhecer as verificações efetuadas, as práticas seguidas, as contaminações detetadas. Justificar-se-á ainda saber quais foram as medidas de *compliance* ambiental adotadas e em vigor.

O que aconteceu antes em termos ambientais pode ter originado ações e procedimentos contra a sociedade alvo. O processo de *due diligence* deve permitir saber quais estão em curso ou que são eventuais ou prováveis. Mas também será relevante conhecer as anteriores sanções aplicadas. Inclusivamente de carácter criminal.

Se houve anteriores processos de *due diligence* em matéria ambiental, o adquirente terá normalmente interesse em conhecê-los. Por aí ficará em condições de aceder não apenas à situação atual em termos ambientais, mas também à história. E, para isso, justifica-se procurar saber se a sociedade tem um sistema de gestão ambiental ou se foi feita alguma Avaliação da Performance Ambiental (*Environmental Performance Evaluation* ou EPE). E se existe um sistema de gestão ambiental, até pode ser efetuada uma auditoria a esse mesmo sistema. E, aqui chegado, não podemos deixar de chamar a atenção para o Regulamento (CE) n.º 1221/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2009 relativo à participação voluntária de organizações num sistema comunitário de eco gestão e auditoria (EMAS), e que estabelece regras para a avaliação de sistemas de gestão ambiental.

Os problemas detetados no processo de *due diligence* devem ser relatados e descrita a forma de os eliminar. Existindo riscos, devem ser acompanhados da referência ao modo de evitar que se traduzam em danos efetivos para o ambiente. Em geral, a *due diligence* em matéria ambiental deve permitir saber como prevenir, minimizar, corrigir e melhorar. Para acautelar o futuro, será prudente conhecer as apólices de seguros relacionados com as questões ambientais.

5.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL NO SISTEMA JURÍDICO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Suzana Tavares da Silva
Professora de Direito Público
Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

Sumário: *I. O ambiente nos instrumentos normativos do direito do investimento estrangeiro. II. A necessidade de um ‘balanceamento’ (ponderação) entre a regulação ambiental e as medidas de expropriação ambiental. III. Linhas de orientação para o bom funcionamento da economia global segundo os melhores standards ambientais. 3.1. A consagração de uma solução intermédia ao nível do quantum da indemnização. IV. O ‘risco político-ambiental’ dos investidores a partir de uma análise jurisprudencial. V. Novas soluções em jeito de conclusão. 5.1. Aprovação de standards internacionais verdes no domínio da regulação do investimento. 5.2. Generalização dos instrumentos de compensação ambiental. 5.3. Esquemas de rendibilização da biodiversidade e dos recursos naturais. 5.4. Constituição de reservas privadas comerciais.*

I. O AMBIENTE NOS INSTRUMENTOS NOR- MATIVOS DO DIREITO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Uma das primeiras conclusões a que podemos chegar no estudo dos Tratados Internacionais de Protecção do Investimento é que eles, em regra, não são “tratados verdes”, ou seja, não incluem cláusulas sobre a protecção ambiental, que possam ser

invocadas pelos Estados a título de ‘pedido reconvenicional’. Esta conclusão é válida tanto para *tratados multilaterais*, como o Tratado da Carta da Energia (TCE), o ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) o EU-Canada CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) e o General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)¹; como para a maior parte dos tratados bilaterais de protecção do investimento, em regra denominados pela sigla BIT – *Bilateral Investment Treaty*.

Entre 1995 e 1998, por ocasião da discussão do malogrado *Multilateral Agreement on Investment* – OECD (MAI-OCDE), *i. e.*, uma tentativa de aprovação de um tratado multilateral global de protecção do investimento, o ambiente (a par do trabalho) foi uma das questões mais controvertidas, tendo chegado a ser introduzida uma cláusula com esse conteúdo na versão final do texto, em decorrência da proposta formulada em 1997, de articulação deste tratado com os tratados multilaterais de protecção do ambiente².

¹ O *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), de 1947, é essencialmente um Acordo que visa regular a liberalização do comércio internacional (e que por essa razão está na génese da Organização Mundial do Comércio - OMC) e não especialmente o investimento estrangeiro, pelo que a sua referência neste contexto apenas se justifica pela circunstância de algumas arbitragens do investimento se socorrerem, por vezes, do direito e da jurisprudência da OMC, algo que, contudo, não é pacífico – *v.* VERHOOSSEL, «The Use of Investor-State Arbitration under Bilateral Investment Treaties to Seek Relief for Breaches of WTO Law», *Journal of International Economic Law*, 6 (2003) 493 ss.; Jürgen KURTZ, «The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents», *The European Journal of International Law*, 20.3 (2009) 749-771.

² As formulações apresentadas foram quatro, maioritariamente incluindo a protecção laboral e ambiental. Apenas a quarta alternativa se referia apenas ao ambiente:

“1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing health, safety or environmental measures.

2. Accordingly, a Contracting Party shall accord to investors of another Contracting Party and their investments treatment no more favorable than it accords to its own investors and their investments by waving or otherwise derogating from, or offering to waive or otherwise derogate from health, safety environmental measures, with respect to the establishment, acquisition, expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or other disposition of investments.

3. In addition, a Contracting Party should not encourage investment by lowering its health, safety and environmental standards in general. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.”

No contexto internacional, o *North American Free Trade Agreement* – NAFTA é considerado o ‘*greenest trade agreement*’, em especial quando complementado pelo *North American Agreement on Environmental Cooperation*, de 1993, o que tem merecido, em diversas ocasiões, a invocação em fóruns internacionais deste quadro regulatório como um modelo a generalizar³.

Por último, uma nota complementar para destacar que os BIT’s de última geração também já contemplam usualmente cláusulas em matéria de ambiente, como sucede com o 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty⁴ e com o Norway 2007 Model BIT⁵.

³ Referimo-nos, em especial, ao artigo 1114 do NAFTA:

“Article 1114: Environmental Measures

1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.”

⁴ Referimo-nos, em particular, aos artigos 8 (3) (c) e 12:

Article 8: Performance Requirements

(..)

3. Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.

(..)

(c) Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), (f), and (h), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:

(i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Treaty;

(ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or

(iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

(...).

⁵ Cf.

A consagração de uma ‘cláusula ambiental’ nos instrumentos de protecção dos investidores é muito importante para evitar que os Estados se sintam tentados em certas circunstâncias a utilizar o ‘ambiente’ como instrumento de atractividade do investimento através da redução do nível ou *standard* de protecção exigido⁶, ou que se sintam receosos de adoptar um *standard* de protecção adequado, temendo que isso possa significar uma ‘fuga dos investidores’, algo que a doutrina norte-americana apelida como ‘*chilling effect*’⁷. Mas o controlo contrário também é essencial, ou seja, impedir que o ambiente possa ser utilizado pelos Estados com uma finalidade proteccionista, como se tem discutido em alguns painéis de resolução de litígios na OMC, a propósito da aplicação do artigo XX(b) do GATT^{8,9}, ou como justificação

Article [11] - Not Lowering Standards

1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures or core labour standards. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention of an investment of an investor.

2. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations under Article [Joint Committee].

Article [12] - Right to Regulate

Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety or environmental concerns.

⁶ Sobre o tema *n. Mary E. FOOTER*, «Bits and pieces: social and environmental protection in the regulation of foreign investment», *Michigan State Journal of International Law*, 18 (2009) 33-64. Sobre as vantagens da ‘cláusula laboral’ (que é equivalente em funcionamento à ‘cláusula ambiental’) nos acordos de comércio internacional *n. Vital MOREIRA*, *Trabalho Digno Para Todos - A “cláusula laboral” no comércio externo da União Europeia*, Coimbra Editora, 2014.

⁷ Sobre este tema *n. Kyla TIENHAARA*, *The Expropriation of Environmental Governance: protecting foreign investors at the expense of public policy*, 2009, 25.

⁸ Cf.

“Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures:

(...)

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

(...)

⁹ Vejã-se, entre outras, as seguintes decisões: *i)* US – Canadian Tuna

para medidas de ‘*expropriação indirecta*’¹⁰ em arbitragens internacionais do investimento, onde a regulação ambiental é muitas vezes invocada como um interesse público prevalecente. Um argumento que maioritariamente não é atendido como fundamento suficiente para neutralizar a obrigação de indemnização¹¹, embora sejam de esperar novos desenvolvimentos nesta matéria, uma vez que começa a ganhar dimensão a submissão dos litígios à arbitragem internacional no âmbito da violação do Tratado da Carta da Energia, onde este *standard* tem um tratamento especial no artigo 19.^{o12}.

(22 February 1982, BISD 29S/91); *ii*) Canada – Salmon and Herring (22 March 1988, BISD 35S/98); *iii*) Thailand – Cigarettes (7 November 1990, BISD 37S/200); *iv*) US – Tuna (Mexico) (3 September 1991, DS 21/R; *v*) US – Tuna (EEC) (16 June 1994, DS29/R); *vi*) US – Automobiles (11 October 1994, DS31/R); *vii*) US – Gasoline (20 May 1996, WT/DS2/R e WT/DS2/AB/R); *viii*) US – Shrimp (6 November 1998, WT/DS58); *ix*) EC – Asbestos (5 April 2001, WT/DS135).

¹⁰ A *expropriação indirecta* caracteriza-se por não atingir o título de propriedade do investimento, embora as medidas adoptadas pelo Estado privem o referido titular, de forma significativa, do poder de explorar o investimento – DOLZER / SCHEUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, 92.

¹¹ No caso *Santa Elena v. Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1, 17.02.2000), § 72, pode ler-se o seguinte: “Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains”.

¹² Cf. Article 19 - Environmental Aspects

(1) In pursuit of sustainable development and taking into account its obligations under those international agreements concerning the environment to which it is party, each Contracting Party shall strive to minimize in an economically efficient manner harmful Environmental Impacts occurring either within or outside its Area from all operations within the Energy Cycle in its Area, taking proper account of safety. In doing so each Contracting Party shall act in a Cost-Effective manner. In its policies and actions each Contracting Party shall strive to take precautionary measures to prevent or minimize environmental degradation. The Contracting Parties agree that the polluter in the Areas of Contracting Parties, should, in principle, bear the cost of pollution, including transboundary pollution, with due regard to the public interest and without distorting Investment in the Energy Cycle or international trade. Contracting Parties shall accordingly:

(a) take account of environmental considerations throughout the formulation and implementation of their energy policies;

(...)

II. A NECESSIDADE DE UM ‘BALANCEAMENTO’ (PONDERAÇÃO) ENTRE A REGULAÇÃO AMBIENTAL E AS MEDIDAS DE EXPROPRIAÇÃO AMBIENTAL

Uma das questões sublinhadas em todos os manuais do direito do investimento, e sobretudo do direito do investimento estrangeiro, é o facto de os investidores não ‘temerem’ os ambientes regulatórios onde existem *standards* elevados em matéria de protecção ambiental, mas sim ambientes regulatórios instáveis, *i. e.*, onde a probabilidade de modificação do quadro regulatório ambiental durante o período de amortização do investimento é muito elevada¹³.

Com efeito, perante um *standard* de protecção ambiental elevado *no momento do investimento*, o investidor tem a possibilidade de: *i*) investir ou não investir; *ii*) mudar o investimento para um lugar onde o *standard* de protecção seja mais baixo; ou ainda *iii*) acomodar os custos da internalização das *externalidades* no seu *project finance*.

Todavia, quando a actualização do *standard* de protecção ambiental tem lugar *após a realização do investimento* e durante o respectivo período de amortização, o investidor tem de lidar com: *i*) o efeito surpresa das medidas; *ii*) as dificuldades (ou até mesmo a impossibilidade, por razões de mercado) na internalização dos novos custos; *iii*) eventuais vantagens relativas para os investidores nacionais, cuja tecnologia esteja mais adaptada às novas exigências; e intimamente relacionado com esta possibilidade, *iv*) o risco de protecção.

Aliás, o ‘risco de protecção’ a pretexto da protecção do ambiente (*‘green protectionism’*) era uma realidade muito comum, como se infere das primeiras decisões em que os tribunais arbitrais se viram confrontados com a adopção de medidas nacionais que afectavam, de forma relevante, os investimentos realizados. Assim sucedeu no caso *Ethyl Corporation v. Government of Canada*,

¹³ Para um panorama geral dos diferendos em matéria de ambiente e investimento *v. Jorge VIÑUALES, Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012.

julgado ao abrigo do NAFTA, segundo as regras UNCITRAL¹⁴, em que se discutia a adopção da *Canada's Manganese-based Fuel Additives Act*, diploma que proibia a utilização desta substância na gasolina sem-chumbo, e que, como tal, inviabilizava a actividade da Ethyl, que era a importadora e comercializadora do produto no Canada. O tribunal, na sua avaliação, concluiu que a referida legislação, adoptada como medida ambiental, não tinha um genuíno propósito ambiental, mas sim uma finalidade proteccionista em relação a empresas nacionais que fabricavam outro tipo de aditivos para a gasolina. E também no caso *Metalclad v. Mexico*¹⁵, julgado ao abrigo do NAFTA, pelo ICSID, onde se concluiu que a adopção pelo Estado Mexicano de um 'Decreto Ecológico' para 'justificar' a não atribuição da licença de construção a um aterro sanitário, que informalmente havia sido autorizado pelas entidades Mexicanas, consubstanciava uma medida equivalente a uma expropriação e que como tal havia lugar a uma indemnização do investidor.

Neste contexto, a nota fundamental a reter é a de que importa promover uma ponderação entre os valores ambientais a proteger através da adopção de novas medidas e a protecção dos investimentos já realizados, de modo a encontrar soluções que reduzam o impacto económico-financeiro da nova legislação, sem comprometer a prossecução dos objectivos ambientais.

É de resto a esta linha orientadora que podemos reconduzir as orientações da OCDE em matéria de crescimento verde e de 'esverdeamento da economia'¹⁶, onde se encontra bem patente a preocupação em construir soluções de concordância prática entre a efectividade dos novos acordos e tratados internacionais em matéria de ambiente e clima e a protecção dos investimentos já realizados, para que o crescimento verde seja um caminho para o desenvolvimento, ou seja, uma área de interesse económico, e não uma medida de retrocesso económico-financeiro. Para o efeito, aquela organização propõe, em especial, que

¹⁴ Cf. 20 de Junho de 1998.

¹⁵ Cf. CASE No. ARB(AF)/97/1, de 30 de Agosto de 2000.

¹⁶ Cf. OECD, *Harnessing Freedom of Investment for Green Growth*, Abril 2011 (disponível em <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/47721398.pdf>>).

“governments should review their new proposed environmental measures for compliance with investment law obligations, such as those regarding non-discrimination”.

III. LINHAS DE ORIENTAÇÃO PARA O BOM FUNCIONAMENTO DA ECONOMIA GLOBAL SEGUNDO OS MELHORES *STANDARDS* AMBIENTAIS

Uma solução possível, no quadro da ‘compatibilização’ entre a protecção dos investidores e a adopção de novos *standards* de protecção ambiental poderia passar pela inclusão nos contratos de investimento de cláusulas de estabilização, ou seja, de cláusulas que garantissem a intangibilidade dos investimentos pela nova legislação ambiental.

Todavia, é nosso entendimento, assim como da maior parte da doutrina, que este tipo de soluções (*freezing clauses*) é hoje puramente anacrónico e pernicioso¹⁷.

Em primeiro lugar, cumpre questionar se uma tal cláusula seria válida atendendo ao ‘*status constitucional*’ que actualmente se reconhece à protecção ambiental. Um *status* que não decorre apenas da ‘constitucionalização’ formal do Estado Ambiental, mas antes e essencialmente da ‘elevação’ do ambiente a ‘interesse comum da Humanidade’ no âmbito do complexo normativo (dos tratados internacionais e normação regional, em especial nos blocos Norte-americano, da Commonwealth e na União Europeia), institucional (ONU, OCDE, ONG’s) e jurisdicional (TIJ, TEDH e TJUE) que caracteriza a regulação do ambiente no direito global¹⁸.

Em segundo lugar, ainda que uma tal cláusula se pudesse ‘legitimar’ sob os auspícios da formulação clássica do princípio

¹⁷ Estas cláusulas são especialmente comuns no sector da exploração petrolífera e também aí a sua formulação tem conhecido desenvolvimentos – *v.* Talal A.Q. AL-EMADI, «Stabilization clauses in international joint venture agreements», *International Energy Law Review*, 3 (2010) 54-63.

¹⁸ Sobre a crescente tendência de caracterizar o Direito ao ambiente como um Direito humano no contexto global do Direito do Clima, *v.* Alan BOYLE, «Human rights and the environment: where next?», *European Journal of International Law*, 23/3 (2012) 613-642.

da protecção da confiança, a verdade é que dificilmente se compatibilizaria com princípios jurídicos igualmente fundamentais na estruturação de um ordenamento jurídico justo, como o princípio da proporcionalidade, da igualdade perante os encargos públicos (que acentua as dimensões da função social da propriedade) ou até da justiça intergeracional, na perspectiva da sustentabilidade¹⁹.

Para além disso, a busca de uma solução que neutralize os efeitos da nova legislação sobre os investimentos já existentes visa sobretudo evitar os litígios sobre o alcance e o sentido atribuível a essa intervenção do legislador. Com efeito, se não existir uma *cláusula de intangibilidade* do investimento pela lei nova, emerge quase sempre um litígio para diferenciar os casos em que a nova regulação ambiental tem natureza geral ou ‘intuito expropriativo’.

E nesta visão dicotómica da questão, os critérios adoptados pela jurisprudência norte-americana e internacional não permitem construir uma dogmática esclarecedora da diferença entre as situações de *exercício normal da actividade de regulação* (*‘normal regulation’*) e as *medidas de expropriação ambiental* (*‘environmental taking’*)²⁰. Os autores falam até de uma *‘ad-hocery’*, para caracterizar a ausência de um parâmetro jurisprudencial claro da arbitragem nesta diferenciação²¹.

Contudo, parece-nos possível individualizar os factores de ponderação que têm sido trabalhados nas decisões que buscam gizar aquela diferença: *i*) a intensidade da medida na afectação da propriedade do investidor; *ii*) a intensidade com que a medida afecta as expectativas do investidor; *iii*) a natureza jurídica da medida adoptada (acto, lei), que dá uma indicação orientadora sobre a intenção de regulação geral ou direccionada; *iv*) a prossecução de interesses legítimos por parte do Estado; *v*) a afectação da viabilidade económica do investimento; e *vi*) a produção de um efeito proteccionista relativamente aos investidores nacionais (*‘green protectionism’*).

¹⁹ Para uma nova perspectiva do carácter ‘constitucional’ do dever de protecção das gerações futuras *n.* Michael KLEIBER, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

²⁰ Sobre o tema *n.* «*‘Indirect Expropriation’ and the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law*», OECD Working Papers, 2004/4.

²¹ Sobre o tema *n.* Thomas WÄLDE & Abba KOLO, «*Environmental regulation, investment protection and “regulatory taking” in international law*», *International & Comparative Law Quarterly*, 50/4 (2001) 811-848.

A partir destes elementos, a jurisprudência tende a considerar que se trata de uma medida de regulação ambiental normal (*'normal regulation'*) sempre que resulte demonstrada: *i)* a proporcionalidade e a legitimidade da medida adoptada; *ii)* o carácter não discriminatório da medida; *iii)* a inexistência de violação de um contrato ou de expectativas legítimas dos investidores.

Caso a medida de revele *proporcional e legítima*, mas afecte direitos ou expectativas legítimas dos investidores, estes terão direito a uma 'compensação' - entende-se que neste caso as *externalidade positivas* hão-de ser suportadas pela comunidade em geral.

Trata-se de uma orientação jurisprudencial razoável que se tem vindo a consolidar nos sistemas de *common law*, com a qual concordamos em tese, embora se nos afigure possível trilhar um caminho mais consistente no contexto das soluções típicas dos sistemas de *civil law*.

3.1. A consagração de uma solução intermédia ao nível do quantum da indemnização

Assim, a solução mais razoável passa, a nosso ver, pela aposição nestes contratos da cláusula de imposição das melhores técnicas disponíveis, não obstante a possibilidade de compensação sempre que a adaptação aos novos *standards* se reconduza à imposição de um 'sacrifício especial e anormal' aos investidores. Esta solução, baseada essencialmente no princípio da igualdade perante os encargos públicos, permite, de resto, superar a tradicional dicotomia entre o exercício normal da actividade regulatória, que impõe ao investidor a obrigação de internalização dos custos acrescidos, e a 'expropriação de sacrifício', que lhe reconhece o direito a uma indemnização pela restrição do seu direito fundamental de natureza patrimonial à exploração do investimento.

Trata-se, em certa medida, de acomodar no sistema normativo português a doutrina das *'subordinated' environmental measures* proposta por Viñuales²², segundo a qual as 'vio-

²² Jorge VIÑUALES, «The Environmental Regulation of Foreign Investment Schemes under International Law» in Pierre-Marie DUPUY &

lações’ dos direitos dos investidores decorrentes da adopção de medidas de natureza ambiental, em especial aquelas que têm verdadeira finalidade ambiental, maioritariamente atestada pela transposição para a legislação interna de normas internacionais, deve ter consequências ao nível da determinação do *quantum* da ‘indenização’.

Uma solução que tem sido adoptada pela jurisprudência do TEDH em casos como o *Turgut and Others v. Turkey*²³, em que estava em causa a adopção pelo Governo Turco de uma medida de cancelamento do registo de propriedade de uns terrenos classificados como ‘floresta estadual’ e, como tal, insusceptíveis de apropriação privada à luz do direito turco, tal como viera a ser reconhecido em decisão judicial daquele país. O TEDH considerou que as razões que justificaram a apropriação pública daqueles bens eram de interesse público (protecção do património e da floresta) e que, nessa medida, havia fundamento para a medida, embora a mesma devesse ser acompanhada de uma compensação, que neste caso podia ser inferior ao valor da propriedade. O tribunal aponta para a compensação e não para a indenização, atendendo, especialmente, à função social da propriedade e à circunstância de a ‘vinculação situacional’ do bem lhe retirar valor (‘aptidão’) de mercado. A mesma orientação foi seguida no caso *Theodoraki v. Greece*²⁴, a propósito da compensação devida aos proprietários de dois hotéis na Grécia, afectados pelas medidas de protecção da tartaruga ‘caretta-caretta’, que levaram à classificação como área de domínio público de parcelas de terrenos integradas nos respectivos ‘resorts’.

Jorge VIÑUALES (Ed.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, 2013, 273 ss. (280).

²³ Application n.º 1411/03 (8.07.2008).

²⁴ Application n.º 9368/06 (2.12.2010).

IV. O ‘RISCO POLÍTICO-AMBIENTAL’ DOS INVESTIDORES A PARTIR DE UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Chegados a este ponto, torna-se já evidente que o ‘risco político-ambiental’ é muito elevado, seja para o investidor, a quem se exige ou pode exigir a assunção de uma parcela deste risco no contexto da função social da propriedade (neste caso reconduzida a uma sua subespécie: a responsabilidade social do investidor legalmente imposta) e dos princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional, seja para os contribuintes dos Estados-hospedeiros sobre quem, em última instância, recaem as ‘facturas verdes’ das indemnizações e compensações devidas pela ‘socialização’ dos custos decorrentes da elevação do *standard* de protecção ambiental (comunitarização das externalidades ambientais positivas). Conclusão que, em si, justifica a busca de novas soluções regulatórias para a gestão deste risco, às quais faremos uma referência, depois de caracterizar um pouco melhor o ‘ambiente judicial’ destes litígios.

Um dos *case studies* tradicionais nesta matéria é o *SPP v. Egypt*²⁵. Em 1974, a *Southern Pacific Properties* – SPP (sociedade comercial de Hong Kong) celebrou um contrato com o Estado Egípcio, mediante o qual foi constituída uma *joint venture* para a exploração do turismo na zona das pirâmides, tendo a SPP ficado com 60% do capital e o Estado Egípcio com os restantes 40%. Em 1978, a eleição de uma nova maioria parlamentar no Egipto determinou a cessação daquela parceria, quando já haviam sido investidos 5 milhões de dólares no projecto. Após uma decisão da International Chamber of Commerce (ICC), que foi anulada pela jurisdição francesa, teve início, em 1984, uma arbitragem no ICSID, na qual a SPP alegou a expropriação do investimento e reclamou o pagamento de uma indemnização no valor dos investimentos já realizados, acrescida de juros. Em 1992, a decisão arbitral conclui pela expropriação legítima e pelo dever de o Egipto pagar à SPP uma ‘*equitable compensation*’, que foi fixada em 27,6 milhões de dólares, contabilizando não só valor das despesas

²⁵ Case N.º ARB/84/3.

suportadas, acrescido de juros de 5% (aplicou a lei egípcia), mas também da ‘perda de chance’ comercial.

A lei aplicada nesta decisão do tribunal arbitral constituído no âmbito do ICSID foi a lei egípcia, *ex vi* artigo 42 (1) da Convenção ICSID, com algumas adaptações do direito internacional público. O tribunal considerou, à luz da referida legislação nacional, que neste caso o investidor teria direito a uma indemnização pela *expropriação do investimento* (incluindo o interesse contratual positivo, ou seja, o que a empresa receberia se o contrato tivesse sido cumprido) e não pela mera ruptura do contrato (interesse contratual negativo), o que significava que a indemnização teria de reflectir a perda efectiva do investidor²⁶.

É curioso notar, porém, que o tribunal rejeitou, na forma de cálculo da indemnização pelo interesse contratual positivo, a possibilidade de tomar em consideração os lucros cessantes, baseando-se em dois argumentos: *i*) primeiro, que o tempo de duração do contrato era muito exíguo e não permitia realizar um cálculo correcto; e *ii*) segundo, que a entrada em vigor em 1979 da Convenção da UNESCO tornaria inviável o projecto, pelo que eles não receberiam qualquer valor a partir dessa data, tendo por essa razão optado por somar ao valor dos danos emergentes (acrescidos de juros) o valor da ‘perda de chance’ comercial (ou seja, não se atendeu ao valor dos lucros cessantes, mas sim à compensação pelo sacrifício do direito à oportunidade de negócio perdida).

²⁶ Um dos temas há muito discutidos na ‘arbitragem do investimento’ prende-se exactamente com a forma de cálculo a adoptar para fixar o montante da indemnização/compensação. Identificam-se duas fórmulas: *i*) o valor histórico do investimento, fazendo um cálculo dos custos suportados pelo investidor, o que não inclui os lucros cessantes; ou *ii*) o valor de mercado do investimento e a sua capacidade de gerar lucros, onde se aceita como base a estimativa dos lucros cessantes, descontando uma percentagem a título de risco e despesas de capital evitados. Em regra, esta segunda fórmula apresenta uma natureza especulativa que é muitas vezes afastada pelos tribunais quando os investimentos ainda estão em fase inicial – v. Thomas WÄLDE & Borzu SABAHI, «Compensation, Damages and Valuation», *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, 1049 ss.

Outro acórdão relevante para o estudo deste tema é o caso *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*²⁷. A empresa norte-americana Bilcon constitui uma sucursal no Canadá (Nova Escócia) com o intuito de explorar uma pedreira em Digby Neck, uma zona protegida, classificada também pela UNESCO como reserva de biosfera. A construção daquela instalação teria de ser precedida de uma avaliação de impacto ambiental, regulada pela lei canadiana e pela lei da Nova Escócia, embora fosse admissível, segundo ambos diplomas, a emissão de uma AIA única ou conjunta. Enquanto esperava pelo resultado da AIA para o projecto de 152ha, a empresa solicitou uma licença para uma exploração de 3,9ha, aproveitando o facto de a lei só exigir a AIA para explorações que ocupassem mais de 4ha, limitando-se, nas explorações de dimensão inferior, a impor um plano de protecção na área piscícola. Mais tarde, a decisão da AIA foi negativa e a empresa decidiu demandar o Canadá e a Nova Escócia na Permanent Court of Arbitration por violação do Cap. XI do NAFTA.

Entre outros argumentos, a empresa alegou: *i*) violação da proibição de discriminação dos estrangeiros por existirem outros operadores canadianos na área, embora nunca tivesse demonstrado que essas explorações fossem superiores a 4ha; *ii*) violação do ‘*standard Fair and Equal Treatment - FET*’²⁸ por causa da imposição de medidas minimizadoras do impacto da actividade de extracção sobre a zona de protecção piscícola, o que não fazia sentido, uma vez que essas medidas estavam expressamente previstas na legislação; e *iii*) ‘violação do standard FET’ por obrigação de sujeição do projecto a AIA. Todos os argumentos invocados pela requerente foram desatendidos pelo tribunal.

Por último, importa ainda destacar o caso *Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada*²⁹, que na presente data ainda

²⁷ Permanent Court of Arbitration (PCA), Case No. 2009-04 (17.03.2015).

²⁸ A protecção do investidor ao abrigo do *standard FET* aproxima-se da protecção da confiança legítima segundo o direito nacional, na medida em que considera ilegítimas as medidas que afectem o investidor se as mesmas tiverem um carácter de surpresa, não forem transparentes, se revelarem desproporcionadas ou discriminatórias ou ainda não tiverem sido adoptadas com fundamento em interesse público relevante – *v. Roland KLÄGER, ‘Fair and Equitable Treatment’ in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011.

²⁹ ICSID Case N.º UNCT/15/2.

não foi decidido. A sociedade Lone Pine, com sede nos EUA, dedica-se à exploração e produção de petróleo e gás. Entre os diversos investimentos, constituiu uma sucursal no Quebec destinada à exploração de *shale-gas* na bacia de Utica, uma actividade que seria exercida também no contexto da sua relação com uma outra empresa Americana e com uma empresa do Quebec. Na sequência dos negócios estabelecidos entre as três empresas, havia sido solicitada uma licença de exploração na área de St Lawrence River, a qual foi concedida em 2009. Em 2010, no seguimento de diversas acções promovidas pelos ambientalistas, que levaram à promoção de consultas públicas sobre a matéria (instrumento de participação procedimental próximo da nossa lei de acção popular), o Governo do Quebec decidiu aprovar uma moratória para a exploração do *shale-gas* na zona que havia sido licenciada. De acordo com a empresa, esta medida consubstancia uma expropriação da licença, a qual, de resto, haveria de ser ‘confirmada’ em 2013, com a aprovação da lei que proíbe a exploração do *shale-gas* naquela província e revoga as licenças já concedidas, afirmando que não haverá lugar a qualquer indemnização.

A Lone Pine solicitou, em Novembro de 2012, uma arbitragem segundo as regras da UNCITRAL, invocando a violação dos artigos 1110 (expropriação) e 1105 (*minimum standard treatment*) do NAFTA. Este caso é especialmente interessante, na medida em que a Europa mantém também o tema da exploração do *shale-gas* sem uma regulamentação expressa, e os Estados-membros têm adoptado medidas muito diversas, uns autorizando e outros proibindo esta exploração.

A resolução deste tipo de litígios tem estado envolta na discussão sobre as vantagens associadas ao processo de ‘*esverdeamento da justiça*’, um movimento especialmente ligado à instituição de ‘*tribunais e órgãos jurisdicionais ambientais*’ (*Environmental Court or Tribunal – ECT*), que, segundo dados recentes, ascendem já a mais de 800 entidades em todo o mundo (320 só na China, incluindo uma Sala especializada no respectivo Tribunal Supremo)³⁰. A criação

³⁰ George PRING & Catherine PRING, «Twenty-first century environmental dispute resolution – is there a ‘ECT’ in your future?», *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 33/1 (2015) 10-33.

deste tipo de entidades judiciais ou jurisdicionais inclui-se no âmbito das reformas do ‘acesso à justiça ambiental’ (iniciadas pela Convenção do Rio e posteriormente aprofundadas na Convenção de Aarhus), onde se discutem também outros temas como: *i*) a legitimidade para accionar os meios judiciais ou judicializados; *ii*) a adequação dos meios processuais ao princípio da prevenção e do controlo ambiental integrado; *iii*) um valor justo em termos de custas judiciais; e *iv*) a subordinação dos litígios a juízos decisórios com formação adequada para ponderar devidamente os bens e interesses em causa sob os princípios do desenvolvimento sustentável e da justiça intergeracional.

O que registamos na prática, e que pretendemos ilustrar com a referência à jurisprudência anterior, é uma ausência de instrumentos e meios humanos e institucionais adequados a dar uma resposta eficiente e eficaz a estes problemas, que hoje são estruturais para o desenvolvimento económico segundo este novo paradigma verde.

Assim, a conclusão geral a que pretendemos chegar é a seguinte: na ausência de uma ‘justiça ambiental’ devidamente estruturada, as medidas de protecção ambiental podem representar custos muito significativos para os contribuintes dos “Estados Verdes” e por essa razão deve dar-se preferência a soluções contratuais, a medidas de compensação ambiental nos períodos de adaptação à nova legislação e ainda a modelos de mercado e a esquemas de perequação ambiental, capazes de assegurar um equilíbrio entre a protecção ambiental e a garantia dos investimentos.

V. NOVAS SOLUÇÕES EM JEITO DE CONCLUSÃO

São muitas e diversas as novas soluções gizadas no plano internacional como respostas mais ajustadas aos desafios da compatibilização da protecção ambiental segundo o nível de protecção mais elevado e a garantia dos investimentos, de entre elas destacamos as que nos parecem mais efectivas.

5.1. Aprovação de *standards* internacionais verdes no domínio da regulação do investimento

Um dos caminhos que pode facilitar a integração ambiente-investimento é a generalização das cláusulas ambientais nos instrumentos normativos de protecção dos investimentos, associada, também, a instrumentos de ‘soft law’, que orientem a resolução deste tipo de litígios.

Neste sentido, para além dos exemplos já referidos, podemos ainda destacar a proposta apresentada em 2006 pelo *International Institute for Sustainable Development (IISD)* de um *Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*³¹, bem como as orientações de 2010, apresentadas pelo *International Institute for Environment and Development*, no trabalho desenvolvido por Cotula sobre *Investment contracts for Fairer and More Sustainable Development: How to Make Contracts for Fairer and More Sustainable Natural Resource Investments*³².

5.2. Generalização dos instrumentos de compensação ambiental

Outra área importante na compatibilização destes dois temas é a dos *instrumentos de compensação ambiental*, seja de natureza contratual, seja de natureza voluntária, ambos baseados no princípio *no net loss*³³. O importante neste caso é compreender que a actividade a prosseguir ou a instalação a realizar são essenciais para o desenvolvimento socioeconómico e não existem alternativas válidas para a respectiva localização que cumpram os parâmetros ambientais exigidos pela lei, pelo que a solução de compromisso há-de residir em acções de promoção da biodiversidade perdida, no local, ou em outras zonas que as entidades responsáveis pela área venham a indicar.

³¹ Disponível em <https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook.pdf>.

³² Disponível em: <<http://pubs.iied.org/pdfs/17507IIED.pdf>>.

³³ Sobre o tema em geral v. Carla AMADO GOMES (Coord.), *Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade*, ICJP, Lisboa, 2014.

Integra-se nesta categoria o caso *QIT Madagascar Minerals*, que abrange diversos contratos de biodiversidade celebrados entre aquela empresa e o Estado, supervisionados por ONGs Internacionais, como a *Birdlife International*, tendo em vista garantir compensações ambientais pelos impactos gerados pela exploração mineira de diamantes.

Já em matéria de *medidas de compensação ambiental voluntárias*, veja-se: *i*) o plano da REN em matéria de protecção da cegonha branca nas redes de transporte de energia eléctrica, que inclui a instalação de dispositivos anti-colisão, estruturas de apoio à nidificação e ainda um programa de monitorização dos indivíduos; e *ii*) o protocolo celebrado em 2003, entre a EDP Distribuição-Energia SA, o ICNF, a Sociedade Portuguesa para o Estudo das Aves (SPEA) e a Quercus, que permitiu avaliar os impactes das linhas eléctricas de alta e média tensão sobre a avifauna em Portugal, através de estudos realizados entre 2003 e 2005. Os encargos financeiros decorrentes do desenvolvimento deste protocolo, que orçaram em cerca de 1.400.000 €, foram co-suportados pela EDP Distribuição e pelo programa INTERREG.

5.3. Esquemas de rendibilização da biodiversidade e dos recursos naturais

Outra possibilidade em sede de ‘novas soluções’ de compatibilização dos direitos dos investidores com a protecção ambiental é tentar ajustar instrumentos financeiros de ‘rendibilização da biodiversidade’ utilizados em países em desenvolvimento, como os *contratos de concessão de conservação* os *acordos de pagamentos por performances de conservação*, ou mesmo em países desenvolvidos, como os mercados de carbono, a formas de compensação ambiental transnacionais³⁴.

³⁴ Sobre os modelos de conservação da natureza utilizados em países em desenvolvimento *v.* Natasha AFFOLDER, «Beyond law and tools: foreign investment projects and the contractualisation of environmental protection», in Pierre-Marie DUPUY & Jorge VIÑALES (Ed.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, 2013, 355 ss. (369-377).

Os *contratos de concessão de conservação* constituem tipos de concessões de uso do solo cujo intuito é proteger habitats ou espécies em perigo em países onde a adopção de medidas legais restritivas não é possível em razão do baixo índice de desenvolvimento económico³⁵. Neste caso, o concessionário paga ao Estado e aos titulares de direitos (ex. direitos extractivos ou outros relativos à exploração do solo ou dos recursos naturais) pela não exploração dos mesmos, solução que para o Estado é muito vantajosa, quando comparada com a criação de um parque ou de uma reserva, na medida em que a concessão rende financeiramente e é temporária, ainda que possa ser renovada.

Esta modalidade de contratos foi introduzida em 2002 no Código Florestal do Perú e em 2006 foi celebrado o primeiro contrato, entre o Perú e a *Wildlife Conservation Society*, com a duração de 40 anos, cujo objectivo é assegurar o desenvolvimento sustentável de uma área da Amazónia e de algumas espécies de primatas que começavam a estar em vias de extinção (é o caso do uakari).

O plano traçado por aquela ONG não produziu ainda os resultados esperados, pois as primeiras acções centram-se na educação ambiental dos nativos (combater a caça ilegal e o abate de árvores) e na promoção de emprego local a partir dos fundos internacionais de conservação da natureza.

5.5. Constituição de reservas privadas comerciais

Por último, também as formas de ‘privatização’ do dever de conservação imposto a certas empresas que exercem actividades com maior impacte ambiental pode ser uma solução eficiente e eficaz na adequada ponderação entre a garantia dos investimentos e a protecção do ambiente. Nas *reservas privadas comerciais*, os Estados reconhecem o interesse público de certos projectos de protecção da biodiversidade e encarregam as empresas que exploram as actividades comerciais naquelas zonas de garantir a sustentabilidade dos mesmos.

³⁵ Cf. Katherine ELLISON, «‘Renting Biodiversity’: The Concessions Approach», *Conservation Magazine*, 4/4 (2003) 20-29.

Um dos exemplos mais comentados pela doutrina é imposição às empresas, pela lei Indonésia de protecção das florestas, da obrigação suportar financeiramente a missão do projecto Senepis de conservação do tigre-de-Sumatra. No essencial, este projecto impõe às empresas que exploram a produção de pasta de papel a obrigação de contribuir financeiramente para a preservação do habitat natural desta espécie protegida.

Todas estas soluções que buscam uma compatibilização entre, por um lado, a protecção dos investimentos e o desenvolvimento económico e, por outro, a protecção do ambiente e da biodiversidade, sobretudo quando se baseiam em instrumentos de mercado ou envolvem a participação de entidades de vocação empresarial, são muitas vezes criticadas pelos ambientalistas, que as apelidam como formas de *'greenwashing'*³⁶. Uma visão que não partilhamos, pois parece-nos que neste, como em outros domínios onde a harmonização e a concordância prática entre os interesses socioeconómicos e outros interesses públicos relevantes são essenciais, os mecanismos de mercado podem ter um importante papel em termos de ganhos de efectividade e no âmbito de uma análise custo-benefício.

³⁶ O *'greenwashing'* é um termo adoptado em 1986, pelo ambientalista Jay Westervelt, para qualificar estratégias de marketing que levam as pessoas a acreditar que uma empresa adopta medidas ou políticas ambientais – Eric LANE, «Greenwashing 2.0», *Columbia Journal of Environmental Law*, 38 (2013) 279 ss. (280). Este termo posteriormente generalizou-se no domínio da regulação da publicidade ambiental, impedindo estratégias de venda de produtos e serviços com o 'rótulo' de ambientais quando estes não cumpram certas características. Nos EUA, onde este tema assume especial relevância, é possível encontrar diversas decisões da Federal Communications Commission em que empresas foram demandadas e condenadas, no âmbito de *class actions*, por violação das regras de publicidade em matéria de ambiente. Uma prática que tem vindo a ser combatida, também, através do recurso a instrumentos de *guidance*, como as *'Green Guides'*, adoptadas pela Federal Trade Commission – Nick FEINSTEIN, «Learning from past mistakes: future regulation to prevent Greenwashing», *Environmentals Affairs*, 40 (2013) 229 ss.

6.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE: O DANO NÃO PATRIMONIAL TRANSINDIVIDUAL AMBIENTAL (O “DANO MORAL COLETIVO AMBIENTAL”)

Fernando de Paula Batista Mello

Doutorando em Direito Civil

Universidade de Coimbra

Instituto Jurídico

Sumário: *Parte I. Notas Introdutórias. 1. Da famigerada crise ambiental à premente necessidade de imposição do Estado de Direito Ambiental. 2. O Princípio da Responsabilização. Comentários sobre a responsabilidade civil em matéria ambiental. 3. Construção da Teoria: notas sobre o conceito de meio ambiente e o seu entrelaçamento com a perspectiva de um dano não patrimonial ambiental transindividual. Parte II. Do dano não patrimonial transindividual ambiental (o “dano moral coletivo ambiental”). 4. Do individual ao coletivo: o “dano moral” e o seu liame com o “dano moral coletivo” – premissas fundamentais à definição deste último. 5. A Teoria do Dano Não Patrimonial Transindividual Ambiental. 6. A (des)necessidade do “abalo” coletivo no “dano não patrimonial transindividual ambiental”. 7. O carácter preventivo-repressivo da condenação por danos não patrimoniais transindividuais ambientais. 8. Considerações Finais.*

“O meio (justo ou injusto) é uma realidade paradoxal: o seu centro está em todo o lado, a sua circunferência em parte alguma. Por outras palavras, se nos engloba totalmente, ele é também aquilo que passa no âmago de cada um de nós. Totalmente dependentes dele, somos também por ele totalmente responsáveis”.

François Ost, *A natureza à margem da lei*.

“Não somos verdadeiramente proprietários da Terra. Limitamo-nos a conservá-la para as gerações seguintes”.

Maria da Glória F. P. D. Garcia

PARTE I

NOTAS INTRODUTÓRIAS

1. Da famigerada crise ambiental à premente necessidade de imposição do Estado de Direito Ambiental

Não pecará por ausência de originalidade suscitar, em tempos hodiernos, por uma pluralidade de razões, o que comumente se denominou de “crise ambiental”¹. Trata-se, em apertada síntese, de uma úlcera social, provocada a partir dos atos do próprio Homem que, sob a inspiração de valores capitalistas, vê no desenvolvimento econômico desregrado o desenrolar de sua própria sobrevivência.

É cediço que, já há algum tempo, se faz notar na humanidade o “*despertar da era ecológica*”², a qual rompeu com a consciência

¹ Compreende a melhor doutrina (cfr. José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 25) que *crise ambiental* é um momento vivenciado pela sociedade humana, na qual se faz notar uma grave debilidade no funcionamento do ecossistema, o que enseja a insuficiência de recursos naturais e em constantes alterações climáticas planetárias, decorrentes de diversos comportamentos coletivos e individuais do homem contra a natureza.

² A tomada de consciência da “crise” ambiental é deflagrada, substancialmente, a partir da *Stockholm Environment Conference (Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment)*, em 1972, uma vez que, pela primeira vez, a nível mundial, se questionou a necessidade de se valorizar as temáticas ambientais – ainda que sem a mesma expressividade mundial, cumpre ressaltar o chamado “Clube de Roma” que, em 1968, preocupado com o futuro da humanidade diante das recorrentes lesões ambientais, impulsionou a Conferência de Estocolmo. Este relevante passo mundial fomentou o aparecimento de uma série de iniciativas voltadas a controlar o *desenvolvimento humano* de acordo com padrões de *sustentabilidade*, correlacionando o crescimento dos modos de produção e de consumo com a necessidade de se preservar o meio ambiente. Para Alexandre Kiss e Dinah Shelton, o período que compreende

de infinitude dos recursos naturais implantada como justificativa para um aproveitamento desenfreado da Revolução Industrial do século XIX e fez reconhecer a necessidade de se analisar o meio ambiente como um bem jurídico. Torna-se certo, também, que a incessante imposição por uma mudança do modelo de desenvolvimento econômico, tendo em conta a integração do bem ambiental como elemento de um novo sistema, tem-se demonstrado ineficaz ao tentar superar o modo de produção e consumo atual, reflexo da atividade industrial e da difusão de uma falsa noção de “bem-estar para todos”³, na medida em que a crise ambiental torna-se o epicentro justificador do esgotamento dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial experimentados⁴.

O ápice natural dessa crise, sintetizada pelo aparente divórcio entre as concepções de atividade econômica e de meio ambiente, é a degradação desta última e a diminuição da qualida-

os anos de 1968 e 1972, corresponde ao “despertar da consciência global”, que marcou o início de uma “verdadeira era ecológica”. Alexandre KISS; Dinah SHELTON. *Manual of European Environmental Law*. 2.^a ed. New York: University of Cambridge, 1997. 12. Como consequência deste despertar mundial, destacam-se o conhecido *Relatório Brundtland* “*Our common future*” (Cfr. *Relatório Brundtland: The World Commission on Environment and Development. Our common future*. New York: Oxford University, 1987), a *Declaração do Rio no Eco’ 92* (disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 22/05/2015) e a poética, mas não por isso desprestigiada, *Earth Charter* (disponível em: <<http://www.earthcharterinaction.org/content/pages/Read-the-Charter.html>>. Acesso em: 22/05/2015), a qual declama *princípios éticos* fundamentais para um desenvolvimento equilibrado/sustentável entre homem e natureza.

³ Concepção propugnada pela comunidade industrial, há mais de um século, com nítidos traços de valorização ao capital, vincula a noção de “qualidade de vida”, de “bem estar”, à necessidade de consumo em abundância de bens industriais e desperdício. Esta *civilização industrial*, presente no mundo pós-modernidade, tem em sua dialética estrutural um vívido e incessante conflito que, por vezes, se apresenta com um verdadeiro antagonismo entre *economia e ambiente*, o que a faz ser “geradora de efeitos ecológicamente depredadores, socialmente injustos e economicamente inviáveis e insuperáveis”. Fernando do Reis CONDESSO. *Direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2001. 72-73 Nas palavras de Rubens Morato e Patryck Araújo, “[o] Estado de bem estar marginalizou a questão social ambiental, pois, dirigido por políticas de pleno emprego e de maximização da utilização dos fatores da produção, ignorou e deixou de desenhar uma política ambiental com vistas à melhor qualidade de vida”. José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 26.

⁴ José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 26.

de de vida para o ser humano, em virtude de processos econômicos e tecnológicos que se vinculam a uma lógica de mercado⁵.

A Terra, diante de tal cenário, clama por novas mudanças, por significativas, imediatas e efetivas alterações dos modelos de desenvolvimento, bem como por novas políticas voltadas para a manutenção dos recursos a longo prazo; é dizer: a noção egoísta da sociedade atual, marcada por atos de degradação e desperdício dos recursos naturais, deve ceder lugar a uma concepção de cuidado e preservação do bem ambiental de forma longínqua e duradoura, tutelando, nesses termos, uma espécie de *direito das gerações futuras*.

Impõe-se, assim, a necessidade de que aos Estados internacionais sejam incorporadas normas que exerçam um papel delimitador do comportamento econômico e que incentivem a produção de técnicas para controlar os efeitos contaminantes, tendo como escopo a dissolução das externalidades sociais e ecológicas advindas da racionalização do capital⁶; mais do que isso, estas mudanças ecoam em pleno século XXI como vozes bradantes em favor da preservação da espécie humana, a qual dependerá, para a sua própria sobrevivência, do estabelecimento de sistemas *jurídicos e políticos* que amparem a complexidade do bem ambiental⁷.

Avulta, assim, a necessidade de consubstanciar, ao lado da velha noção de Estado de Direito⁸, a efetivação de um Estado

⁵ José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 27.

⁶ Enrique LEFF. *Ecología y capital*. México: Siglo XXI, 1994. 292-293.

⁷ A necessidade de se alcançar o equilíbrio entre os fatores de poder “ambiente” e “economia” são um traço marcante a ser alcançado pelo atual Direito Ambiental, na medida em que se nota uma alteração no papel a ser cumprido por este ramo do Direito. Inicialmente como um “*direito contra*” – extraído da natureza jurídica de suas normas de cariz limitador e protetivo contra os avanços predatórios dos desenvolvimentos econômicos (Cfr. Raphael ROMI, “Science et Droit de l’environnement: la quadrature du cercle, Actualité Juridique”. *Droit Administratif*, Paris 20 juí. 1991, 432-438) –, o Direito Ambiental dos novos tempos passa a ser entendido como um direito de *solidariedade e reconciliação* entre o ambiente e o desenvolvimento humano, como forma de, concomitantemente, proteger os recursos naturais e manter a capacidade produtiva da Terra. Jacqueline MORAND-DEVILLER. *Droit de l’environnement*. Paris: Estem, 1996. 3-4.

⁸ Ao se falar em um Estado de Direito Ambiental há uma pressuposição lógica de existência de um Estado de Direito, o qual, indubitavelmente, estará vinculado a ideais democráticos (a um Estado Democrático). J. J. Go-

de Direito Ambiental, de forma que o envoltório protetivo e duradouro de preservação ao ambiente se estabeleça como diretriz fundamental a ser observada. O Estado Ambiental é a forma estatal que se propõe instaurar um sistema institucional complexo de coordenação e avaliação do desenvolvimento humano, mediante uma nova fórmula económica, perante as exigências de uso racional e solidário do património natural⁹.

Edificar um Estado de Direito Ambiental não corresponde à simples adoção de técnicas de limitação aos direitos, às liberdades e às garantias dos cidadãos, pois estas abordagens *jurídico-ambientais*, oriundas de políticas anteriores e ineficazes¹⁰, coadunam-se com um *minimalismo ambiental*¹¹, do qual, com a implementação desta forma de Estado, se quer a superação¹². O Estado Ambiental propõe, a partir da superação do Estado de Direito Liberal e Estado Social¹³, um novo horizonte políti-

mes CANOTILHO; Vital MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. 62.

⁹ Cfr. Vicente Bellver CAPELLA. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994. 248; José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 32-33; Carlos André Sousa BIRNFELD. *A emergência de uma dimensão ecológica para a cidadania: alguns subsídios aos operadores jurídicos*. 1997. 212 e 258.

¹⁰ Cfr. Ramón MARTÍN MATEO. *Tratado de derecho ambiental*. v. 1. Madrid: Trivium, 1991. 34-49.

¹¹ J. J. Gomes CANOTILHO. “Juridicização da ecologia ou ecologização do Direito”. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, 4 (dez. 1995) 73. O *minimalismo ambiental*, em outras palavras, corresponde à colocação das questões ambientais perante um plano *socioeconómico* já existente, no qual, em nome de uma pretensa tutela do bem ambiental, se incorporam e estabelecem limites em estruturas jurídicas previamente moldadas sem a observação deste fim – *v.g.* ao se visualizar a interferência do *direito ambiental* no *direito de propriedade*, caracterizando o primeiro como limite ao exercício do segundo, compreende-se que a proteção do ambiente é meramente incidental, um efeito secundário da tutela jurídica concedida a um outro bem jurídico, qual seja, a propriedade. José Manuel PUREZA. “O estatuto do ambiente na encruzilhada de três rupturas”, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 102 (dez. 1997) 20 (disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/102.pdf>>. Acesso em: 12/06/15.

¹² José Rubens Morato LEITE; Matheus Almeida CAETANO. “As Facetas do Significado de Desenvolvimento Sustentável. Uma Análise Através do Estado de Direito Ambiental”. In Flávia PIOVESAN; Inês Virginia Prado SOARES, (coord.). *Direito ao Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

¹³ Conclui-se que o Estado Ambiente propõe uma verdadeira mudan-

co-constitucional¹⁴, na medida em que a ele serão incorporados novos conceitos e fins (direitos) que detêm como escopo a implementação de significativas mudanças no modelo de desenvolvimento econômico¹⁵.

A cisão com a anterior fundamentação economicista da cidadania liberal e social assenta numa superação da primazia es-

ça de paradigma de desenvolvimento sustentável, uma vez que é construído a partir de valores complexos como a solidariedade econômica e social o que, em síntese, lhe confere funções mais ampliadas do que aquelas atribuídas aos Estados Liberal e Social, considerando, sobretudo, a tutela do bem ambiental e a preservação da qualidade de vida. Comparativamente, percebe-se que as características principais do Estado Ambiental, em relação às formas de Estado que o precederam, são: i) as principais instituições no Estado Liberal e no Estado Social, respectivamente, o mercado e o Estado, ao passo que no Estado de Direito Ambiental a instituição principal será o ambiente; ii) o sujeito de direito no Estado Ambiental será todo ente humano, enquanto no Estado Liberal é o burguês ou o proprietário, e no Estado Social é o trabalhador; iii) a finalidade do Estado Liberal é centrada na liberdade e do Estado Social é na igualdade, ao passo que no Estado Ambiental se falará em solidariedade, centrada em valores que ultrapassam a esfera individualista inerente ao Estado Liberal. Vicente Bellver CAPELLA. *Ecología: de las razones a los derechos*. 248 (numa visão mais detalhada sobre a insuficiência da tutela do bem ambiental no liberalismo, bem como no contexto de Estado Social, ver: José Manuel PUREZA. “O estatuto do ambiente na encruzilhada de três rupturas”. 12-14).

¹⁴ Falar-se em um novo horizonte político-constitucional, em matéria de ambiente, é conferir a estas questões um eminente papel; é concebê-las como diretrizes principais a serem alcançadas pelo Estado. Trata-se de uma severa e profunda mudança de concepção e tratamento do bem ambiental que, em certos moldes, reedita o “prolongamento do paradigma da durabilidade/sustentabilidade no domínio da racionalidade econômica” (José Manuel PUREZA. “O estatuto do ambiente na encruzilhada de três rupturas”. 14). Esta marcante alteração de valores a serem primariamente tuteláveis pelo Estado, é identificada nas palavras de José Manuel Pureza, o qual entende que para “o Estado ambiental, ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, a separação das águas não se situa em mais ou menos intervenção pública na economia. O binômio regulação pública versus (des)incentivos à iniciativa privada, é agora uma falsa alternativa (...). O eixo ordenador do Estado ambiental é antes o primado da conservação do património natural, que impõe a subtração de certas actividades e recursos à lógica do mercado e face à qual a simultaneidade de instrumentos públicos e privados é necessária”. *Ibid.* 14.

¹⁵ “O Estado Ambiental é um quadro de mais sociedade, mais direitos e deveres individuais e mais direitos e deveres coletivos e menos Estado e menos mercantilização. Neste novo contexto, não é prioritário o doseamento entre público e privado, mas sim o reforço da autonomia (logo, dos direitos e das responsabilidades) individual e social frente à mercantilização e à burocratização”. José Manuel PUREZA, Catarina FRADE. *Direito do ambiente*. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1998. 8-9.

tatal, em que, competia, apenas e exclusivamente ao ente estatal, a tarefa de proteção ambiental. Nesta nova fase, na qual se entende o meio ambiente como um patrimônio natural de afetação comum, haja vista que sua manutenção deve ser entendida como condição para a sobrevivência das presentes e futuras gerações¹⁶, e se torna imperiosa a partilha de responsabilidades entre entidades públicas e a sociedade civil, por meio da dissolução de obrigações e assunção de deveres, por estes entes, em prol de uma máxima proteção dos valores ambientais¹⁷.

De fato, a *democratização ambiental*¹⁸ corresponde a um fenômeno inerente a esta forma de estruturação estatal, a qual, dentro de um processo comunicativo, dependerá do reconhecimento da indissolubilidade do Estado e da sociedade civil, na medida em

¹⁶ “Em linhas gerais, o Estado de Direito Ambiental, pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente”. José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 38.

¹⁷ Para J. J. Gomes Canotilho a edificação do Estado de Direito Ambiental é uma junção de três pressupostos essenciais: a *adoção de uma concepção integrada do meio ambiente*; a *institucionalização dos deveres fundamentais* e o *agir integrativo da administração*. Em síntese, tem-se com o primeiro aspecto a extensão da proteção ao meio ambiente aos sistemas e fatores que possam provocar efeitos, sejam eles diretos ou indiretos, mediatos ou imediatos, sobre o meio ambiente e a qualidade de vida. “A adoção de uma concepção integrada do meio ambiente favorece o desenvolvimento de um conceito de direito ambiental integrativo e, como consequência, promove substantivas modificações na forma como os instrumentos jurídicos são concebidos, definidos e implementados pelo Estado” (José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 39). Mudança não pouco notável, a *institucionalização dos deveres fundamentais*, impõe uma noção de *responsabilidade-conduta*, na medida em que a sociedade deve usufruir do meio ambiente abstendo-se, entretanto, de qualquer comportamento que possa destruí-lo. Trata-se da promoção de uma comunidade pautada na responsabilidade ecológica, na manutenção das condições naturais presentes para que estas possam ser, igualmente, desfrutadas por gerações futuras. A terceira acepção do Estado de Direito ao Ambiente é o *agir integrativo da administração*, ou seja, é a participação dos cidadãos como vetores essenciais de cooperação para a implementação de uma efetiva tutela ambiental. Trata-se do reconhecimento de que a preservação do ambiente, em sua dimensão integrada, deve articular-se de forma compartilhada. J. J. Gomes CANOTILHO. “Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada”. In Heline Sivini FERREIRA; José Rubens Morato LEITE. *Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. 7-10.

¹⁸ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito público do ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995. 30.

que suas ações ou abstenções deverão ser coordenadas¹⁹ – doutro prisma, a unilateralidade, ou publicização do bem ambiente, conduziria para um Estado autoritário, em que se valorizaria o império da Lei, dos regulamentos, das ordens políticas, etc., alheios à essência de participação, solidariedade e justiça social propostas pelo Estado de Direito Ambiental²⁰.

O Estado de Direito Ambiental, por mais que corresponda a uma estrutura abstrata, que se projeta no mundo real como um “*devoir*”²¹, “é um quadro de mais sociedade, mais direitos e

¹⁹ Cristiane DERANI. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. 226-227.

²⁰ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito público do ambiente*. 43.

²¹ José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 40. Falar de um Estado de Direito Ambiental, para alguns, é implementar uma certa ficção, uma utopia sistemática, que, ressaltados os seus méritos, não se conseguirá alcançar. O Estado de Direito Ambiental é uma construção complexa, a qual traz em si elementos políticos e sociais que não se restringem à ciência jurídica e, por vezes, assumem uma difícil conciliação. Em termos fáticos, a realidade humana é a de visível desequilíbrio social, em que conceitos modernos de sustentabilidade e proteção à vida convivem com a fragilidade humana diante da erradicação da fome, do desemprego e dos conflitos armados de sustentação ideológica (*v.g.* político-imperialista, religiosa, capitalista, etc.), o que, nesta perspectiva, inviabilizaria uma máxima proteção ambiental. Boaventura de Sousa SANTOS, *Pela mão de Alice*. Porto: Afrontamento, 1994, 8-9. Embora se entendam os motivos destacados como preocupações atuais e de alto relevo, as quais deverão se fundar nas reflexões sobre o Estado de Direito Ambiental, deve-se conceber que, tais críticas, tendo em conta a complexidade do bem natural, recairão sobre qualquer política ambiental. Adotar um Estado de Direito Ambiental é assumir um papel de *pluralismo jurídico comunitário*, que corresponde a um sistema democrático que privilegia a participação de diversos atores: Estados, grupos de cidadãos, ONGs, cientistas, corporações, indústrias, etc. A cooperação internacional é supedâneo desta implementação, na medida em que se deve ser entendida como política solidária dos Estados. LEITE, José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 42 e 57. As exigências de preservação ambiental, independente do sistema de Estado a se adotar, obrigam a comunidade internacional há uma política mínima de cooperação solidária entre os Estados (cfr. Alexandre KISS. *Direito Internacional do Ambiente*. In: *Textos: ambiente e consumo*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996. Vol. 1). “A cooperação pressupõe ajuda, acordo, troca de informações e transigência no que toca a um objetivo macro de toda coletividade. Mais do que isto, aponta para uma atmosfera política democrática entre os Estados, visando a um combate eficaz à crise ambiental global. Na verdade, a crise ambiental tenderá a exigir uma cooperação compulsiva entre os Estados, em sua ação multilateral” José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 57. Portanto, não se trata de críticas direcio-

deveres individuais e mais direitos e deveres colectivos e menos Estados e menos mercantilização”²². É nesta medida que, visando a realização de uma *justiça social ambiental*²³, se evidencia a necessidade de se reconhecer o bem ambiental, não como um bem público, mas como um “interesse público, cuja administração, uso e gestão devem ser compartilhados e solidários com toda comunidade, inspirados em um perfil de democracia ambiental”²⁴.

Do exposto, indubitavelmente, se extrai o *dever de participação popular nas decisões em matéria ambiental* como núcleo essencial de um Estado de Direito Ambiental, no qual, à luz da noção de Estado de Direito, serão disponibilizados modos/formas de participação para que os titulares destes *direitos-deveres*²⁵ possam exercê-los (*v.g.* por via da *participação na criação do direito ambiental; participação na formulação e execução de políticas ambientais; participação mediante o acesso ao Poder Judiciário*).

Dentre todas essas formas de participação a cargo de seus titulares, evidencia-se o *acesso amplo à discussão de controvérsias por via da tutela jurisdicional ambiental* que, de fato, não se aloca como um mecanismo preferencial no Estado de Direito Ambiental – a difícil recomposição do bem ambiental garante aos mecanismos de *prevenção e precaução* um papel de destaque na política ambiental –, mas apresenta peculiar importância, como *ultima ratio*, contra a ameaça e a degradação ambiental. Consubstancia-se, nesta senda, em um corolário de qualquer Estado Democrático de Direito.

Assim, a efetivação de uma tutela jurisdicional ambiental confere a garantia fundamental de amplo acesso à justiça, seja in-

nadas a uma política ambiental, mas de problemas que refletem o cenário contemporâneo em que, irremediavelmente, se instaura esta crise ambiental.

²² José Manuel PUREZA, “O estatuto do ambiente na encruzilhada de três rupturas”. 15, refletindo os pensamentos de Garrido Peña.

²³ É o reconhecimento de que o bem ambiental pertence à coletividade, e não integra o patrimônio disponível do Estado, por este motivo, merecerá um exercício compartilhado em sua gestão, o que pressupõe uma unicidade da ação de “multiatores”. José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 44.

²⁴ José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 44.

²⁵ Cumpre notar que diante do Estado de Direito Ambiental será conferido ao cidadão um feixe de situações jurídicas complexas que ora lhe impõe um dever de tutela do bem ambiental, ora lhe assegura o direito de dele usufruir, na esteira de um *direito à qualidade de vida*.

dividual ou coletiva, mediante a propositura de um processo devido e legal para a resolução de controvérsias ambientais²⁶. Desta forma, dá-se conta da incessante necessidade de se superar a nota patrimonialística, que assenta sobre o cunho eminentemente individual em que alguns ramos do direito foram forjados, para que se conceda espaço para a consagração de instrumentos tendentes a uma maior valorização da preservação ambiental, tanto na dimensão coletiva, que lhe é conatural, como na vertente individual. O bem ambiental apresenta uma *dimensão horizontal*²⁷, o que exige uma readaptação das outras áreas das ciências jurídicas para se alcançar uma efetiva tutela jurisdicional ambiental²⁸ – busca-se, nestes termos, uma instrumentalização das relações patrimoniais, as quais, neste novo cenário, devem atender a um bem de interesse comum.

A realidade social presente impõe, portanto, ao hermenêuta jurídico a assunção da obrigação de, *quantum satis*, trazer soluções jurídicas factíveis ao convívio entre as responsabilidades estatais e as responsabilidades coletivas e individuais, em matéria ambiental. É nesta senda que se impõe um estudo da responsabilidade civil, como um princípio estruturante do Estado de Direito Ambiental, a partir da construção de um sistema integrado e eficaz de compensação que traga segurança jurídica à coletividade, na medida em que a peculiaridade e complexidade do

²⁶ A par de outras legislações extravagantes, destaca-se no ordenamento jurídico português a previsão da ação popular disposta na Constituição de 1976 (artigos 20.º, n.º 1 c/c artigos 52.º, n.ºs 2 e 3), que detém, entre suas finalidades, a defesa preventiva, reparatória e sancionatória de lesões à saúde pública, ao meio ambiente, à qualidade de vida e ao património cultural – a tão propalada Lei da Ação Popular veio a ser sancionada quase 20 anos após ter sido consagrada constitucionalmente (artigo 52.º, n.ºs 2 e 3), com a edição da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto. Destaca-se, ainda, acerca da tutela jurisdicional ambiental na Lei n.º 19/2014 (Lei de Base do Ambiente) que assegura aos cidadãos portugueses o direito ao ambiente e à qualidade de vida, garantindo a todos (seja individual ou coletivamente) ampla tutela jurídica para efetivar os seus direitos, bem como proteger o bem ambiental (artigo 5.º, 1 e 2 c/c art. 7º). E, por fim, menciona-se o DL 147/2008, de 29 de julho (Regime de prevenção e reparação do dano ecológico) que autonomiza o conceito de «dano ecológico» e estabelece um regime específico para a sua reparação.

²⁷ José Eduardo de Oliveira Figueiredo DIAS. *Tutela ambiental e contencioso administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 44-50.

²⁸ José Rubens Morato LETTE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 48.

bem lesionado impõe à responsabilidade civil a necessidade de contrapesar o seu papel *reparatório* com a premente missão de, à luz da máxima proteção ao bem ambiental, dissuadir novos comportamentos lesivos.

2. O Princípio da Responsabilização. Comentários sobre a responsabilidade civil em matéria ambiental

Apesar da dificuldade doutrinária em se conceber a aplicação do instituto da responsabilidade civil, durante a década de 70, nas questões ambientais²⁹, sob a égide de um Estado de Direito Ambiental, a sociedade global, participativa e solidária assume os desafios lançados pela *modernidade reflexiva*³⁰, pois não será permitido, em observância ao princípio geral “*alterum non laedere*”³¹, que

²⁹ Essa rejeição inicial da responsabilidade civil em matéria ambiental se deve, antes demais, à dificuldade em sem se adaptar os valores tradicionais deste ramo às peculiaridades do bem ambiental. Deve-se, assim, dizer que a concepção clássica na qual este primeiro instituto fora forjado, em que se concebe como instrumento *post factum*, não se amolda a natureza preventiva colimada pela política ambiental. Da mesma maneira, questões de ordem *técnica* (ausência de compatibilidade com os pressupostos de uma pretensão indenizatória, *n. g.*, dano certo e atual; lesado e lesante identificados; relação causal identificada, etc.), éticas (dificuldade de se determinar o valor a ser indenizar, aspecto de comercialização da natureza) e *acadêmicas* (vinculação das questões ambientais ao regime público, alheios à incidência de regimes privados), contribuíram sobremaneira para que este, agora, *princípio*, fosse relegado ao limbo. Antônio Herman V. BENJAMIM, “A responsabilidade pelo dano ambiental no Brasil e as lições do direito comparado”. *Lusíada. Revista de Ciência e Cultura*, série de Direito, 2 (1998) 545. Ver, também, Gilles MARTIN. “Responsabilité Civile et Protection de L’Environnement: Introduction”. In *Textos: Ambiente*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1994. 394.

³⁰ “Modernização da sociedade industrial” ou “modernidade reflexiva” é o termo proposto por Ulrich BECK. “A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva”. In IDEM; Anthony GIDDENS; Scott LASH, (orgs.). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. 11-73, para se referir a um segundo momento de desenvolvimento vivido pela sociedade pós-moderna ou contemporânea, a qual, diante das alterações do mundo atual, é incitada, influenciada pelo conhecimento humano reflexivo, derivado de uma sensibilidade estética ou hermenêutica, a contestar a forma de modernidade tradicional, centrada, exclusivamente, na sociedade industrial.

³¹ D. 1.1.1.10.1: “*ius praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* – os preceitos de direito são estes: viver honertamente, não

um agente cause danos ao meio ambiente e se exima de responder pela prática do ilícito³².

Em tons de verdade, cabe destacar que a verificação de danos ambientais corresponde a um evento inevitável, o qual, independentemente de um manifestar volitivo do indivíduo ou do tipo de política ambiental adotada, sucederá como consequência natural da presença do homem no meio³³.

Nesta ordem de ideias, se faz mister a articulação de um sistema integrado de responsabilização (*v. g.*, civil, administrativa, penal e, até, intercomunitária) que traga segurança à coletividade, uma vez que as ações *preventivas* se tornam ineficazes diante da concretização do dano ao bem ambiental – a sociedade contemporânea, marcada por mais e maiores riscos³⁴ (*Risikogesellschaft*³⁵) e pela certeza de suas incertezas quanto à ocorrência de danos às pessoas e ao meio ambiente³⁶, exige, pois, que o poluidor seja

lesar outrem, dar a cada um o seu (tradução livre). Cfr. JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. *Digesto de Justiniano, liber primus*: introdução ao direito romano. Tradução Hécio Maciel França Madeira. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 21.

³² Pedro Silva LOPES. “Dano Ambiental: responsabilidade civil e reparação sem responsável”. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. 8 (dez. 1997) 42-43.

³³ Nesse sentido, ver: Edward Brans BRANS; Mark UILHOORN. “Liability for Damage to Natural Resources”. *Background Paper for EU White Paper on Environmental Liability*, Set. 2007. 21; José de Souto MOURA. “Crime de Poluição”. In *Textos: Ambiente*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1994. 14. João Menezes LEITÃO. “Instrumentos de Direito Privado para Proteção do Ambiente, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, 7 (jun. 1997) 50; António Leitão AMARO. “‘Tal pai tal filho’. Os caminhos cruzados do Princípio do Poluidor Pagador e da Responsabilidade Ambiental”. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, n.º 23-24 (jan./dez. 2005) 50; José de Souza Cunhal SENDIM. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. 48; Carla Amado GOMES. *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: aafdl, 2012. 74.

³⁴ Nos dizeres de Mafalda Miranda Barbosa, vive-se em uma sociedade de, cada vez, “mais riscos, mas também maiores riscos [...] Com isto pretendemos significar não só o incremento genérico do número mas também o acréscimo do potencial danoso”. Mafalda Miranda BARBOSA. *Do nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Vol. II. Cascais: Principia. 2013. 743-748.

³⁵ Cfr. Ulrich BECK. *Risk Society: towards a new modernity*. Londres: Sage Publications Inc., 1992.

³⁶ Cfr. Ulrich BECK. *Ecological Politics in an age of Risk*. Londres, 1996.

responsável pelos seus atos, diferentemente do que outrora acontecia com uso ilimitado dos recursos naturais³⁷. É chegada a hora de uma “nova ética”, na qual, dentro do *princípio da responsabilidade*, se difunda um *dever para com o futuro, para com a humanidade*, que garanta a preservação e conservação do meio ambiente para as presentes e vindouras gerações³⁸.

Trata-se, portanto, do reconhecimento da *responsabilidade ambiental* como um princípio³⁹, ao lado dos *princípios da precaução/ atuação preventiva e cooperação*, estruturante do Estado de Direito Ambiental⁴⁰. Já há alguns e longos tempos que se concebe a responsabilidade civil como elo essencial para a realização da *equidade e justiça social*⁴¹ que, nestes termos, deve ser entendida como elementar para se efetivar um *Estado de justiça ambiental*^{42 43}.

³⁷ José de Souza Cunhal SENDIM. *Responsabilidade civil por danos ecológicos*. 51.

³⁸ Hans JONAS. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006. 39. Hans Jones propõe, neste diapasão, a natureza como uma responsabilidade humana, sobre a qual uma nova teoria ética deve ser repensada. O dever para com as gerações futuras torna-se um dever da humanidade, na medida em que quanto mais se pressente o perigo do futuro, mais se impõe um agir no presente – “é necessário dar mais ouvidos à profecia da desgraça do que à profecia da salvação”. *Ibid.* 77.

³⁹ Assim preleciona J. J. Gomes CANOTILHO. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. 51. Porém, há quem defenda que a *responsabilidade ambiental* não corresponde a um princípio, mas a um instituto que compõe o *princípio do poluidor pagador* (PPP), ver António Leitão AMARO. “‘Tal pai tal filho’. Os caminhos cruzados do Princípio do Poluidor Pagador e da Responsabilidade Ambiental”. 21.

⁴⁰ José Rubens Morato LEITE; Melissa Ely MELO. “As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais”. *Sequência. Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, 27/55 (dez. 2007) 196-197.

⁴¹ Jorge F. Sinde MONTEIRO. *Estudos sobre a responsabilidade Civil*. I. *Introdução*; II. *Responsabilidade por culpa, responsabilidade objetiva, seguro de acidentes (proposta de alteração aos artigos 503º e 508º do Código Civil e ao Decreto-Lei 408/79, de 25 de setembro; considerações em torno da criação de um seguro social de acidentes de trabalho e de trânsito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. 12-13.

⁴² Nas palavras de José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 49, a grande problemática em se efetivar um Estado de Direito Ambiental é transformá-lo em um *Estado de “justiça ambiental”* – trata-se de um movimento marcado por uma ética ecocentrista, proveniente de reivindicações de caráter redistributivo (para uma análise aprofundada do tema, ver: Rogério Santos RAMMÊ. *Da justiça ambiental aos direitos e deveres: conjecturas político-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica*. Caxias do Sul: EDU-

A responsabilidade civil, portanto, à luz do direito ambiental, deve ser vista como um mecanismo capaz de tutelar as violações atentatórias ao meio ambiente, assumindo, por isso, um papel fundamental determinado pelo próprio avanço da sociedade – hodiernamente, assiste-se a uma reconfiguração deste instituto, na medida em que deixa de ser um ramo exclusivo do direito privado, do Direito das Obrigações, para atingir uma autonomia científica e jurídica⁴⁴, uma vez que é concebido como *patrimônio comum do direito*⁴⁵.

Todavia, cumpre destacar que a proteção do meio ambiente, por via da responsabilidade civil ambiental, não se dá pela transposição automática e integral das fórmulas empregadas no Direito Privado⁴⁶, mas pela constituição, sobre bases convencionais, de um modelo jurídico adaptado às necessidades exigidas pela complexidade do bem ambiental⁴⁷.

A tutela do bem ambiental é caracterizada por apresentar uma série de princípios que a diferenciam de quaisquer outros

CS, 2012. Disponível em: <www.ucs.br/site/midia/arquivos/JUSTIÇA_AMBIENTAL_EDUCS_EBOOK.pdf>. Acesso em: 27/06/2015). O Estado Ambiental visa romper com as tradicionais normas predefinidas e informadoras do Estado de Direito, em prol das aplicações de valores axiológicos oriundos da perspectiva da *justiça ambiental*. Destaca Canotilho, neste sentido, que, “se o Estado de ambiente não pode constituir-se ao arrepio das regras e princípios informadores do Estado de Direito, ele não pode respirar livremente, se não transportar nos seus vasos normativos a seiva de justiça ambiental”. J. J. GOMES CANOTILHO. “Juridicização da ecologia ou ecologização do Direito”. 74. (cfr., também, Michael KLOEPFER, “Environmental Justice und geographische Umweltgerechtigkeit“. In *Deutsches Verwaltungsblatt*. 115. Köln: Heymanns, 2000. 750-754). Portanto, cumpre notar que o imperativo por uma *justiça ambiental* colima para a indispensabilidade de certos princípios – que, diante da aceção de Robert ALEXY, “são *prima facie* devidos” (*Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 147) – como elementos estruturantes do Estado de Direito Ambiental, dentre os quais se destaca o *princípio da responsabilização*.

⁴³ Acerca de uma suposta diferenciação de *justiça ambiental* e *justiça ecológica*, ver: Rogério Santos RAMMÊ. *Da justiça ambiental aos direitos e deveres*. 66-71.

⁴⁴ Teresa Ancona LOPEZ. “Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco”, *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, 105 (jan./dez. 2010) 1226-1227.

⁴⁵ Carla Amado GOMES. *Introdução ao direito do ambiente*. 182.

⁴⁶ Antônio Herman V. BENJAMIM, “A responsabilidade pelo dano ambiental no Brasil e as lições do direito comparado”. 547.

⁴⁷ José Rubens Morato LEITE; Melissa Ely MELO. “As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais”. 198.

conflitos humanos, o que, dentro de um juízo de equilíbrio, deverão ser sopesados na estrutura de seu mecanismo de responsabilização⁴⁸ – *v. g.*, a responsabilidade civil ambiental, na esteira das experiências observadas pela aplicação do *Princípio do Poluidor Pagador*⁴⁹ ⁵⁰, avança no sentido de somar à sua especial vocação para intervir *a posteriori* uma função eminentemente preventiva, correlacionada com os *princípios da precaução e prevenção*⁵¹.

⁴⁸ “Uma das justificativas para a constituição de um regime diferenciado (fragmentado) para a responsabilidade civil pelo dano ambiental reside no fato de que a proteção do meio ambiente é informada por uma série de princípios que a diferenciam na vala comum dos conflitos humanos. Antônio Herman V. BENJAMIM, “A responsabilidade pelo dano ambiental no Brasil e as lições do direito comparado”. 555. Neste sentido, ver Branca Martins da CRUZ. “Responsabilidade civil por dano ecológico”. *Lusitana: Revista de Ciência e Cultura*. Porto, 189-n.º especial (1996) 1226-1227.

⁴⁹ Para Antônio Leitão Amaro, as soluções dos problemas inerentes à transposição da responsabilidade civil para o direito ambiental devem ser feitas em observância do princípio “pai”, que é o Princípio do Poluidor Pagador. Antônio Leitão AMARO. “‘Tal pai tal filho’. Os caminhos cruzados do Princípio do Poluidor Pagador e da Responsabilidade Ambiental”. 61.

⁵⁰ Não se quer, dada as suas finalidades distintas, vincular o *princípio da responsabilização* ao *princípio do poluidor pagador*, sob pena, nos termos defendidos por Aragão, da “perda de sentido útil de ambos” Maria Alexandra de Sousa ARAGÃO. *Cadernos Cedoua: Direito Comunitário do Ambiente*. Coimbra: Almedina. 18; IDEM. *Objetivos, princípios e pressupostos da política comunitária do ambiente: algumas propostas de revisão. Temas de integração*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 109. Contudo, não se deve afirmar que se trata de princípios completamente estanques, pois, além de possuírem uma base comum – onde impera uma noção de justiça distributiva –, ao se compreender o *princípio do poluidor pagador* como um princípio “*multifuncional*”, (Cfr. J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito público do ambiente*. 43) percebe-se que este detém ligações subjacentes ou age como auxiliar ao instituto da responsabilidade civil. José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 60.

⁵¹ A responsabilidade civil, de fato, em matéria ambiental, cumpre o chamado “*efeito difuso da prevenção*” ou “*efeito preventivo indireto*”, o que corresponde a afirmar que a eficácia da condenação à reparação do dano assume uma função de desestímulo à prática de ações degradantes, exigindo atitudes, daqueles envolvidos em situações semelhantes, que se adequem a certas medidas para se evitar a ocorrência de futuros danos ambientais. Antônio Herman V. BENJAMIM, “A responsabilidade pelo dano ambiental no Brasil e as lições do direito comparado”. 553. Note-se que essa proteção ao bem ambiental ocorrerá, tanto a nível individual, ao desencorajar o próprio degradante a causar novos danos, bem como a uma conservação em nível geral, inibindo que todos os demais pratiquem atos reconhecidos como danosos ao meio ambiente. José Rubens Morato LEITE; Melissa Ely MELO. “As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais”. 211. Portanto,

Outrossim, não se pode olvidar, nas linhas defendidas pela perspectiva do Estado de Direito Ambiental, que a natureza do bem ambiental é eminentemente difusa⁵², o que garante a este bem uma complexidade peculiar, se comparado com os bens de carácter privado individual. Desta forma, superam-se as linhas

percebe-se uma clara revisitação das funções clássicas da responsabilidade civil, na medida em que se incorpora aos seus desígnios um papel preventivo que, em termos ambientais, se demonstra através do “ataque” à danosidade em potencial – “preocupação com os custos sociais que possam ocorrer no futuro”. Antônio Herman V. BENJAMIM, “A responsabilidade pelo dano ambiental no Brasil e as lições do direito comparado”. 552.

Diante do exposto, constata-se que a responsabilidade civil imerge em um terceiro estágio, que se iniciou sendo uma *responsabilidade-sanção* (centrada na penalização do lesante) e, posteriormente, evolui para um patamar de *responsabilidade-indenização* (centrada na reparação do lesado), até alcançar o nível de *responsabilidade-preventiva* (fundada na prevenção de riscos avultados e irreversíveis, assim como na preservação do meio ambiente, o qual é reconhecido com um patrimônio a ser protegido para às futuras gerações). Carla Amado GOMES. *Introdução ao direito do ambiente*. 182 (Cfr. Catherine THIBIERGE. “Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?)”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 3 (juí.-sep. 1999) 561-584.

Com efeito, extrai-se desta fase, como base nos princípios da precaução e prevenção, uma responsabilidade civil eminentemente preocupada com a não ocorrência do dano, vinculada à ideia de “risco”, o qual, para alguns, em diversos casos, se consubstanciará no próprio “dano”, sendo, pois, elemento suficiente para dar ensejo a uma pretensão indenizatória (Cfr. Mathilde BOUTONNET. *Le principe de précaution en Droit de la responsabilité civile*. Paris: L.G.D.J., 2005. 511-555). A responsabilidade civil “sem dano”, centrada no risco, tem fundamento na própria concepção de “contrato social”, na medida em que ao submeter a sociedade a externalidades ambientais negativas, gera o direito – pelo simples fato do perigo ao qual é exposta – de combater as fontes produtoras de riscos, que, numa perspectiva solidária, têm o dever de eliminar o fator de risco do contexto social, não sendo, nestes termos, necessária a concretização do dano, mas somente a exposição da sociedade aos riscos. Annelise Monteiro STEIGLEDER. *Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 178. É dizer: “a responsabilidade fundada no risco tem não só fundamento econômico (*ubi emolumentum ibi onus*), mas também ético, de uma ética social (*ethos*), que se resume na solidariedade”. Teresa Ancona LOPEZ. “Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco”, 1231.

⁵² Quanto à discussão sobre a natureza jurídica do “direito ao meio ambiente”, ver Ilda Porcila CUNHA. *Interesse difuso ou direito subjectivo ao ambiente?*. Lisboa: Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Lisboa Faculdade de Direito, 2010 (a autora realiza uma síntese dos mais diversos posicionamentos sobre a matéria, no ordenamento jurídico português, para, ao final, concluir que se trata de um *interesse difuso*. *Ibid.* 37).

tradicionais da responsabilidade civil – na qual o dano emerge de um *interesse individual* – para alcançar a violação dos *interesses difusos*, por via das ações coletivas⁵³.

Portanto, o “paradigma socio-ambiental”⁵⁴ obriga a que a responsabilidade civil se atualize com novos conceitos e valores diretamente vinculados a uma noção de preservação. O bem ambiental, que por essência se caracteriza por possuir uma difícil reparação/recuperação, exige que deste instituto se espere uma máxima proteção, a qual se traduza na inserção de funções que uma vez somadas garantam à coletividade um sistema de *responsabilidade reparador (curativo)*, através da *reparação integral* do bem ambiental quando degradado, ou a partir de uma espécie de *responsabilidade preventiva*, que iniba a produção destes atentados.

3. Construção da Teoria: notas sobre o conceito de meio ambiente e o seu entrelaçamento com a perspectiva de um dano não patrimonial ambiental transindividual

A par das diferenças conceituais existentes entre as classificações *restrita* e *ampla*⁵⁵ do meio ambiente, bem como quaisquer

⁵³ Os interesses transindividuais passam a ser considerados como interesses merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis.

⁵⁴ Lucas Abreu BARROSO. *A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 116.

⁵⁵ De acordo com a classificação comumente encontrada na doutrina brasileira, o conceito de meio ambiente poderá apresentar um conteúdo *amplo* ou *restrito*. A *abordagem ampla* “considerará o conjunto das relações estabelecidas entre o homem e o meio ambiente, não apenas em função da ação transformadora das características físicas naturais do bem ambiental, mas, também, devido às relações culturais que são estabelecidas pelo homem em função das possibilidades de desenvolvimento social determinadas pelo meio ambiente. Nesse sentido, é necessário esclarecer que a definição de meio ambiente contempla não somente os elementos naturais, mas também os artificiais e culturais, os quais não poderiam ser excluídos da definição, considerando-se a necessidade de interação existente entre eles. Já o *conceito estrito* atribuído ao meio ambiente restringirá as citadas relações de interação presentes na amplitude do conceito anteriormente estabelecido e, com isso, considerará meio ambiente ‘o patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos’. Tal noção, é evidente, nos dizeres de Milaré, ‘despreza tudo aquilo que não

outras categorias que este tema possa suscitar⁵⁶, entende-se como meio ambiente, em termos genéricos, o conjunto de elementos naturais da ecosfera, os quais se encontram disponíveis e passíveis de ação antrópica, decorrentes das relações humanas necessárias à sua sobrevivência⁵⁷. Logo, em apertada síntese, vale dizer que o meio ambiente sempre englobará o Homem e a Natureza, com todos os seus elementos⁵⁸.

diga respeito aos recursos naturais” (grifou-se) José Rubens Morato LEITE. “O dano moral ambiental difuso: conceituação, classificação e jurisprudência brasileira”. In Carla Amado GOMES; Tiago ANTUNES, (orgs.). *Actas do Colóquio: a responsabilidade civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídicas-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009. 57. Cumpre frisar que, da redação do inciso I, do art. 3º, da Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a concepção *ampla* de meio ambiente. Cfr. José Afonso da SILVA. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. 20 (sobre os cuidados e problemas da adoção de um conceito amplo, ver: J. J. Gomes CANOTILHO. “Procedimento administrativo e defesa do ambiente”. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, 3799 (1991) 289-290.

⁵⁶ No ordenamento jurídico português, *v. g.*, percebe-se que o conceito de meio ambiente se encontra classificado de acordo com os componentes que o integram, que, nos termos do artigo 9º da Lei de Base do Ambiente (Lei 19/2014), poderão ser *naturais* (artigo 10º), correspondendo às diversas espécies *in natura* de bens ambientais (bióticos e abióticos), ou *associados a comportamentos humanos* (artigo 11º), que resultam da interação do homem com a natureza (José de Souza Cunhal SENDIM. *Responsabilidade civil por danos ecológicos*. 77 e 84) – verifica-se que o legislador português, à semelhança do legislador brasileiro, optou por uma conceituação que realça a interação e a interdependência entre o homem e a natureza. Contudo, evidencia-se, ao contrário do que sucede na realidade brasileira, um conceito de meio ambiente *restrito* aos componentes naturais (“meio ambiente natural”) e aos efeitos da intervenção do homem sobre eles, dispensando desta proteção os *interesses excedentários*, como “o ordenamento do território, o urbanismo, o patrimônio cultural” (Carla Amado GOMES. *Introdução ao direito do ambiente*. 20), abarcados por aquele ordenamento por via da concepção de “meio ambiente artificial”, “meio ambiente cultural”, “meio ambiente do trabalho”. Édis MILARÉ. “Ação Civil Pública por Dano ao Ambiente”. In IDEM (COORD.). *Ação Civil pública: Lei 7.347 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 68.

⁵⁷ Marcel JOLLIVET; Alain PAVE. “O meio ambiente: questões e perspectivas para a pesquisa. In: Paulo Freira VIEIRA (org.). *Gestão de recursos naturais renováveis e desenvolvimento: novos desafios para a pesquisa ambiental*. São Paulo: Cortez, 1996. 63.

⁵⁸ José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 73: “não é possível conceituar o meio ambiente fora de uma visão de cunho antropocêntrico, pois sua proteção jurídica depende de uma ação humana”.

Compreende-se, assim, que desta depuração conceitual se extrai, por um lado, o meio ambiente como um composto de bens naturais – objeto de proteção pela intervenção do direito ambiental –, diretamente vinculados à noção de ecossistema e, por outro lado, que se manifesta através de uma conotação antropocêntrica, relacionada à proteção do próprio ser humano, a partir de uma ideia de manutenção de certa qualidade de vida ou de um dever para com as futuras gerações⁵⁹.

É nessa senda, que se impõe a necessidade de proceder à demarcação das dimensões destas supracitadas perspectivas, na medida em que se busca compreender que os bens ambientais naturais, que assumem a sua existência corpórea, não se confundem com a concepção de ambiente visualizada como *universitas corporalis*, de natureza imaterial e de impossível apropriação – é dizer: “[e]nquanto coisas, os bens ambientais naturais são objeto de direitos patrimoniais, são individualmente apropriáveis e geram utilidades divisíveis. Enquanto valores de equilíbrio do ecossistema, tais bens ganham dimensão imaterial, não são individualmente apropriáveis e proporcionam fruto de utilidades indivisíveis”⁶⁰.

O meio ambiente, como entidade, não se confunde com os seus componentes (solo, subsolo, fauna, flora, etc.), manifestando-se como um complexo de bens agregados que formam a realidade ambiental⁶¹. Neste sentido, entende-se o meio ambiente como *macrobem*, que se destaca dos vários bens materiais que o configuram, por apresentar “muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa”⁶².

⁵⁹ Cfr. José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 82.

⁶⁰ Carla Amado GOMES. *Introdução ao direito do ambiente*. 21 (Grifos no original).

⁶¹ Antônio Herman V. BENJAMIN. “Função Ambiental”. In IDEM, (coord.). *Dano Ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 75. Observa Gomes que não será todo e qualquer bem ambiental que assumirá relevância imaterial que justifique a imposição de medidas restritivas de utilização e fruição, mas somente aqueles que “devido à sua raridade, escassez ou situação se revelarem componentes essenciais do ecossistema, devem ver essa aura de imaterialidade devidamente acautelada contra actuações que possam fazer perigo a sua integridade”. Carla Amado GOMES. *Introdução ao direito do ambiente*. 21.

⁶² Carla Amado GOMES. *Introdução ao direito do ambiente*. 75.

Com efeito, observar-se que na concepção de *macrobem* o meio ambiente será entendido como um todo incorpóreo e imaterial, qualificado como *interesse público* e *afeto à coletividade difusa*, sendo, por este motivo, titular de um regime jurídico próprio e autônomo⁶³ em relação aos recursos ambientais que o compõem⁶⁴.

Nesse diapasão, ao se conceber a noção de meio ambiente como *macrobem*, portador de interesses jurídicos múltiplos e reunidor de diversos elementos, possibilita-se que esta entidade sofra diversas expressões de dano ambiental⁶⁵ que, à luz da construção clássica da responsabilidade civil, se consubstanciarão em lesões de ordem patrimonial ou não patrimonial⁶⁶.

Nessa ordem de ideias, constata-se que diante das questões ambientais, marcadas por diversos fenômenos atentatórios aos seus bens constituintes, se suscita a possibilidade da compensação em favor da coletividade difusa, em detrimento da perda da qualidade de vida (compreendida em sentido *lato*) de um ou mais de seus componentes. Nesta perspectiva, no processo reparatório, o que se buscará é, primeiramente, restaurar as unidades ambientais perdidas e, como segunda hipótese, compensar a coletividade pela subtração do bem ou pela vantagem perdida.

⁶³ Cfr. J. J. Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 282; J. J. Gomes CANOTILHO. “Procedimento administrativo e defesa do ambiente”. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3802 (1991) 325-326.

⁶⁴ Ao contrário, o *microbem* ambiental, que deve ser entendido como o conjunto de elementos que compõem o *macrobem*, poderá ter o regime de propriedade variado, público ou privado, ao que toca à titularidade do bem. José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 85.

⁶⁵ A concepção de *Dano Ambiental*, para o presente trabalho, comporta todas as alterações nocivas ao meio ambiente, entendido como um todo unitário, ou a um de seus componentes. Nestes termos, confunde-se tal conceito com a noção de “*dano ecológico*” que é, segundo José de Souza Cunhal SENDIM. *Responsabilidade civil por danos ecológicos*. 130, “uma perturbação do património natural – enquanto conjunto dos recursos bióticos (seres vivos) e abióticos e da sua interação – que afecte a capacidade funcional ecológica e a capacidade de aproveitamento humano de tais bens tutel[áveis] pelo sistema jurídico-ambiental” (sobre o tema, ver, também Gilles MARTIN. “Direito do ambiente e danos ecológicos”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, 31 (mar. 1990) 116-140.

⁶⁶ José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 59.

É na esteira desta noção imaterial, abstrata, que se impõe a ocorrência do dano não patrimonial transindividual (difuso)⁶⁷, na medida em que se busca conferir uma proteção ao *macrobem* ambiental a partir do reconhecimento à coletividade de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida do ser humano, que, nestes termos, deve ser entendido como um valor único, necessariamente comunitário, por mais que se destine ao bem-estar individual.

PARTE II

DO DANO NÃO PATRIMONIAL TRANSINDIVIDUAL AMBIENTAL (O “DANO MORAL COLETIVO AMBIENTAL”)

4. Do individual ao coletivo: o “dano moral” e o seu liame com o “dano moral coletivo” – premissas fundamentais à definição deste último

Tem-se debatido, exaustivamente, entre os estudiosos e aplicadores do Direito, acerca da dimensão e a amplitude dos elementos que compõem o objeto dos danos morais, e, conseqüentemente, justificam a sua reparação. É notória a ausência de uma uniformidade acerca do conceito de dano moral, o que conduz a uma pluralidade de conceitos (*v. g.*, dano moral como dor ou alteração negativa; conceito negativo (excludente); dano moral como lesão a determinada categoria de direitos) que, não raras vezes, pecam pela falta de uma efetiva individualização do objeto a ser estudado por este dano.

⁶⁷ Para José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 60), poder-se-á também observar o dano não patrimonial ambiental sob o ponto de vista *subjetivo* (individual) “sempre que o interesse ambiental afligido relacione a um interesse individual, ou seja, quando a lesão ao meio ambiente refletir negativamente em bens individuais de natureza imaterial, provocando sofrimento psíquico, de afeição ou físico à vítima. Há que se esclarecer que diante da existência de lesão a interesse individual, associada à degradação ambiental, tem-se, no caso concreto, o que se denomina de ‘dano ambiental extrapatrimonial de caráter individual’”.

Contudo, ao mesmo tempo, não se pode descaracterizar o ponto em comum, identificado nos mais variados conceitos, no que tange à proteção dos elementos essenciais reconhecidos como pertencentes à veia afetiva (ou sentimental), intelectual (de percepção e de entendimento) e valorativa (individual e social) da personalidade. Por outras palavras, pretende-se, com o dano moral, tutelar os atributos de cunho axiológico responsáveis por conceder ao indivíduo a sua essencialidade, seja na esfera pessoal, seja social⁶⁸. Logo, o dano moral é resultado dos ataques contra os valores ligados à pessoa do lesado, em seu aspecto físico, moral ou psíquico.

Nesse contexto, torna-se claro que o dano não patrimonial se refere ao homem, à pessoa física, ao indivíduo, pois somente ele será portador de um *vultus* singular e único. De outra forma, porém, tem-se entendido que tal conceito, visando reflexamente a proteção do próprio homem, deva ser alargado, em virtude da nova fase que o Direito atravessa, que, para Carlos Alberto Bittar, é sintetizada pela designação “socialização”⁶⁹.

A doutrina clássica do Direito, por muito tempo, assentou sobre as premissas individuais, segundo as quais apenas o sujeito, pessoa natural ou jurídica, pode ser titular de direitos e obrigações – a coletividade, nessa perspectiva, não poderá praticar atos jurídicos e ser titular de interesses juridicamente protegidos. É cediço que o caráter individual dos direitos tem raízes liberais, construídas com o propósito de afastar os exageros praticados pelo Estado. No entanto, “[c]iente de que entre o liberalismo e estatização existe um grande universo de possibilidades, o Direito vem cada vez mais reconhecendo o caráter coletivo de muitos

⁶⁸ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”. *Revista dos Tribunais: Revista do Direito do Consumidor*, 12 (out. 1994) 46.

⁶⁹ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”. 47. “Trata-se da coletivização ou socialização do Direito, movimento que, característico dos novos tempos, se coloca em posição diametralmente oposta à dos pandectistas do século passado, que tanto se deixaram envolver pelo raciocínio puramente lógico e abstrato, tornando absolutamente exangue o mundo jurídico”. *IDEM. Dano Moral Coletivo: contornos no direito civil brasileiro* (Verbo Jurídico, Abril de 2002. p. 2). Disponível em: <<http://www.verbojuridico.net>>. Acesso em 01 de jul. de 2015.

fenômenos sociais”⁷⁰. O efeito natural deste fenômeno (“socialização”) conduz o Direito à supremacia do coletivo sobre o individual⁷¹ – por isso, já que o indivíduo é um ser gregário por natureza, tornam-se cada vez mais importantes a função social da propriedade, a eticidade, a lealdade e a boa-fé objetiva nos contratos, dentre outros⁷².

Portanto, nos termos do que se verifica no regime jurídico dos bens ambientais, constata-se que, modernamente, se opera uma cisão na tradição jurídica clássica, segundo a qual somente os indivíduos podem ser titulares de interesses juridicamente tutelados, a partir do momento em que concede “direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados”⁷³.

Ainda, nesse sentido, ressalta Canotilho: “entram aqui em crise as teorias tradicionais da legitimidade baseadas no ‘interesse directo e pessoal’ ou na ‘protecção da norma’ (segundo a qual só existiria um direito accionável quando houvesse normas que, pelo menos, pudessem ser entendidas como protectoras também de interesses individuais”⁷⁴.

Assim, a partir do estabelecimento dessas premissas que denotam incontestavelmente a existência dos *interesses difusos*, essa “nova” fase atingiu diretamente a responsabilidade civil, uma vez que a sua esfera de atuação se estendeu aos danos (ao menos materiais) ocasionados aos *interesses transindividuais*. “[S]ignifica [...] a superação de uma concepção meramente privatística da responsabilidade civil por uma nova concepção de instituto de natureza colectiva, de consequências extensas e profundas”⁷⁵. Natural-

⁷⁰ Ministra Relatora Nancy Andriighi. Recurso Especial 636.021/RJ 3.ª Turma. Data do Julgamento 02.10.2008.

⁷¹ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”. 47.

⁷² Recurso Especial 636.021/RJ, 3.ª Turma. Data do Julgamento 02.10.2008.

⁷³ Ministra Relatora Nancy ANDRIGHI. Recurso Especial 636.021/RJ 3.ª Turma. Data do Julgamento 02.10.2008.

⁷⁴ J. J. Gomes CANOTILHO. *Constituição da República portuguesa anotada. Arts. 1.º a 107.º*. 4.ª ed. vol. 1 Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 697.

⁷⁵ António Payan MARTINS. *Class actions em Portugal ? Para uma análise*

mente, ao mesmo tempo, têm se sentido tais reflexos na teoria do dano moral, dando origem ao famigerado *dano moral coletivo*.

Nesse ponto nodal, vislumbra-se a ideia de comunidade ou coletividade como um aglomerado de indivíduos que se encontram em determinado território e se unem por um fato comum ou, ainda, um grupo localizado em determinado espaço, cujos membros cooperam entre si incentivados por melhores resultados econômicos (*v. g.*, sindicatos) ou pautando-se em valores éticos/humanos (*v. g.*, família, entidades sociais e ambientais)⁷⁶.

Não há dúvida de que, da concepção de *comunidade*, exsurjam vigas fundamentadas para a sua edificação, a saber, os *valores*; resultam eles, deste modo, da expansão dos valores dos indivíduos que compõem a coletividade. É dizer-se: cada indivíduo possui a sua carga valorativa, mas também à coletividade, por ser formada pelo conjunto de indivíduos, corresponde uma dimensão axiológica⁷⁷.

Note-se que a ampliação dos valores à coletividade não se confunde com aqueles que são atribuídos aos integrantes da comunidade quando individualmente considerados. Não se trata, portanto, da identificação dos *interesses coletivos* como simples soma de *interesses individuais*⁷⁸: “[o]s valores coletivos, pois, dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes. Trata-se, destarte, de valores do corpo, valores esses que não se confundem com os de cada pessoa, de cada célula, de cada elemento da coletividade”⁷⁹. Daí que, com essa acepção, exemplificativamente, se possa vislumbrar a violação da honra individual, bem como coletiva, ao se pensar que a *comunidade* goza de

da Lei 83/95, de 31 de Agosto. *Lei de Participação Procedimental e de Ação Popular*. Lisboa: Cosmo, 1999. 119.

⁷⁶ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”. 47.

⁷⁷ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”. 47. O homem é a “célula-mãe da coletividade”, ou seja, é o “alicerce do estudo dos valores coletivos, dos quais ele é fonte”. IDEM. *Dano Moral Coletivo*. 10.

⁷⁸ Rodolfo de Camargo MANCUSO. “Interesses Difusos: Conceito e Colocação no quadro geral dos ‘interesses’”. *Revista dos Tribunais: revista de Processo*, 55 (jul. 1989) 167-168.

⁷⁹ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”. 48.

reputação, devendo ser respeitada – aliás, a coletividade é um agrupamento de pessoas e, portanto, possui um núcleo de valores⁸⁰.

Por conseguinte, quer-se, com a supracitada explanação, justificar a existência de um patrimônio moral da comunidade ou coletividade, comum a uma pluralidade indeterminada ou determinável de pessoas e, por esse motivo, não comportando uma “decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a ‘quota’ de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todas; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”⁸¹.

O dano moral, dessa forma, é entendido de maneira mais ampla, como *lesão extrapatrimonial* (ou não patrimonial). Logo, segundo Agostinho Alvim, com apoio em Gabba, dano moral é aquele “dano que foi causado injustamente a *outrem*, que não atinja ou diminua o seu patrimônio”⁸², e, por isso, “o dano moral há de ser não patrimonial. Aquele que for patrimonial, [*sic*] não é moral”⁸³. Mais sucintamente, o dano moral deve ser visto como “lesão a um bem não suscetível de avaliação em dinheiro”⁸⁴.

⁸⁰ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”. 50: “Sob o prisma coletivo, também se vislumbra claramente a honra - aliás, em ambas as modalidades (objetiva e subjetiva). Ora, assim como cada um goza de reputação e respeito no meio em que vive, também a comunidade [...] deve ser respeitada nas suas relações com coletividades outras, ou com indivíduos, ou com pessoas jurídicas (honra objetiva); *assim como cada homem tem estima de si próprio: também a coletividade apresenta sua auto-estima* [honra subjetiva]”. Grifou-se.

⁸¹ José Carlos Barbosa MOREIRA. “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”. In *Temas de Direito Processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984. 195-196.

⁸² Agostinho ALVIM. *Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965. 215.

⁸³ Agostinho ALVIM. *Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 215.

⁸⁴ Ministra Relatora Nancy ANDRIGHI. Recurso Especial 636.021/RJ 3.^a Turma. Data do Julgamento 02.10.2008.

Diante do exposto, é manifesta a impropriedade da nomenclatura “*dano moral coletivo*” por associar este dano transindividual com as lesões de natureza moral, exclusivas dos *interesses individuais*. O “dano moral”, nessa linha, não se confunde com o “dano não patrimonial”, embora, por vezes, as expressões sejam tomadas no mesmo sentido; assim, pugna-se em prol da alteração terminológica que prevalece na matéria, sugerindo o uso da designação *dano não patrimonial transindividual*⁸⁵.

Portanto, com supedâneo nos ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, dano não patrimonial transindividual “é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico”⁸⁶.

Com efeito, diante das premissas estabelecidas, quais sejam, a salvaguarda, pelo Direito, dos interesses transindividuais e a resarcibilidade do dano não patrimonial, ergue-se a teoria que defende que *a lesão de um bem coletivo (lato sensu), não econômico, deva resultar no dever de reparar*. Logo, “[n]em só o indivíduo identificável pode ser titular de interesses juridicamente tuteláveis [...] reconhece[-se] a existência de interesses difusos de valor inestimável economicamente e que, se lesados, devem naturalmente ser reparados”⁸⁷.

5. A Teoria do Dano Não Patrimonial Transindividual Ambiental

O reconhecimento de um “dano moral coletivo”, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, ainda hoje, é algo controvertido – na verdade, em alguns ordenamentos não se encontram

⁸⁵ O presente trabalho, ainda que existam eventuais razões que contraindiquem o uso da designação “dano moral coletivo”, insistirá nessa opção, por mera questão didática.

⁸⁶ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”. 50.

⁸⁷ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”. 50.

vozes a favor ou contrárias a esta figura^{88 89}. Tal fato se justifica, não só pela estreita identificação que a doutrina, dos mais diferentes ordenamentos, impõe ao “dano moral” como dano aos *interesses individuais*, mas também, principalmente, pelo fato da tutela dos *interesses transindividuais* corresponder a um fenômeno relativamente recente.

No entanto, o tema já teria sido levantado na doutrina francesa, nas lições de Planiol e Ripert, em 1946, ao sugerirem que “o dano coletivo pode ser entendido como aquele que sofre uma coletividade, sem o sofrer seus membros, senão como tais e indiretamente”⁹⁰. No mesmo sentido, os irmãos Mazeaud reconheceram a possibilidade de um prejuízo coletivo, admitindo, *n. g.*, que “o sindicato profissional pode agir para buscar reparação de um prejuízo que não lhe foi pessoalmente causado, ou que não é causado somente a si e a seus membros, mas sim à profissão que representa”⁹¹.

Com efeito, preliminarmente, cumpre dizer que, para se aceitar a reparabilidade do dano moral difuso ambiental, como espécie de dano moral coletivo⁹², faz-se necessário admitir que

⁸⁸ Atualmente o dano moral coletivo ambiental é amplamente difundido nos ordenamentos jurídicos argentino (ver Ricardo Luís LORENZETTI. *Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial*. Buenos Aires, 1997. 233; Gabriel A. STIGLITZ. “Dano Moral Individual y Coletivo”. *Revista dos Tribunais: Revista de Direito do Consumidor*. 19, [jul-set, 1996] 68-74) e brasileiro – este último, após recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (ver José Rubens Morato LEITE. “O dano moral ambiental difuso”. 71-82.

⁸⁹ Na doutrina portuguesa, Carla Amado Gomes suscitou, mesmo que sumariamente, a impossibilidade destes danos em matéria ambiental ao analisar o regime de danos ecológicos previsto no DL 147/2008, de 29 de Julho (Regime de prevenção e reparação do dano ecológico – RPRDE) que, à época, transpôs a directiva 2004/35/CE, de 21 de Abril, do Parlamento Europeu e do Conselho. Carla Amado GOMES. *A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008*, de 29 de Julho. In: *Textos dispersos de Direito Ambiental*, III. Lisboa, 2009. p. 12, 26 e 28. Porém, da leitura de publicações mais recentes da autora, afigura-se ser possível extrair a viabilidade deste pedido, desde que os valores das compensações, arbitradas a título de lesão ao patrimônio imaterial coletivo, sejam revertidos em favor da proteção e da preservação dos valores do ambiente, ver: Carla Amado GOMES. *Introdução ao direito do ambiente*, 75 e 195.

⁹⁰ (Grifou-se). Marcel PLANIOL; Georges RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil*. trad. Mario Diaz Cruz. Havana: Cultural S.A, 1946, 899 (tradução livre).

⁹¹ (Grifou-se). Henri MAZEAUD; Leon MAZEAUD. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. v. II. Paris: Recueil Sirey, 1947, 721 (tradução livre).

⁹² Discute-se a consagração do denominado “dano moral coletivo”

a coletividade possui um *patrimônio moral transindividual*, relacionado com a manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida^{93 94}. Trata-se do reconhecimento de que a “coletividade” é ente que, embora despersonalizado, apresenta valores morais e um patrimônio ideal que merece proteção⁹⁵.

Parece líquido, por exemplo, que a lesão à “reputação da coletividade”, causada pela maré negra em decorrência do naufrágio de um petroleiro, não corresponde à violação de um direito inerente a entidades autônomas ou a municípios afetados, mas sim, à lesão de um direito da própria coletividade que teve sua qualidade de vida ou bem estar diminuídos^{96 97}.

(*dano não patrimonial transindividual*), enquanto justa medida para aqueles que, atuando ilícitamente, violem determinado círculo de valores coletivos e difusos dispostos nas mais diversas áreas, *v.g.*, ambiental (lesão à qualidade de vida e saúde da coletividade), consumidor (lesões aos direitos dos consumidores), ordem e urbanismo (danos ao patrimônio histórico e artístico) etc. Para uma análise mais aprofundar acerca do instituto “dano não patrimonial transindividual”, ver Fernando de Paula Batista MELLO. “O dano não patrimonial transindividual”. *Revista de Direito do Consumidor*, 23/96 (nov.-dez. 2014) 41-74.

⁹³ Ricardo Luís LORENZETTI. “La nueva ley ambiental argentina”. *Revista de Direito Ambiental*. N. 29: 187 – 306. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 305.

⁹⁴ Para Steigleder, o dano não patrimonial transindividual poderá ser identificado em três diferentes formas, a saber: (a) dano moral ambiental coletivo, caracterizado pela diminuição da qualidade de vida e do bem-estar da coletividade; (b) dano social, identificado pela privação imposta à coletividade de gozo e fruição do equilíbrio ambiental proporcionado pelos microbens ambientais degradados e (c) dano ao valor intrínseco do meio ambiente, decorre da irreversibilidade do dano ambiental, no sentido de que a Natureza jamais se repete. Annelise Monteiro STEIGLEDER. *Responsabilidade Civil Ambiental*. 174.

⁹⁵ André de Carvalho RAMOS. “A ação civil pública e o dano moral coletivo”. *Revista dos Tribunais: Revista de Direito do Consumidor*, 25 (jan. 1998) 81.

⁹⁶ Em sentido contrário à afirmação, cita-se o caso do Petroleiro Érika, no qual o Tribunal Correccional da Paris admitiu a concessão de dano não patrimonial a título de lesão da “reputação da coletividade”, causado pelo naufrágio, a entidades com atribuições em matéria ambiental, tais como ONGs e municípios afetados pela “maré negra”. Trata-se, contudo, *como base na teoria do dano não patrimonial transindividual*, de uma situação em que o julgador não realizou a melhor classificação jurídica, na medida em que o titular do direito à indenização seria a própria coletividade – e não as pessoas jurídicas designadas – que teve o seu patrimônio imaterial ambiental diminuído em virtude do naufrágio. Portanto, o direito no qual que se funda a ação (lesão à reputação a coletividade) é inerente a um determinado conjunto de pessoas que, embora não possuam personalidade jurídica, poderão ver seus interesses defendidos em juízo por via de seus representantes, *e. g.* Municípios, ONGs, que atuam como legitimados extraordinários (substitutos processuais). Carla

A perda de ordem imaterial, suportada pela coletividade em razão da degradação ambiental é de natureza objetiva e não referente a interesse subjetivo particular⁹⁸. O *meio ambiente*, como *macrobem*, deve ser entendido como um todo unitário, de uso comum do povo. Assim, seja o proprietário particular ou público, não poderá ele dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado⁹⁹, uma vez que tal direito corresponde a um atributo imaterial e incorpóreo que se reflete no seio da coletividade.

Note-se, no entanto que, a previsão de um “dano moral coletivo” (*rectius*: dano não patrimonial transindividual) não afasta, em tese, o reconhecimento do dano moral em cada hipótese concreta, uma vez que, “o dano coletivo não resulta da simples soma de uma série de menoscabos individuais. Tem uma entidade grupal autônoma, na medida que afeta simultânea e coincidentemente a comunidade que foi vítima indiscriminada da lesão”¹⁰⁰ (tradução livre).

Daí que, retomando o exemplo anterior, poderá o Município, agindo em seu nome e visando tutelar interesse da coletividade atingida, requerer a condenação por danos não patrimoniais transindividuais ambientais de determinada empresa proprietária do navio petroleiro causador do desequilíbrio ambiental – que redundou no desaparecimento e dizimação de espécies nativas – ou da perda da qualidade de vida – implicando a impossibilidade temporária da utilização da região costeira e de seus atributos. A eventual condenação da empresa pela violação do meio ambiente enquanto *macrobem* não obstará que, individualmente, aquele(s)

Amado GOMES. *A responsabilidade civil por dano ecológico*, 12. (Cfr. Agathe VON LANG. “Affaire de l’Erika: la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire”. in *AJDA*, 17 [2008] 937 e segs.).

⁹⁷ Analisando a realidade portuguesa, Carla Amado GOMES destaca que as hipóteses de “dano moral coletivo” não serão abarcadas pela reparabilidade do dano ecológico, nem necessariamente se caracterizarão por serem danos de natureza pessoal, concedendo, assim, a estas hipóteses uma natureza híbrida, ou seja, um regime que consistiria em um *tertium genus* entre o dano ecológico e o dano pessoal. Carla Amado GOMES. *Introdução ao direito do ambiente*. 75 e 195

⁹⁸ José Rubens Morato LEITE. “O dano moral ambiental difuso”. 62.

⁹⁹ José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 83.

¹⁰⁰ Grifou-se. Gabriel A. STIGLITZ. “Dano Moral Individual y Coletivo”. 72.

que se sentir(em) lesado(s) em sua esfera subjetiva, vendo afetados direitos, tais como bens de personalidade ou bens patrimoniais, possa(m) requerer a reparação destes danos¹⁰¹.

É salutar destacar que, diferentemente do que ocorre com as relações individuais (ou mesmo individuais homogêneas), onde a reparação dos danos reverte em favor de cada um dos lesados, nos danos coletivos, pela indivisibilidade do objeto, não se beneficiará este ou aquele, mas, sim, um *Fundo*¹⁰² (v. g., Fundo Municipal do Meio Ambiente; Fundo de Prevenção e Controle da Poluição), que, posteriormente, destinará o dinheiro em favor da própria coletividade. Desta forma, em matéria ambiental, as quantias indenizatórias reverterão em favor da prevenção e promoção dos valores ambientais¹⁰³.

Em outra perspectiva, corresponde o *dano não patrimonial transindividual ambiental* a uma ofensa a um *direito da personalidade de dimensão coletiva*, na medida em que a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado se enquadra em uma categoria do *direito geral de personalidade*¹⁰⁴, uma vez que é concebida como condição especial para o completo desenvolvimento da personalidade humana¹⁰⁵. Coloca-se, assim, em questão, a identificação do conceito de “*pessoa*” com o de “*criatura humana*”, para, então, se concluir, pela ausência de total similitude entre ambos, em virtude de que, diferentemente da “*criatura humana*”, que poderá existir no isolamento, a pessoa somente adquire plenitude *entre* as “*criaturas humanas*”, ou seja, em coletividade¹⁰⁶.

¹⁰¹ Note-se que se uma pluralidade de sujeitos tem os seus bens pessoais lesados, em virtude de um dano de origem comum, haverá um conjunto de danos individuais, que, embora não concebíveis como danos não patrimoniais transindividuais, poderão receber uma tutela processual coletiva, uma vez que estarão em causa *interesses individuais homogêneos*.

¹⁰² A exemplo do que se prevê no artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública brasileira (n.º 7.347/85).

¹⁰³ Carla Amado GOMES. *Introdução ao direito do ambiente*. 75.

¹⁰⁴ José Rubens Morato LEITE. “O dano moral ambiental difuso”. 62.

¹⁰⁵ Cfr. José Rubens Morato LEITE; Patryck de Araújo AYALA. *Dano Ambiental*. 271-276.

¹⁰⁶ Arthur KAUFMANN. “Prolegômenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações. Fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa”. *Boletim da Faculdade de Direito*, 78 (2002) 203. Ainda de acordo com o sentido apresentado, destaca Kaufmann, “A pessoa nunca pode ser deter-

Portanto, por ser a coletividade a essência da própria noção de pessoa, não se pode descurar o conteúdo axiológico presente em suas diversas manifestações (*v. g.*, na própria noção de meio ambiente ecologicamente equilibrado), na medida em que, ao se conceder o dano não patrimonial transindividual, estar-se-á a salvaguardar o interesse do próprio homem, em seu viés coletivo.

Nessa senda, busca-se a ampliação do conceito de dano moral, deixando este de se restringir à alteração de um estado anímico, ou seja, a equivaler à “dor psíquica” (dor física, tristeza, angústias, vergonha, humilhação) – inerente às pessoas físicas –, para, também, refletir o dever de reparar quaisquer danos extra-patrimoniais (ou, não patrimoniais) de natureza coletiva, com o fim de corresponder “ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias”¹⁰⁷.

Não se pode olvidar que é na esfera da própria concepção de sociedade que se concentram os interesses transindividuais – não acidentalmente, por vezes, reconhecidos como *interesses sociais*^{108 109}. Logo, numa modesta e simplista construção, diz-se que

minada apenas pelo indivíduo. Precisamente por isso Max Scheller considera o conceito ‘pessoa individual’ uma ‘contradictio in adiecto’. A pessoa é sempre co-instituída *pelos outros*” (grifos no original). *Ibid.* 205. Em sentido semelhante, ver Mafalda Miranda BARBOSA. *Do nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*. 1330-1332.

¹⁰⁷ Xisto Tiago de MEDEIROS. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2004. 134.

¹⁰⁸ Para o presente trabalho deve-se conceber a noção de “*interesse social*” como equivalente ao exercício coletivo de interesses transindividuais. Rodolfo de Camargo MANCUSO. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 33. Diante do exposto, tem relevo o *interesse social* quando determinada empresa é impedida de realizar certas atividades por serem elas atentatórias à qualidade de vida ou ao bem-estar da coletividade.

¹⁰⁹ Os interesses coletivos (*lato sensu*), não devem ser identificados como pertencentes à categoria dos interesses públicos sob o ponto de vista da Administração, tampouco dos interesses privados. Portanto, incluem-se em um *tertium genus*, ou seja, uma terceira categoria de interesses – originada das incessantes relações na sociedade moderna –, que são inerentes a toda comunidade, e, por isso, têm uma conotação *pública* ou *social* (nestas hipóteses, são reconhecidos como interesses sociais). Segundo a doutrina, os *interesses sociais* estariam numa posição intermediária entre o público e o privado – vide Aluisio Gonçalves de Castro MENDES. *Ações coletiva e meios de resolução coletiva de*

os indivíduos se subsumem à coletividade, já que esta integram. O resultado natural desta fórmula conduz à incontornável constatação de que a proteção aos interesses transindividuais abrange, ao menos reflexamente, o indivíduo e a sua personalidade na condição de membro da própria comunidade¹¹⁰. Com efeito, não será despidianda a reafirmação da importância desses interesses¹¹¹, já que, conquanto autônomos dos interesses pessoais, merecem a efetiva tutela jurídica por invocarem um aspecto intrínseco à própria noção de pessoa.

conflitos no direito comparado e nacional. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 206. Nos dizeres de Arruda Alvim, trata-se do ramo do direito “que não é propriamente direito público nem privado, pode designar-se como *direito social*, regida por normas de ordem pública” (grifou-se). Arruda ALVIM. “Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas”. In: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo, Revista dos tribunais, 2005. 74-75. Note-se, no entanto, que a proximidade dos *interesses sociais* com os *interesses públicos* permite dizer-se que, sob uma ótica mais abrangente, este último englobaria (em uma categoria diferenciada) os interesses coletivos. Ricardo de Barros LEONEL. *Manual do Processo Coletivo*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 89. Assim também se posiciona a doutrina italiana: Marco CRESTI. *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*. Milano: Giuffrè, 1992. 4. A colocação do *interesse social* no *interesse público* se deve ao fato de que, ao ser comparado com o *interesse privado*, o público possui uma expressão mais abrangente, identificado com o conceito de bem geral. Hugo Mazzili explica que “nem só não coincide, necessariamente, o interesse público com o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, como ainda se pode adiantar que se confundem com o interesse público os mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência, do meio ambiente). E, num sentido lato, são também públicos todos os interesses que, posto reflexamente, atinjam a sociedade como um todo. Mesmo o interesse coletivo (que atinge uma categoria determinada ou menos determinável de indivíduos) e até o interesse individual, se indisponível, estão de certa forma inseridos na noção mais ampla, que é do interesse público”. Hugo Negro MAZZILLI. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 19.

¹¹⁰ “A referibilidade [*sic*] do interesse difuso não é ao indivíduo especificadamente considerado, mas o é enquanto membro da comunidade como seu integrante”. Ricardo de Barros LEONEL. *Manual do Processo Coletivo*. 93.

¹¹¹ “[T]al importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de desapeço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade” (grifou-se). André de Carvalho RAMOS. “A ação civil pública e o dano moral coletivo”. 81.

6. A (des)necessidade do “abalo” coletivo no “dano não patrimonial transindividual ambiental”

Quanto à expressão “abalo” coletivo, em termos jurídicos quer-se aludir à (des)necessidade da comprovação do efetivo prejuízo causado à coletividade. A questão que se coloca é a de saber se o *dano propriamente dito* deverá ser comprovado (*v. g.*, prova objetiva de que a degradação ambiental gerou o desequilíbrio do meio ambiente e a consequente diminuição da qualidade de vida e do bem-estar da coletividade; a comprovação probatória de que o dano ambiental foi suficiente para gerar “abalo”, “dor”, “frustrações”, aos membros da coletividade), ou se, por outro lado, o que importará para o dever de reparar é a ocorrência da *atividade lesiva*.

Para o fiel entendimento da supracitada discussão, cumpre, neste momento, destacar a diferença existente entre a *lesão (atividade lesiva)* e o *dano propriamente dito*. Sabe-se que, tradicionalmente, o dano é o resultado provocado pela lesão a algum direito ou bem; neste ponto de vista, a atividade lesiva, impõe-se como mero antecedente causal, já que o que será indenizável é a consequência danosa. Todavia, modernamente, há quem defenda¹¹² que, diante do dano não patrimonial, deve-se fazer uma releitura em torno da atividade lesiva do responsável, uma vez que, *v. g.*, a ofensa à honra em si, independentemente do prejuízo emocional que essa ofensa tenha causado no espírito do ofendido, bastará para que surja o dever de indenizar – tal distinção não assume a mesma relevância nos danos patrimoniais¹¹³.

¹¹² Sergio CAVALIERI FILHO. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 102; Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”, 47; Eduardo ZANNONI. *El daño en la responsabilidad civil*. 2.^a ed. Buenos Aires: Astrea 1993. 234-235; André Gustavo de ANDRADE. *Dano moral e indenização punitiva*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 38; Paulo Luiz Netto LÔBO. “Danos morais e direitos da personalidade”. In *Grandes temas da atualidade: Dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 364. Anderson SCHREIBER. *Direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. 16; IDEM. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012. 106-108. Maria Celina Bodin de MORAES. *Danos à pessoa humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 182-192.

¹¹³ André Gustavo de ANDRADE. *Dano moral e indenização punitiva*. 40. Note-se que os bens patrimoniais podem ser quantificados – nestes danos

Assim, defendem aqueles autores que o suposto dano, na responsabilidade civil não patrimonial, encontrar-se-ia situado na própria *atividade lesiva*, ocorrendo uma espécie de *dano normativo*, o qual não necessariamente resultará em uma alteração do estado anímico do lesado e será exposto a partir da conduta lesiva a uma classe especial de direitos¹¹⁴ – é dizer-se: o dano moral coletivo se concentra na violação do patrimônio moral da coletividade (protegido pelas regras que tutelam os *interesses difusos ou coletivos*), dispensando, neste contexto, a comprovação do efetivo prejuízo do “abalo” da coletividade. Trata-se da consagração do chamado *dano in re ipsa* (“do próprio fato”).

É com base nessa doutrina – do dano como atividade lesiva – que boa parte dos estudiosos assenta o seu posicionamento sobre o dano moral coletivo. Para eles, o *dano propriamente dito* deverá ser presumido, “devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)”¹¹⁵. A essa corrente alinha-se, ainda, o posicionamento de André de Carvalho Ramos, que, invocando as lições de Carlos Alberto Bittar, conclui que os danos morais coletivos gozam de presunção absoluta, já que o que deve ser comprovada é a existência de uma situação fática que, presumidamente, seja passível de causar o dano moral coletivo¹¹⁶.

Dessa forma, em matéria ambiental, tem-se entendido que os danos não patrimoniais transindividuais serão comprovados a partir da caracterização do fato lesivo que acarretou o dano ao ambiente. Explica Morato Leite que “diante das próprias evidências fáticas da degradação ambiental intolerável, deve-se presumir a violação ao ideal coletivo relacionado à proteção am-

haverá, necessariamente, a alteração naturalística (ex.: prejuízo, ruína, estrago, avaria, deterioração, perda). Logo, os danos a estes bens poderão ser medidos ou avaliados, tornando possível a indenização do *dano propriamente dito*. *Ibid.* 41.

¹¹⁴ André Gustavo de ANDRADE. *Dano moral e indenização punitiva*. 42.

¹¹⁵ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”, 50.

¹¹⁶ André de Carvalho RAMOS. “A ação civil pública e o dano moral coletivo”. 84. Nesse sentido, ver Guilherme Magalhães MARTINS. “Dano Moral Coletivo nas Relações de Consumo”. *Revista dos Tribunais: Revista de Direito do Consumidor*, 82 (abr. 2012) 90; Marcos Paulo de Souza MIRANDA. “Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro”. *Revista dos Tribunais: Revista de Direito Ambiental*, 54 (abr. 2009) 238.

biental e, logo, o desrespeito ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”¹¹⁷.

Contudo, torna-se indispensável avaliar se a conduta humana no ambiente foi, efetivamente, capaz de realizar uma alteração adversa nos atributos naturais, de forma a ultrapassar um “*limite de tolerabilidade*”. Note-se que para a realização de tal juízo não serão suficientes a consideração de “padrões” de qualidade ambiental pré-estabelecidos, mas, ter-se-ão também que avaliar as nuances oriundas do evento danoso¹¹⁸, pois, segundo Mirra, ainda que cumprindo padrões técnicos e científicos, o ato poderá ser suficiente para gerar prejuízos ao equilíbrio ecológico e, por conseguinte, redundar em um dano não patrimonial transindividual¹¹⁹.

Por outro lado, mesmo que minoritariamente, surgem posicionamentos no sentido de negar a possibilidade da presunção de um dano moral coletivo. Com isso, quer-se que o ferimento do interesse moral coletivo seja configurado na medida em que se constate o “abalo”, a repulsa, a indignação ou mesmo a diminuição da estima, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva (por todos os membros), entre outros efeitos lesivos¹²⁰.

Todavia, não há dúvida de que se trata de um entendimento que dificultará a incidência e aplicação do supracitado dano.

¹¹⁷ José Rubens Morato LEITE. “O dano moral ambiental difuso”. 65: “Sendo assim, da mesma forma que para os demais danos de natureza extrapatrimonial, não é necessária a prova técnica de configuração do dano ambiental extrapatrimonial; trata-se de um *dano in re ipsa*. Há que se atentar para os elementos que caracterizam o caso concreto e, diante deles, concluir se efetivamente foi lesado o aspecto da personalidade humana relacionado ao equilíbrio ambiental”.

¹¹⁸ José Rubens Morato LEITE. “O dano moral ambiental difuso”. 66.

¹¹⁹ Álvaro Luiz Valery MIRRA. *Ação civil pública e reparação do meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 103.

¹²⁰ Xisto Tiago de MEDEIROS. *Dano moral coletivo*. 136-137. Nesse sentido, ver: André de Carvalho RAMOS. “A ação civil pública e o dano moral coletivo”. 81. Esse posicionamento foi sublinhado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro – contudo, não se pode atestar ser esta a posição predominante naquela colenda Corte –, em decisão prolatada pelo Ministro Relator Luiz Fux, a qual negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, sob o fundamento que ele não conseguiu comprovar que ausência de licitação dá ré (Município de Uruguaiiana) gerou abalo à coletividade. Recurso Especial nº 821.891/RS. Ministro Relator Luiz Fux. Data do Julgamento 12.05.2008.

Cumpra reter que os indivíduos que compõem a coletividade não sofrem necessariamente com a mesma intensidade diante da agressão ambiental a eles imposta. Assim, destaca Rubens Leite que “[o] que deve ser enfatizado é que, a despeito dessa variável intensidade que será imposta aos envolvidos com graus de reprovabilidade diferenciados, existirá, sem dúvida alguma, uma ofensa a um direito imaterial comum a todos, e que, por essa razão, deve ser garantido da forma mais segura possível”.

Independentemente da corrente que se adote, o que se pode verificar é que, para se fazer jus ao dano moral coletivo, deve ser constatado um dano grave no patrimônio imaterial da coletividade, ao ponto de se merecer a tutela do direito, ou seja, “é imperioso que se apresente o dano como injusto e de real significância, usurpando a esfera jurídica de proteção à coletividade, em detrimento dos valores (interesses) fundamentais do seu acervo”¹²¹.

7. O caráter preventivo-repressivo da condenação por danos não patrimoniais transindividuais ambientais

É cediço que os direitos ambientais não se enquadram nos modelos teóricos dos ramos tradicionais do Direito, o que significa dizer que a tutela desses interesses ganha contornos diferentes daqueles aplicados aos direitos individuais. Não há dúvida de que tal fato se justifica pela natureza dos bens que compõem a realidade ambiental, na medida em que a necessidade de protegê-los é proveniente de valores de relevância *social* e do *interesse público*.

Por esse motivo, a tutela reparatória promovida, em regra, pelas ações coletivas, precipuamente, por via das ações civis públicas (ou ações populares), ganha características diversas das ações convencionais de responsabilidade civil que preservam os interesses individuais, afinal, “qual seria [...] o valor do dano material representado por loteamento clandestino desfigurador da ordem urbanística de determinado município? Qual o valor do dano

¹²¹ Xisto Tiago de MEDEIROS. *Dano moral coletivo*. 136-137.

material decorrente de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva? Qual o valor do dano material da poluição de um rio ou lago?”¹²².

Em verdade, como se constata, essas ações coletivas detêm, por tutelarem bens de alta complexidade, um caráter eminentemente punitivo/preventivo, visto pretender-se, com elas, a todo custo, *n. g.*, a preservação do bem histórico, cultural e ambiental. Por esse motivo, essas ações apresentam uma natureza “híbrida”, da qual se extrai a noção de reparabilidade da responsabilidade civil, bem como o caráter repressivo/acautelatório do direito penal¹²³.

Dessa forma, se a supracitada realidade já se apresenta em relação aos bens, ditos *patrimoniais coletivos*, evidentemente ela se evidencia nos *bens não patrimoniais transindividuais*. É certo que, conforme já se destacou, a *função preventiva* encontra-se incorporada na noção moderna de responsabilidade civil ambiental, o que leva a afirmar que tal papel será efetivado a partir da aplicação do caráter punitivo da condenação.

Desse modo, deve-se entender que, nas situações em que estão em causa *interesses transindividuais ambientais*, as funções da responsabilidade civil ambiental assumirão uma dupla característica, a *reparatória* (com fim, primário, de restabelecer a(s) unidade(s) ambiental(is) perdida(s)) e a *punitiva* (calcada na concepção preventiva da *teoria do desestímulo*)¹²⁴. Esse é o entendimento de

¹²² Leonardo Roscoe BESSA. “Dano moral coletivo e seu caráter punitivo”. *Revista dos Tribunais*, 919 (mai. 2012) 515-525.

¹²³ Essas dificuldades em avaliar os danos patrimoniais são, também, sentidas por juristas como Miguel Teixeira de Sousa que, ao analisar os mecanismos para se quantificar a indenização global, prevista no artigo 22.º, número 2, da Lei de Ação Popular portuguesa, destaca o caráter punitivo desta indenização coletiva, “o que a aproxima da ‘indenização punitiva’ (*punitive damages*) característica do direito norte-americano (Grifos no original). Miguel Teixeira de SOUSA. *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal. Temas atuais do direito processual ibero-americano: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 167-168.

¹²⁴ Luiz Gustavo Grandinetti ressalta que se deve “admitir uma certa fungibilidade entre as funções sancionatória e reparatória em matéria de interesses difusos lesionados”. Luiz Gustavo GRANDINETTI. “Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo)”. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, 3/9 (2000) 24-31. Ver, ainda,

autores como Fernando Noronha, que, embora avesso à função punitiva na seara da responsabilidade civil, por entender que ela está associada à função preventiva própria da responsabilidade penal, ressalta que, “quanto aos danos transindividuais [...], com destaque para os resultantes de infrações ao meio ambiente, tem sido muito enfatizada a necessidade de punições ‘exemplares’, através da responsabilidade civil, como forma de coagir as pessoas, empresas e outras entidades a adotar todos os cuidados que sejam cogitáveis, para evitar a ocorrência de tais danos”¹²⁵.

Portanto, a condenação por danos não patrimoniais difusos ambientais, nos termos do que propõe Carlos Alberto Bittar, deve ser amparada pela *teoria do desestímulo*, para que se evitem novas violações aos valores coletivos, ou seja, “o montante da condenação deve ter dupla função: *compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor*; para tanto, há que se obedecer, na fixação do *quantum debeatur*, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como, *v.g.*, a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato”¹²⁶.

A condenação por “*dano moral coletivo ambiental*”, necessariamente por *equivalência*, não tem o objetivo de restabelecer um bem material passível de quantificação; visa-se oferecer uma *compensação pecuniária* a determinado grupo de indivíduos (determináveis ou não), por terem sido lesados os seus bens de natureza imaterial ambiental, a partir da sanção do ofensor, que deve ser exemplar¹²⁷. É dizer: a lesão ao patrimônio moral ambiental de determinada coletividade gerará o direito dessa comunidade a se valer do proveito econômico obtido em razão dos valores

Vitor Fernandes GONÇALVES. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. 238-246.

¹²⁵ Fernando NORONHA. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. 441. Ao analisar a realidade brasileira, o jurista destaca: “A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) indiretamente veio estimular a imposição dessas punições através do instituto da responsabilidade civil, quando abriu a possibilidade de condenação em indenizações que revertem para fundos de defesa de direitos difusos (a respeito dos quais importa ver em especial a Lei n. 9.008/95).”

¹²⁶ Carlos Alberto BITTAR. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”. 53.

¹²⁷ Xisto Tiago de MEDEIROS. *Dano moral coletivo*. 177.

recolhidos a título de compensação, permitindo, por exemplo, a prevenção e promoção do ambiente lesionado – cumprir-se, aqui, a mesma finalidade da reparação dos danos morais, ou seja, compensa-se o lesado pelo dano sofrido “mediante satisfações derivadas da utilização do dinheiro”¹²⁸.

Assim, será fundamental que o direcionamento da parcela pecuniária seja revertido, mesmo que indiretamente, à própria coletividade – uma vez que os *interesses transindividuais* são indivisíveis. Por esse motivo, como já ressaltado, vislumbra-se a importância de um Fundo ao qual se destinem essas verbas para melhoria ou conservação do *interesse lesado*.

Por fim, frisa-se que o fato da condenação pecuniária poder vir a ser revertida em benefício da própria comunidade corresponde a mais um argumento adicional a favor do reconhecimento do caráter punitivo desta indenização, uma vez que afasta a crítica quanto à possibilidade destas “indenizações punitivas” gerarem enriquecimento *sem causa* da vítima.

8. Considerações Finais

Conclui-se que a vigência de um Estado de Direito Ambiental encontra-se marcada pela implementação de uma noção ecocêntrica na realidade jurídica fática em que é instaurado. Trata-se da garantia da edificação de um sistema jurídico disposto a combater as externalidades ambientais a partir da construção de uma forma de Estado voltada à solidariedade, participação e inclusão de novos valores e direitos-deveres que, somados, colimam para uma máxima proteção ambiental.

É nesse sentido que o Direito é obrigado a se manifestar através da releitura de seus institutos clássicos, dos quais se destaca a responsabilidade civil por ser um elemento concretizador da tão almejada “*justiça ambiental*”. É diante da complexidade do bem ambiental, marcado por sua natureza transindividual, que se assiste uma reconfiguração deste instituto, a qual passa a englobar, ao lado de sua clássica função reparatória, um papel emi-

¹²⁸ Carlos Alberto da Mota PINTO. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 129-130.

nentemente preventivo, correlacionado aos *princípios da precaução e prevenção* – a responsabilidade civil, em matéria ambiental, ganha luz própria questionando-se, a partir daí, a compatibilidade de seus atuais mecanismos com os pressupostos tradicionais de uma pretensão indenizatória.

Dessa forma, ao se aquilatar a extensão do dano ambiental, com base no conceito de *macrobem* ambiental, pugnou-se pela aplicabilidade dos chamados danos não patrimoniais transindividuais por corresponderem a lesões a bens ambientais de natureza imaterial, tais como o equilíbrio do meio ambiente e a manutenção da qualidade de vida. Verificou-se que o dano não patrimonial transindividual não resultará da mera soma de uma série de lesões individuais, mas da lesão de valores determinantes para certa entidade grupal autônoma, na medida em que afeta simultânea e coincidentemente a comunidade que fora vítima da lesão.

Diante do exposto, assente na noção de reparação integral, sugere-se o reconhecimento de uma *nova categoria de dano (tertium genus)*, compreendida para além das acepções tradicionais de dano “moral” e “patrimonial”, que se caracteriza como um dano de caráter *não patrimonial transindividual* e se funda na salvaguarda de *interesses (valores) do próprio homem em seu viés coletivo*.

(Página deixada propositadamente em branco)

7.

DIREITO PENAL DO AMBIENTE UMA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

Carolina Mendes¹

Tiago Magalhães

Mestrandos em Direito Penal
Universidade de Coimbra

Sumário: *I. Legislação penal – evolução e responsabilidade das pessoas colectivas. 1.1. A particular questão do reenvio para normas extra-penais. II. Análise jurisprudencial. III. Uma breve conclusão.*

A consagração de uma dimensão de tutela ambiental no direito sancionatório, em particular na discursividade jurídico-penal, reflecte as hodiernas preocupações atinentes à contenção de comportamentos de risco susceptíveis de causarem lesões ao «meio ambiente», ao ponto de alicerçarem a repressão criminal dessas mesmas condutas.

Ora, o ordenamento jurídico-penal português abraça, se atentarmos a diversas normas incriminatórias do Código Penal², um entendimento concordante com essa apologia do ambiente enquanto interesse socialmente relevante, por corresponder a uma – e citando-se Figueiredo Dias – “condição indispensável ao

¹ O presente estudo contou com a colaboração dos Mestrandos André Morais, Fábio Gulpilhares e Francisca Cordeiro, no âmbito do grupo de investigação do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, coordenado pelos Doutores Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa e Nuno Brandão.

² Doravante referir-nos-emos ao Código Penal português mediante o recurso à respectiva sigla, CP.

livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo na comunidade”³, e cuja carência de tutela respeita as fronteiras jus-axiológicas da necessidade e da *ultima ratio* do Direito Penal, assumindo-se assim o ambiente como bem jurídico-penal colectivo⁴, visando essas mesmas incriminações potenciar a prevenção de condutas perigosas ou lesivas de bens ecológicos, embora excluindo-se da resposta punitiva penal condutas quase bagatelares, as quais se devem reservar somente ao Direito de Mera Ordenação Social⁵. Contudo, frise-se que a perspectivação do ambiente enquanto bem jurídico colectivo não acolhe unanimidade entre a doutrina, inclusive nacional, preferindo algum pensamento dogmático especificar que o interesse tutelado pelas normas incriminatórias dos Artigos 278.º e seguintes do CP, sobretudo, será a *qualidade do ambiente*, não o ambiente propriamente dito⁶, podendo, com propriedade, questionar-se se não se tratará de uma mera destrinça semântica.

Não enveredando por tais querelas dogmáticas, recordamos, no entanto, a contemporânea coexistência, no horizonte do sistema jurídico português, de uma tutela penal do ambiente a par de uma intervenção igualmente contra-ordenacional⁷, ambas as esferas do domínio sancionatório pautando-se por uma edifi-

³ Citamos Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. Volume I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 371.

⁴ Citando Frederico de Lacerda da Costa PINTO, o ambiente consubstanciará “um *bem complexo* ou de *síntese*, onde se unificam parcelas significativas e autonomizáveis” (itálico no original). Cf. “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 10 (2000) 375.

⁵ Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente”, 376-377 383-384; Paulo de Sousa MENDES, *Vale a pena o direito penal do ambiente*, Lisboa: aafdl, 2000, 16. Note-se que expressões legais, como “em medida inadmissível”, espelham esse afastamento das designadas «condutas de massas» da intervenção sancionatória penal.

⁶ Assim, José Souto de MOURA, “O crime de poluição. A propósito do art. 279.º do Projecto de Reforma do Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, 13/50 (1992) 20-21.

⁷ Cf. Maria Fernanda PALMA, “Acerca do estado actual do Direito Penal do Ambiente”, *O Direito*, 136/1 (2004) 77-87, p. 77-79. Expressando-se no sentido de considerar mais profícua uma tutela ambiental recorrendo ao Direito de Mera Ordenação Social, em detrimento da resposta penal, *vide* Frederico de Lacerda da Costa PINTO, “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, 383-386.

cação normativa e de política legislativa centrada em pilares eminentemente preventivos⁸.

Se recordarmos, ainda que por breves instantes, o discurso constitucional, focando-nos no teor normativo do Art. 66.º/1 da nossa Lei Fundamental, constataremos que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e *ecologicamente equilibrado* e o dever de o defender” (itálico nosso). Essa norma constitucional, na perspectiva de diversa literatura jurídica, materializará o suporte fundante da intervenção estadual punitiva no domínio ambiental, revelando assim um direito fundamental da pessoa a exigir a devida protecção estadual do ambiente em geral⁹, que ulteriormente se precipitará na repressão criminal de condutas lesivas do ambiente ou susceptíveis de consubstanciarem um perigo para o mesmo.

Analisaremos, assim, a legislação penal portuguesa atinente à tutela ambiental, com enfoque na evolução que vem sofrendo nos últimos anos, e a jurisprudência penal nacional e europeia versando a mesma temática, visando traçar, no fundo, um perfil sucinto da relevância dispensada, no plano de política criminal e concretamente no momento de incriminação de condutas, bem como no plano da realização judicativo-decisória, ao Direito Penal do Ambiente.

I. LEGISLAÇÃO PENAL – EVOLUÇÃO E RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS COLECTIVAS

Longe de nos achamos da versão originária do CP, que somente incriminava, no Art. 269.º, a contaminação “por veneno ou outras substâncias prejudiciais à saúde, água que possa ser utilizada para consumo”, e, no Art. 271.º, a difusão de epizootias,

⁸ Cf. Heloísa OLIVEIRA, “Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais”, *Revista de Concorrência e Regulação*, 2/5 (2011) 211-212.

⁹ Cf. Frederico de Lacerda da Costa PINTO, “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, 373-374; José Souto de MOURA, “O crime de poluição”, 21-22; Paula Ribeiro de FARIA, “[Comentário ao Artigo 278.º]”, in Jorge de Figueiredo DIAS, dir., *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo II: Artigos 202.º a 307.º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 932-933.

de cuja previsão não se poderia concluir pela inerente tutela criminal de um bem jurídico ambiente, somente achando-se patente uma referência embrionária à questão¹⁰. Os tipos legais referidos encontravam-se, num plano sistemático, inseridos na Secção dos Crimes Contra a Saúde, no Capítulo dos Crimes de Perigo Comum, enquadrada no Título dos Crimes Contra Valores e Interesses da Vida em Sociedade.

Em contraposição a essa consagração incipiente, deparamo-nos, hodiernamente, e após várias reformas e alterações do CP, com um cenário de tutela penal ambiental constituído pelos Art. 278.º, 278.º-A, 279.º, 279.º-A e 280.º, referentes, respectivamente, aos danos contra a natureza, à violação de regras urbanísticas, à poluição, a actividades perigosas para o ambiente e à poluição com perigo comum. Estes crimes integram, no plano de organização sistemática do Código, o Capítulo dos Crimes de Perigo Comum, do Título dos Crimes Contra a Vida em Sociedade. Não estão, portanto, sistematicamente autonomizados.

Historicamente, recorde-se a reforma de 1995 do Código, que marcou um ponto de viragem na legislação penal ambiental, passando a prever expressamente duas incriminações eminentemente ambientais, os “danos contra a natureza” (Art. 278.º) e a “poluição”, de carácter geral (Art. 279.º).

Analisemos, agora, a evolução do teor normativo dos preceitos referidos, principiando pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro. No artigo 278.º, procedeu-se, mediante as alterações introduzidas pelo referido diploma legal, a uma especificação das condutas passíveis de integrar o crime de danos contra a natureza, e foi alterado o número 2, dele passando a constar a criminalização do comércio de exemplar de fauna ou flora de espécie protegida, vivo ou morto.

No artigo 279.º, referente à poluição, o critério “em medida inadmissível” – revelador do intuito de mera incriminação de ofensas inadmissíveis, atendendo à inarredável torrente de condutas lesivas de bens ecológicos, produto da normal dinâmica produtiva e tecnológica do panorama industrial e económico

¹⁰ Assim, Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente”, 372-373.

pós-moderno¹¹—, relativo às actividades poluidoras, foi substituído pelo critério da “forma grave”. Consequentemente, o número 3 do artigo, que concretizava a medida do inadmissível, foi alterado, dele passando a constar as condutas poluidoras tidas como graves.

Quanto ao artigo 280.º, que regula a poluição como perigo comum, foi acrescentada a referência à criação de perigo, através de uma actividade poluidora, para monumentos culturais ou históricos.

Aproveitamos para introduzir um breve parêntesis, ressaltando que, em 2007, e mediante as alterações e aditamentos introduzidos ao Código pela referida Lei n.º 59/2007, o Art. 11.º passou a consagrar expressamente a responsabilidade criminal das pessoas colectivas. A previsão legal de tal responsabilidade não se revelava inédita, se recordarmos que já se consagrava no Direito Penal Secundário. Com efeito, muito embora se situe na década de 80 do século XX a sua definitiva consagração em legislação extravagante, no âmbito da qual cabe destacar o Decreto-Lei 28/84, de 20 de Janeiro, eram já conhecidas do direito português algumas experiências legislativas de responsabilização criminal das empresas¹².

Porém, 2007 constitui um marco essencial nesta matéria uma vez que a alteração ao CP levou a uma extensão da responsa-

¹¹ Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente”, 377 e ss.

¹² A título exemplificativo pode referir-se a antiga lei de imprensa, prevista no Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro, cujo artigo 29.º, n.º 1, previa a responsabilidade das “empresas jornalísticas, editoriais e noticiosas” em cujas publicações ou notícias se cometessem crimes. Um outro exemplo é-nos dado pelo Decreto-Lei n.º 630/76, de 28 de Julho, relativo ao regime de operações cambiais abusivas, que no seu artigo 7.º punia com multa até metade do valor da mercadoria ou da transacção as pessoas colectivas ou sociedades que praticassem os actos ilícitos previstos naquele diploma. Um último exemplo pode buscar-se no domínio do direito eleitoral, na Lei 14/79, de 16 de Maio (Lei Eleitoral para a Assembleia da República), que punia com multa criminal as empresas proprietárias de estação de rádio que não cumprissem os direitos de antena legalmente estabelecidos (artigo 132.º) e os partidos políticos que aceitassem “contribuições de valor pecuniário destinadas à campanha eleitoral provenientes de empresas nacionais ou de pessoas singulares ou colectivas não nacionais (artigo 144.º e 76.º). Estes e outros exemplos podem encontrar-se em Jorge Reis BRAVO, *Direito Penal de Entes Colectivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 250 e ss.

bilidade penal das pessoas colectivas a domínios tradicionalmente enquadrados no denominado Direito Penal Clássico – concluindo-se pela plena introdução da pessoa colectiva na discursividade jurídico-penal –, entre os quais o ambiente, uma vez que, no elenco de crimes pelos quais as pessoas colectivas também podem ser criminalmente responsabilizadas, e que consta do artigo 11.º/2 do CP, incluem-se os crimes dos artigos 278.º, 278.º-A, 279.º e 280.º - os crimes ambientais¹³. Assim se colmatou uma clamorosa lacuna punitiva, uma vez que a generalidades dos delitos ambientais são susceptíveis de serem praticados por pessoas colectivas, pois, na nossa contemporaneidade, os agentes económicos, promotores de um desenfreado ritmo produtivo, potenciado por inovadoras tecnologias e igualmente trampolim para a esmagadora maioria de lesões a bens ecológicos, identificam-se com *empresas*, e isso mesmo é revelado pelas próprias normas incriminadoras, ao recorrerem a critérios delimitativos, como “em medida inadmissível”¹⁴. Enfim, superaram-se críticas dogmáticas¹⁵ concernentes ao desfasamento entre os destinatários das normas penais ambientais, as pessoas singulares – atendendo, portanto, que até 2007, no âmbito do denominado Direito Penal Clássico», vigorava amplamente a regra correspondente ao aforismo latino «*societas delinquere non potest*» –, e os destinatários de múltiplos regulamentos e obrigações administrativas que integravam a norma penal em branco, que geralmente se identificam com pessoas colectivas.

Atente-se, porém, que não referimos expressamente a inclusão do Art. 279.º-A no catálogo de tipos legais que podem conduzir a uma responsabilização criminal da pessoa colectiva, por tal questão se revelar dúbia e, parece-nos, carente de intervenção legislativa clarificadora. Note-se, pois, que no Art. 11.º/2 se consagra a susceptibilidade de imputação a uma pessoa colectiva – ou entidade equiparada – dos crimes previstos nos Art. 262.º a 283.º, entre os quais, numa análise apriorística, se incluirá

¹³ O Art. 11.º foi ainda posteriormente alterado pela Lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto e pela Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril, da última resultando a actual redacção da norma.

¹⁴ Cf. Paulo de Sousa MENDES, *Vale a pena o direito penal do ambiente*, 19 e ss.

¹⁵ Cf. Frederico de Lacerda da Costa PINTO, “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, 382.

o crime consagrado no Art. 279.º-A. Porém, e se incluirmos um relevante dado nas presentes considerações, atentemos que a previsão normativa do Art. 279.º-A somente surge após a alteração de 2011 ao CP, ao passo que o mencionado segmento normativo do Art. 11.º/2 resulta da prévia Lei n.º 59/2007. Simplificando, aquando da consagração da responsabilidade criminal das pessoas colectivas pelos crimes do catálogo enumerado no Art. 11.º/2, o nosso CP não previa nenhum Art. 279.º-A, pelo que não se discutiria a sua integração ou não naquele elenco. Porém, a questão coloca-se precisamente após a revisão de 2011, ao ponto de, na exposição de motivos da correspondente proposta legislativa, o Governo especificar que se consideraria incluída no catálogo do Art. 11.º/2, a partir da entrada em vigor das alterações introduzidas por aquela lei, o novo tipo legal de crime do Art. 279.º-A. Não devemos contudo retirar de uma mera exposição de motivos de uma proposta de lei uma resposta conclusiva à questão que assim enunciamos, o mesmo se aplicando ao silêncio legislativo, nessa precisa questão, da Lei n.º 56/2011, de 15 de Novembro, bem como das posteriores alterações ao Art. 11.º conduzidas pelas Leis n.º 60/2013, de 23 de Agosto e n.º 30/2015, de 22 de Abril. Daí crermos ser preferível, da perspectiva do princípio da legalidade e das exigências de tipicidade que dele decorrem, que o legislador delimitasse o catálogo indicando expressamente as incriminações e não apenas os números dos artigos.

Concluído o parêntesis e recuperando a análise histórico-evolutiva das normas em apreço, note-se que, em 2010, foi aditado o Art. 278.º-A ao Código, relativo à violação de regras urbanísticas, e, posteriormente, a Lei n.º 56/2011, de 15 de Novembro, procedeu a uma nova alteração das normas incriminatórias sob escrutínio, conferindo nova redacção aos artigos 278.º, 279.º e 280.º, além do aditamento do Art. 279.º-A, assim criando um novo crime de actividades perigosas para o ambiente.

No artigo 278.º, especificaram-se, novamente, as condutas passíveis de integrar o crime de danos contra a natureza, alterando as alíneas a) e b) do seu número 1. No número 2, sobre comercialização ou detenção para comercialização de espécies protegidas, procedeu-se ainda a uma agravação, para um ano, da

pena de prisão, e para 240 dias da pena de multa. Por fim, no número 3, passou a constar a previsão de posse ou detenção de exemplares de espécies protegidas e, no número seguinte, referem-se as circunstâncias nas quais a conduta descrita no número anterior não será punível.

No artigo 279.º/1, que criminaliza a poluição, o critério da “forma grave” foi substituído pelo dos “danos substanciais” das actividades poluidoras, critério esse densificado normativamente no número 6. No número 2, encontramos a enumeração das actividades poluidoras que causam efectivamente danos substanciais aos bens ambientais e a respectiva sanção criminal e, no número 4, a sanção criminal do agente que pratica actividades poluidoras susceptíveis de causar danos substanciais aos bens ambientais.

Antevê-se, porém, que a tarefa legislativa de alteração do teor normativo dos preceitos anteriormente referidos e analisados não se quede por aqui, uma vez que existe, actualmente, um novo projecto de proposta de lei de alteração ao CP, que pretende alterar a redacção dos artigos 278.º e 279.º, de forma a dar pleno cumprimento à transposição da Directiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008, relativa à protecção do ambiente através do direito penal e da Directiva 2009/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro de 2009, que altera a Directiva 2005/35/CE relativa à poluição por navios e à introdução de sanções em caso de infracções. Estas já foram transpostas para o ordenamento jurídico português através da Lei n.º 56/2011.

É intenção deste projecto a alteração da redacção da alínea b) do número 1 do artigo 278.º, de forma a ampliar o âmbito de aplicação da Directiva sobre protecção do ambiente através do direito penal. Passar-se-ia, portanto, a punir a destruição ou a deterioração significativa de um habitat natural, seja este protegido ou não. Além disso, pretende-se ainda alterar a redacção do artigo 279.º, introduzindo uma referência expressa às radiações ionizantes [alínea a) do número 2], suprimindo-se a exigência que obriga a que a conduta a criminalizar seja apta para causar danos substanciais, presente tanto nos números 1 e 2 do artigo. Inclui ainda uma alteração à alínea c) do número 2 do artigo 279.º, acrescentando, além das substâncias, também as preparações perigosas,

e a introdução de uma norma que criminalize e puna a repetição das descargas ilícitas que, no conjunto, deteriorem a qualidade dos componentes ambientais. Propõe-se ainda alterar a sistemática do artigo e as remissões para o mesmo, assim como as medidas abstractas das penas previstas. Dado que o artigo 279.º remete para o artigo 286.º, e modificando-se a sistemática do primeiro, este último deverá também ser alterado em conformidade.

Concluindo com uma apreciação mais geral, notamos que as normas incriminadoras analisadas tutelam bens jurídicos *ecológicos*, ainda que, de flanco, protejam outrossim bens de titularidade manifestamente individual – o que afasta a subscrição da posição estritamente antropocêntrica propugnada pela «Escola de Frankfurt»¹⁶ –, conquanto igualmente o fundamento incriminador das múltiplas condutas tipificadas não se alicerce sobre redutoras justificações atinentes a um dever de obediência ou fidelidade a prescrições administrativas¹⁷, as quais integram o tipo somente em função de uma cláusula de acessoriedade administrativa exigida pela própria harmonia do sistema, se atentarmos à prolífera regulação administrativa de diversas condutas, mormente de empresas, susceptíveis de causarem perigo para bens eminentemente ecológicos. Recorde-se, inclusive, que as normas incriminadoras mencionadas constroem-se, na generalidade, sob os contornos próprios da figura dos crimes de perigo abstracto¹⁸, não obstante a presença de algum pensamento dissidente, designadamente quanto à qualificação da norma incriminadora do Art. 279.º do CP, relativamente à qual se erguem vozes que defendem tratar-se de um crime de dano¹⁹ ou de perigo abstracto²⁰.

¹⁶ Socorrendo-nos do exemplo esgrimido por Figueiredo Dias, perante um derrame petrolífero, em alto mar, e subsequente extinção de um espécie rara de aves marinhas, concluimos inelutavelmente pela lesão de um bem jurídico ecológico, ainda que, directamente, não sejam afectados bens jurídicos individuais – conquanto não sejam lesadas, designadamente, espécies animais marítimas que integrem a dieta das populações costeiras. Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente”, 383-384.

¹⁷ Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente”, 380 e ss.

¹⁸ Assim, Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente”, 389.

¹⁹ Nesse sentido, José Souto de MOURA, “O crime de poluição”, 29-30.

²⁰ Nesse sentido, *vide* acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09/04/2014.

Resultou, ainda, da exposição anterior uma evolução legislativa no sentido de abandono de uma concepção estritamente antropocêntrica e remando no sentido de uma perspectiva mais ecocêntrica, a qual revela mais proficuamente o reconhecimento, como vimos, do ambiente enquanto bem jurídico-penal colectivo, cujo suporte conceptual se busca na consagração constitucional de um direito fundamental à protecção do meio ambiente, atendendo à precipitação da conservação ambiental no próprio desenvolvimento da personalidade humana. Essa inversão de paradigma da construção dos tipos incriminadores espelha, assim, a aceitação, pelo sistema jurídico-penal, da existência de lesões ou circunstancialismos factuais susceptíveis de consubstanciarem um perigo para um bem jurídico colectivo, o ambiente.

1.1. A particular questão do reenvio para normas extra-penais

As normas incriminadoras analisadas integram, como elemento do tipo legal, a desobediência a regulamentos e disposições administrativas concernentes à matéria ambiental, de modo a harmonizar a regulação, por este ramo jurídico, das actividades susceptíveis de consubstanciarem um *risco* para o meio ambiente, designadamente quais as espécies de fauna e flora ou áreas geográficas que carecem de protecção, com a adequada construção normativa dos tipos legais de crime, no CP²¹. Ou seja, para se concluir pelo preenchimento do tipo legal é necessária a consideração de normas e regras extra-penais, além de actos administrativos paralelos, potenciando a ponderação cumulativa de tais vectores a segurança jurídica, que se feriria na simples consideração de apenas um deles, segundo algum pensamento dogmático²², o que nos força a subscrever a admissibilidade do modelo assim definido pelo legislador.

²¹ Cf. Paula Ribeiro de FARIA, “[Comentário ao Artigo 278.º]”, 934-936.

²² Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente”, 385 e ss. Analisando em particular a relevante intervenção administrativa, no domínio ambiental, Heloísa OLIVEIRA, “Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais”, 207-210.

Nos antípodas dessa posição, autores como Maria Fernanda Palma criticam essa excessiva dependência da Administração²³, o que nos remete para reflexões mais profundas, atinentes à constitucionalidade das normas penais em branco, a qual já foi afirmada pelo Tribunal Constitucional, concluindo que não se fere o princípio da legalidade criminal, na sua vertente de reserva de lei, remetendo a norma incriminadora para normas extra-penais ou regulamentares, ainda que as últimas não se encontrem previstas em diploma com força legal bastante, *rectius* lei e decreto-lei autorizado. O Tribunal considera que o respeito pelo princípio da legalidade criminal se circunscreve à lei remetente, *in casu* a norma incriminadora, a qual, sim, deverá forçosamente revestir a forma legal bastante, sob pena de inconstitucionalidade²⁴. *Mutatis mutandis*, o mesmo discurso poderá ser transposto para as normas incriminadoras em apreço, as quais, por integrarem o CP, sempre respeitarão a dimensão de reserva de lei.

II. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Cumpra, em breves traços, trilhar um curto percurso pela jurisprudência nacional e europeia, em matéria de direito penal do ambiente, como forma de percebermos a sua evolução e reflectirmos sobre a atenção dispensada, na prática judicial, aos crimes ambientais.

Atentando à génese histórica das condenações criminais pela prática de um crime ambiental, e recuando à primeira decisão judicial portuguesa nesse sentido, recorde-se que a mesma se identificou com a condenação de um arguido pela prática de um crime ambiental, previsto na Lei n.º 30/86, de 27 de Agosto, a então denominada «Lei da Caça» (revogada parcialmente pelo DL n.º 334/90, de 29 de Outubro, e finalmente revogada na íntegra

²³ Cf. Maria Fernanda PALMA, “Acerca do estado actual do Direito Penal do Ambiente”, 85.

²⁴ V.g. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 102/08 (disponível em <www.pgdlisboa.pt>), que, curiosamente, e atendendo a afinidades sistemáticas, concretamente decidira sobre a conformidade constitucional com o princípio da legalidade, na dimensão referida, do Art. 277.º/1 do CP.

pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro). Surge-nos pertinente, assim, ainda que perfunctoriamente, lançar o foco sobre o retrato abreviado da respectiva matéria de facto. Sucedeu, portanto, que, em 1988, numa herdade do concelho de Coruche, na qual se erguiam três pinheiros mansos, que constituíam o suporte de 27 ninhos de cegonha branca, espécie então considerada em risco, e após uma visita de um grupo ambiental da “Quercus”, a administradora da referida herdade havia sido alertada para a necessária protecção das cegonhas brancas que nidificavam nos terrenos da propriedade, com referência directa, ainda, à tutela legal que era dispensada a essa mesma espécie. Não obstante tal partilha de informação por parte da “Quercus” e os cartazes afixados nos próprios pinheiros, no sentido da sua preservação, a administradora da herdade vendeu as referidas árvores a um madeireiro, ignorando, portanto, os avisos anteriores. Assim, a 14 de Março de 1988, procedeu-se ao abate dos três pinheiros, sob ordem da administradora da herdade, com prejuízo para as cegonhas brancas que aí mantinham os seus ninhos. O destaque que dispensamos à data justifica-se por a mesma corresponder, no fundo, à consumação do facto típico e ilícito que espoletou a primeira condenação penal por um crime ambiental, no nosso ordenamento jurídico, mediante sentença proferida pelo então Tribunal da Comarca de Coruche, em Fevereiro de 1990.

Conquanto fôssemos induzidos a perspectivar, a partir desta data, um aumento tendencial de condenações, em matéria de Direito Penal do Ambiente, tal não corresponde ao verdadeiro cenário que nos foi possível descortinar²⁵. Na verdade, é escassa a jurisprudência portuguesa neste campo, verificando-se sobretudo, e isso encontra-se patente nos acórdãos proferidos pelas Relações, condenações pelo crime do Art. 274.º do CP, o crime de incêndio florestal, cuja qualificação enquanto «crime ambiental» é duvidosa, quer pela sua inserção sistemática – escapando ao elenco aglomerado dos Art. 278.º e seguintes do CP –, quer pelo bem jurídico tutelado. Porém, e atendendo à autonomização do incêndio florestal enquanto tipo legal de crime relativamente ao

²⁵ Concluindo em sentido próximo, Maria Fernanda PALMA, “Acerca do estado actual do Direito Penal do Ambiente”, 77-79.

Art. 272.º – cuja actual redacção circunscreve o tipo objectivo a incêndios provocados em edifícios, construções ou meios de transporte²⁶ –, na sequência da alteração ao CP promovida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, e a comumente aceite relevância da preservação da fauna e flora como ponto de partida para a preservação do constitucionalmente qualificado “ambiente... ecologicamente equilibrado”²⁷, surge-nos adequada ou aceitável a devida consideração do referido tipo legal de crime do Art. 274.º do CP no catálogo de incriminações justificadas, na sua essência, pela carência de intervenção punitiva de condutas perigosas para o meio ambiente.

Retomando o discurso previamente empreendido, aludíamos à escassez notória de jurisprudência em matéria de Direito Penal do Ambiente, explicada, segundo cremos, sobretudo por dificuldades de prova e de imputação do resultado desvalioso a uma determinada conduta. A matéria ambiental coenvolve juízos jurídico-valorativos, naturalmente, e juízos científicos de elevada complexidade, designadamente ao nível da imputação objectiva. Tal cenário conduz a uma invocação constante do princípio «*in dubio pro reo*» em diversos acórdãos²⁸, por escapar uma cabal prova dos factos imputados ao arguido e de que o mesmo foi o respectivo agente – ao menos uma prova «para além da dúvida razoável»²⁹.

²⁶ A redacção da norma anterior à Reforma de 2007, e em função da vasta abrangência aplicativa do tipo legal, induzia Faria Costa a considerar que a mesma tutelava um bem jurídico “poliédrico ou proteiforme”, visando proteger, no fundo, bens jurídicos individuais, como a vida e a integridade física (note-se que a própria norma, para se concluir pelo preenchimento do tipo, exigia a criação de “perigo para a vida ou a integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado”), na sequência de uma concepção ainda antropocêntrica a nortear a construção dos tipos legais de crime em análise. Cf. José de Faria COSTA, “[Comentário ao Artigo 272.º]”, in Jorge de Figueiredo DIAS, dir., *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 865 e ss.

²⁷ Cf. Art. 66.º/1 da CRP.

²⁸ V.g. acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24/09/2009.

²⁹ Aludindo igualmente à relevância do princípio, no concreto domínio do Direito Penal do Ambiente, Frederico de Lacerda da Costa PINTO, “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, 380. Analisando um recurso em parte fundamentado em violação do princípio *in dubio pro reo*, vide acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24/09/2009 (disponível em <www.dgsi.pt>).

Para compreender essas dificuldades probatórias, basta atentar à construção dos tipos incriminadores anterior à alteração introduzida no CP, pela Lei n.º 56/2011, uma vez que era exigido, como elemento do tipo, um «perigo para a vida ou para a integridade física de alguém», emergindo, por isso, acrescidas dificuldades no domínio probatório. Isso evidencia-se, inclusive, a partir da leitura atenta de alguns despachos de arquivamento proferidos pelo Ministério Público, nos quais é patente a ausência de conclusão pela existência de *indícios suficientes* (Art. 283.º do Código do Processo Penal), o que induz o Ministério Público, em respeito pelo princípio da legalidade da promoção processual, a proferir despacho de arquivamento.

Outro argumento invocado pelos magistrados do Ministério Público, por vezes, identifica-se com a ausência de uma desobediência notória, por parte do agente da prática do facto, a regulamentos e imposições administrativas, que corresponde a um elemento exigido sobretudo pelo crime de poluição e pelo crime de actividades perigosas para o ambiente, previstos nos Art. 279.º e 279.º-A do CP, respectivamente.

Quanto à jurisprudência superior existente, deparamo-nos com alguma notória preocupação em definir, com a almejada clareza, o bem jurídico tutelado pelas referidas normas incriminatórias, como resulta de um acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09/04/2014, no qual se alude a uma ideia de tutela simultânea de um bem-jurídico colectivo – o *ambiente* – e outros bens jurídico-penais de natureza individual, como a vida e a integridade física, nomeadamente no Art. 279.º do CP, o crime de poluição. Frise-se que esta observação do Tribunal da Relação do Porto data do ano transacto, por isso é posterior às alterações de 2011 a esse mesmo tipo legal, constatando-se, então, que, não obstante uma viragem num sentido mais ecocêntrico da nossa legislação, persiste o reconhecimento, pela nossa jurisprudência, de uma tutela simultânea de bens jurídicos individuais, paralelamente ao reconhecimento de um bem jurídico colectivo, o ambiente.

Atentando, finalmente, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, somos presenteados com inúmeros

acórdãos relativos a processos penais, nos quais se suscita, em sede de reenvio prejudicial, ao Tribunal, a adequada interpretação de termos constantes de legislação europeia, nomeadamente as várias directivas que têm versado a tutela ambiental, inclusive impondo aos estados-membros a criminalização de diversas condutas lesivas do ambiente. Os conceitos que têm suscitado a intervenção uniformizadora do Tribunal são, essencialmente, conceitos como “resíduos” e “resíduos perigosos”, termos constantes, a título de exemplo, da Directiva 91/689³⁰. Tais acórdãos assumem-se incrivelmente relevantes, uma vez que a torrente legislativa europeia em matéria ambiental, nos últimos anos, tem sido constante e motivo, inclusive, de importantes passos empreendidos rumo a uma tutela penal ambiental mais completa, possibilitando a plena aceção do ambiente como um bem jurídico-penal colectivo.

Em suma, e como conclusão das investigações empreendidas no âmbito específico da jurisprudência penal em matéria ambiental, cumpre reforçar a escassez de decisões, pelo menos nos nossos tribunais superiores, relativas ao Direito Penal do Ambiente. Os acórdãos encontrados versam, essencialmente, questões de índole processual, matéria probatória e princípios respectivos, e questões de direito material que, via de regra, não se referem propriamente ao tipo legal de crime, mas sim a matéria de autoria, pluralidade criminosa, entre outras. Anteriormente à Reforma de 2011, era comum algumas decisões jurisprudenciais das Relações quanto à construção e interpretação dos tipos incriminadores. Contudo, atendendo às novas redacções das normas dos Artigos 274.º e seguintes do CP, a sua relevância diminuiu manifestamente, sendo sobretudo importante em sede de reflexão da evolução legislativa, e não jurisprudencial, que o Direito Penal do Ambiente sofreu, em Portugal, nos últimos anos.

³⁰ V.g. acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (Segunda Secção), de 22 de Junho de 2000, 11 de Novembro de 2004 e 10 de Maio de 2007.

III. UMA BREVE CONCLUSÃO

Do percurso assim trilhado, concluímos por uma evolução crescente, no momento legiferante de incriminação de condutas, da relevância reconhecida pelo Direito Penal à tutela do meio ambiente, sancionando comportamentos tidos como lesivos ou perigosos para este bem jurídico. Contudo, e por obstáculos múltiplos, sobretudo ao nível da produção de prova, esse incremento não surgiu acompanhado de uma paralela relevância, no plano da aplicação do Direito, sendo reduzida a jurisprudência nacional, sobretudo nas instâncias superiores, em matéria de Direito Penal do Ambiente, proliferando sobretudo acórdãos que se debruçam sobre condenações de arguidos pela prática do crime previsto no Art. 274.º do CP – incêndio florestal –, o qual, como analisámos, e atendendo à sua consagração sistemática, é frequentemente ignorado pelo pensamento dogmático, não obstante ainda nele deslindarmos a presença de um interesse de protecção de fauna e flora que, ao menos indirectamente, conduzem a uma preservação da *qualidade ambiental*.

8.

RESPONSABILIDADE AMBIENTAL RESENHA JURISPRUDENCIAL

Inês Anastácio

Mestranda em Direito Administrativo
Universidade de Coimbra

Sumário: *I. Responsabilidade penal: crime de poluição. II. Responsabilidade administrativa. III. Direito Fundamental ao Ambiente e Ordenamento do Território. IV. Protecção Ambiental e Protecção dos Animais. V. Responsabilidade Civil Ambiental: o dano ecológico e os danos ambientais. VI. Direito a ambiente humano e sadio, ecologicamente equilibrado e a tutela da saúde pública e bem-estar. VII. Conflito de interesses. VIII. Co-incineração em Souselas.*

O direito fundamental ao ambiente consta da Constituição da República Portuguesa desde 1976, ao passo que a Lei de Bases do Ambiente data de 1987. São, pois, relativamente recentes, os instrumentos legais que erigem as bases da tutela do ambiente. Do ponto de vista do controlo de danos provocados ao meio ambiente, há também que considerar a Lei da Responsabilidade Civil Ambiental, ainda mais recente, mas não menos importante, do que as anteriormente citadas. Não obstante este carácter jovem das preocupações jurídicas acerca do ambiente, da análise jurisprudencial subordinada ao tema da responsabilidade ambiental resulta evidente um aumento das acções que debatem o tema, o que não deixará de ser consequência de uma crescente consciência ambiental na sociedade portuguesa nos últimos anos.

I. RESPONSABILIDADE PENAL: CRIME DE POLUIÇÃO

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.09.1998, em que foi pedido que o Tribunal declarasse o lugar inidóneo para a eliminação de resíduos sólidos urbanos, refere-se que “a nossa Constituição não se basta com um direito ao ambiente: impõe a todos um dever de defesa do ambiente”, que se traduz na obrigação de não atentar contra este, bem como no dever de impedir atentados. Mais se afirma que a Lei de Bases do Ambiente gera a obrigação de indemnizar os danos patrimoniais e não patrimoniais que por qualquer actividade poluidora sejam causados. Mas há que ver que tal actividade pode ter sido expressamente autorizada por lei e com os parâmetros e regras legalmente fixadas se conformar, caso em que não se verificará a mencionada indemnização. E continuava estabelecendo ainda que apenas nesta última hipótese “será legítimo falar de responsabilidade objectiva, posto que, em todos os demais casos, se estará perante o domínio geral de responsabilidade por facto ilícito”.

Avaliando-se do enquadramento do comportamento da arguida no artigo 279.º Código Penal, sob a epígrafe *Poluição*, escreveu-se no Despacho de Arquivamento do Tribunal Judicial de Vouzela de 23.09.1996 que

“não basta poluir para a conduta do agente integrar a previsão do artigo em análise. É necessário que a poluição o seja em *medida inadmissível*, entendendo-se que tal acontece, nos termos do nº 3 do pertinente artigo, “sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo.” Resulta daqui que “o crime não existe quando há poluição ou quando a poluição é grande. O crime existe quando há poluição, mais a inobservância das prescrições ou limitações da Administração. De tal modo que a poluição pode ser reduzida e haver crime, porque a administração interveio, e a poluição ser enorme e não haver crime, porque a administração não interveio (Souto Moura). Por outras palavras, o agente apenas pratica o crime em causa se, depois de avisado para adoptar outro comportamento (através de lei, regulamento

ou ordem) e de que o desrespeito das prescrições e limitações o farão incorrer em responsabilidade criminal, continuar a poluir”.

II. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

E por razões similares, afirmando-se que não basta que haja actividade poluente para que essa conduta constitua poluição, foi arquivado o caso relativo ao aparecimento de mancha de produto poluente na água doce da Doca de Setúbal proveniente de dada embarcação de pesca ali estacionada. No Despacho de Arquivamento do Tribunal Judicial de Setúbal de 20.10.1997 é dissecado o conceito de poluição constante da Lei de Bases do Ambiente, entendendo-se como abrangendo também a “degradação, a alteração dos componentes ambientais para além dos limites de tolerância admissível, que afecte negativamente a saúde, bem-estar e diferentes formas de vida, equilíbrio e perenidade dos ecossistemas naturais e transformados, assim como a estabilidade física e biológica do território.”

A Sentença do Tribunal Judicial de Loures de 04.01.1993 absolveu a arguida da contra-ordenação que lhe havia sido imputada por estar a trabalhar, na sua unidade industrial, sem licença de descarga de águas residuais. É que, conforme entendeu o Tribunal, “a simples laboração de um estabelecimento industrial é insuficiente para se concluir que o dono está obrigado a ter licença para águas residuais”. Já no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19.11.1997 concluiu-se que, para integrar a contra-ordenação prevista na alínea *v*) do artigo 86.º/1 do Decreto-Lei 46/94 de 22 de Fevereiro (*descarga de resíduos e efluentes sem a respectiva licença ou descarga de resíduos e efluentes em local diferente do demarcado pelos organismos competentes*), basta que as águas residuais (provenientes da cozedura de cortiça) sejam lançadas no solo.

À *Companhia de Celulose do Caima, S.A.* foi aplicada uma coima pela Direcção Geral de Qualidade do Ambiente por se encontrar em plena laboração e a lançar o respectivo efluente no rio Tejo. Veio impugnar a decisão por não ter tido hipótese de contraprova da análise efectuada por aquela autoridade

administrativa. Considerou o Tribunal Judicial de Abrantes, na sua sentença de 14.10.1993 que se haveria de indeferir o pedido de declaração de improcedência da coima, já que um representante da Companhia esteve presente aquando da recolha da amostra para análise, tendo mesmo sido informado de que poderia estar no laboratório no acto de abertura do recipiente, o que recusou. E

“sendo certo que (...) as amostras se degradam completamente ao fim de 24 horas e de 7 dias, não sendo possível realizar outra análise da mesma amostra, pensamos que era à recorrente (...), ciente, como vimos, do que se estava a passar, que competia tomar a iniciativa de segundo o que tivesse por conveniente, o que não fez”.

O rio Tejo voltou a estar no centro de outro caso com a mesma temática. Efectivamente, a empresa *TAGOL - Companhia de Oleaginosas do Tejo* foi acusada de descarregar mandioca de embarcação para terra, tendo poeiras dispersadas ido parar ao rio, o que alterou a qualidade das águas. Foi, por isso, acusada de cometer a contra-ordenação constante do artigo 49.º/1 do Decreto-Lei 74/90 de 7 de Março que estabelece que

“quem, de qualquer modo, introduzir ou libertar, directa ou indirectamente, nas águas substâncias ou energia, criando por esse facto risco de degradação da sua qualidade, alterando as suas características, afectando a conservação, nutrição ou valor alimentar da fauna aquática”

será punido com a aplicação uma coima, remetendo o apuramento do valor desta para o artigo 23.º do Decreto-Lei 70/90. Contudo, no despacho recorrido condena-se a ora recorrente com base nos factos constantes do auto de notícia pela prática da contra-ordenação prevista no art.º 49, n.º 2 daquele diploma (*A construção, instalação, ampliação ou laboração de unidades poluidoras sem as licenças exigíveis, ou em desrespeito das condições que legalmente lhe forem impostas, constitui contra-ordenação punível com coima*). Desta forma, “temos que é nulo o despacho recorrido por condenar a ora recorrente por factos diversos dos que constam da acusação (auto de contra-ordenação), nulidade essa que é insanável”, conforme se conclui na Sentença do Tribunal Judicial de Almada de 10.05.1996.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 07.01.2014 avaliou-se da circunstância de à arguida ter sido aplicada uma coima por se encontrarem depositados resíduos provenientes de entulho de obras, electrodomésticos, pneus, lenha, plásticos, vidros e lixo indiferenciado, sem licença para tal. E pen-deu o Tribunal pela absolvição da proprietária do terreno. É que se deu como facto provado que não tinha sido ela a vazar os resíduos no seu prédio, não tendo qualquer conhecimento de que o terreno era utilizado para vazamento ou abandono de resíduos produzidos por terceiro e só tomou conhecimento deles através do teor do auto da notícia Ou seja, “não tinha qualquer vontade ou *ânimo em relação aos resíduos*.”

E, inexistindo essa vontade ou esse ânimo, inexistindo qualquer tipo de consciência relativamente aos resíduos, não pode a arguida ser considerada detentora dos mesmos.”

III. DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE E ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO

O direito ao ambiente é igualmente debatido nos tribunais portugueses por referência a opções de ordenamento do território, bem como à defesa e protecção de valores naturais e culturais. Já nesta linha se estabelecia no Acórdão do Tribunal Constitucional datado de 03.07.1991 que “no domínio de protecção de natureza e do asseguramento do equilíbrio ecológico está em causa uma matéria de grande melindre política, pois que, por toda a parte, se levantam vozes clamando contra as agressões à natureza e contra a degradação do ambiente e da qualidade de vida”. Também o Acórdão do Tribunal Constitucional 432/93 de 13 de Julho faz apelo ao direito ao ambiente “enquanto direito à habitação e opções em matéria de ordenamento do território”.

No Acórdão do Tribunal Constitucional de 02.06.1999 escreve-se que se as câmaras municipais pudessem passar licenças incompatíveis com os planos regionais do ordenamento do território, atropelar-se-ia um dos objectivos desses planos que consiste no estabelecimento de normas de ocupação e utilização que

permitam *fundamentar um correcto zonamento, utilização e gestão do território, tendo em conta a salvaguarda de valores naturais e culturais*, como estabelece o Preâmbulo do Decreto-Lei 351/93 de 07 de Outubro que estabelece o regime de caducidade dos pedidos e dos actos de licenciamento de obras, loteamento e empreendimento turístico. “Frustrar-se-ia, em suma, o desiderato de conseguir que aos cidadãos seja assegurado um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, o que passa pela valorização da paisagem, por um correcto ordenamento do território e pela promoção da qualidade ambiental das povoações e vida humana”.

O mesmo Tribunal enquadra, no Acórdão 95/00 de 16 de Fevereiro, a paisagem enquanto componente ambiental humano, apelando à defesa da paisagem como unidade estética e visual. E termina, determinando que os municípios dispõem hoje de atribuições e competência no domínio do ambiente e saneamento básico enquanto as freguesias as têm no quadro do ambiente e salubridade.

De forma a proteger uma área onde fora descoberta cavidade de consideráveis dimensões, designada por Gruta do Zambujal e considerada sítio classificado com interesse espeleológico pelo Decreto-Lei 140/79 de 21 de Maio) e que se localiza próximo de uma pedreira que, com os seus trabalhos, vinha causando danos à Gruta, já que

“as vibrações decorrentes das retro-escavadoras e camiões de transporte de materiais têm provocado o abatimento de vastas secções de formações calcárias existentes no tecto das salas mais superficiais, alterando a ainda inexplorada topografia da Gruta e arrastando, na sua derrocada, estalactites e estalagmites formadas ao longo de milhares de anos”,

veio a *Quercus – Associação Nacional de Conservação da Natureza* requerer ao Tribunal Judicial de Sesimbra, em providência cautelar não especificada, datada 12.07.1995, a abstenção dos trabalhos na pedreira em zonas inferiores a 500 metros, não devendo levar a cabo qualquer actividade que se demonstre susceptível de danificar ou destruir a Gruta.

Defendendo o direito fundamental ao ambiente de salvaguarda dos valores naturais, culturais e estéticos, estabeleceu no Acórdão de 25.05.2004 o Supremo Tribunal Administrativo que o acto de licenciamento de uma construção num local onde tal

não é proibido “só pode ser recusado quando se fundamente no facto de aqueles actos ou actividades dificultarem a manutenção ou valorização das características das paisagens naturais ou seminaturais e a diversidade ecológica”.

IV. PROTECÇÃO AMBIENTAL E PROTECÇÃO DOS ANIMAIS

O Supremo Tribunal de Justiça, instado a pronunciar-se sobre um caso em que *Fapas – Fundo para a Protecção dos Animais Selvagens* intentou contra o Estado Português providência cautelar não especificada em que pede que o requerido seja condenado a retirar das paredes do Palácio da Justiça de ... tudo o que impeça a nidificação de aves selvagens, a não impedir tal nidificação e ainda condenado a pagar sanção pecuniária compulsória, defendeu no Acórdão de 27.06.2000 que o direito ao ambiente é “um direito negativo, ou seja, um direito à abstenção por parte do Estado e de terceiros de acções ambientalmente nocivas e um direito positivo no sentido de que o Estado deve defender o ambiente e controlar actividades nocivas para o mesmo”. Não se pode aceitar, no entender do douto Tribunal, que o Estado Português consagre constitucionalmente o direito ao ambiente, defenda políticas de ambiente, subscreva tratados internacionais que o vinculam, elabore leis e decretos-lei de defesa da vida selvagem e depois com a sua actuação concreta negue tudo isso. Procede ainda a uma breve análise do artigo 52.º/3, a) da Constituição da República Portuguesa – este preceito constitucional não se limita a reconhecer o direito ao ambiente, antes impondo *erga omnes* um dever de defesa do ambiente e confere a qualquer cidadão, seja individualmente seja através de associações, o direito de promover a prevenção, cessação ou perseguição judicial das infracções contra o mesmo. Isto é, o “ambiente é um bem jurídico tutelado em si e por si mesmo”.

O corte de três pinheiros que conduziu à destruição de 27 ninhos de cegonha branca, de entre os quais 23 com ovos haveria de ficar conhecido como o *Caso Cegonhas Brancas*. A arguida vendera o terreno, não tendo sido ela a proceder ao corte dos pinheiros,

mas provou-se que sabia que tal viria a ocorrer e não esboçou qualquer esforço sério ou concretizou qualquer esforço sério para o evitar, de onde resulta a sua responsabilização penal. Na Sentença do Tribunal Judicial de Coruche de 23.02.1990 já se estabelecia que

“é, actualmente, indiscutível, a importância que a protecção do ambiente assume, não obstante a fraca sensibilização que ainda se regista no nosso país para os problemas e questões daquele inerentes e, especialmente, o repúdio que ainda suscita a respectiva penalização, decorrente talvez de um sentimento generalizado de que as sanções penais deverão essencialmente tutelar e recair sobre a relação que é gerada entre os homens e não sobre a relação produzida entre o homem e o meio que o envolve. São, assim, elevadas, as exigências de prevenção geral”.

Termina, afirmando-se que a reparação dos danos, de acordo com os princípios gerais em matéria de responsabilidade civil e de acordo também com os princípios que vigoram no Direito do Ambiente (o poluidor-pagador) impõem, em primeira linha, a reconstituição da situação que existia se não tivesse ocorrido o facto que originou o dano. No mesmo sentido de reforçar a consciência ambiental, o Acórdão do Tribunal Constitucional 110/2012 que estabelece que a

“coima não tem fim retributivo de culpa ética do agente, pois não visa o castigo de uma personalidade deformada (...) No caso, estando-se perante contra-ordenações ambientais muito graves assim classificadas em função da especial relevância dos direitos e interesses violados, a fixação de um limite mínimo de 38 500€ não pode considerar-se como manifestamente desproporcionada”.

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23.09.2010 em que se decidiu da procedência ou não do pedido da *Animal - Associação Nortenha de Intervenção no Mundo Animal* para que os réus se abstivessem de promover concursos de tiro aos pombos, discutiu-se se o direito dos animais poderia ser encarado como uma componente do direito ao ambiente, já que assim o alegava a requerente. Começou o Tribunal por olhar para o artigo 1.º/1 da Lei 92/95 e daí retirar a premissa de que tal diploma admite violência sobre os animais, desde que justificada, já que a proibição se refere apenas a *violências injustificadas*. Esta sus-

ceptibilidade deve-se à circunstância de serem tidos como coisas para o nosso ordenamento jurídico “e tal desvanece a retórica da recorrente em torno do direito dos animais”. Entende-se que a violência exercida sobre os pombos ocorre no âmbito da modalidade desportiva que a Lei 92/95 não proíbe, pelo que têm que se considerar justificadas as violências exercidas em concomitância sobre esses animais, já que elas são necessárias ao exercício daquela actividade lícita. Conclui o Acórdão afirmando que

“soçobram ainda as conclusões onde se relaciona a tutela constitucional do ambiente com a protecção das espécies. Com efeito, facilmente se admite que as preocupações com o ambiente envolvam a defesa das espécies, mas a passagem destas para os indivíduos traduz uma radical mudança de plano, pois é obvio que a morte de seres individuais só afectará o ambiente se, e na medida em que, ameaçar as respectivas espécies. Portanto, e não estando a espécie columbina em perigo, é vão buscar na CRP uma qualquer directiva para resolver o caso em presença”.

No Acórdão do Tribunal Constitucional 545/00 estabelece-se que é em vista à protecção de bens e valores ambientais que se determinou a proibição de pescar nas zonas aquáticas designadas e assinaladas pela Direcção Geral dos Serviços Florestais e Agrícolas e cita-se Figueiredo Dias para se afirmar que “as sanções penais foram necessárias, nas suas existência e medida, para tutela da conservação de algumas espécies piscícolas, consagrando assim uma tutela indirecta do ambiente”.

V. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: O DANO ECOLÓGICO E OS DANOS AMBIENTAIS

O Tribunal Central Administrativo- Sul enceta uma distinção entre dano ecológico e dano ambiental no Acórdão de 07.02.2013 –

“ o dano ecológico corresponde a lesões intensas causadas ao sistema ecológico natural sem que tenham sido violados direitos in-

dividuais. É uma lesão num elemento natural, ou seja, é uma lesão causada a um recurso natural, susceptível de causar uma afetação significativa do equilíbrio do bem jurídico ambiente ou património natural e da sua interação. Apenas releva o dano causado no elemento natural. O dano ecológico tem um determinado grau de incerteza quanto ao seu alcance, nomeadamente por falta de conhecimentos científicos, mas, e de acordo com o princípio da prevenção (art. 66.º, 2, CRP), a indeterminabilidade não obsta a que haja obrigação de reparar, mesmo que a danosidade efetiva fique por demonstrar. A reparação pode revestir duas modalidades: a reparação *in natura*, que se subdivide em restauração ecológica e compensação ecológica, e a compensação pecuniária (indemnização em dinheiro) (cf. hoje, em parte, arts. 5.º, 6.º e 11.º ss do DL 147/2008, aqui inaplicável). Os interesses difusos, interesses colectivos e interesses individuais, por se aproximarem, no seu tratamento jurídico, dos direitos subjetivos e não se justificar o seu tratamento conjunto com lesões aos elementos naturais, estão excluídos do dano ecológico. O dano ambiental é aquele dano no meio ambiente que tem repercussões na esfera patrimonial de um particular. Compreende os danos provocados a bens jurídicos concretos através de emissões particulares ou através de um conjunto de emissões emanadas de um conjunto de fontes emissoras. Reflete uma lesão de direitos e interesses legalmente protegidos na sequência da afetação de um determinado componente ambiental.”

Trata-se de uma acção em que são autoras algumas associações que representam a classe piscatória e interesses conexos, bem como uma associação de defesa ambiental contra o Ministério da Defesa Nacional por descuro da sua tarefa de fiscalizar os órgãos competentes para a defesa dos interesses nacionais, dentro ou fora do seu território, da Zona Económica Exclusiva ou dos fundos marinhos contíguos. É do entendimento do Tribunal que a omissão deste dever consubstancia ilicitude de conduta, sendo que “tal conduta permissiva e omissiva possibilitou a exploração intensiva dos bancos pesqueiros da região por parte das embarcações espanholas, a qual afectou o equilíbrio dos mesmos, esgotando os recursos e fazendo diminuir as receitas das comunidades pesqueiras”. Daqui resulta responsabilização civil extracontratual do Estado já que se verificam os requisitos de tal responsabilidade, ou seja, há *danos* (nomeadamente um dano ecológico, dano

potencial consistente na diminuição provável e não precavida das populações de peixes da ZEE integrada nos Açores; o que atinge um interesse comum titulado pela comunidade nacional (cf. arts. 9.º,e) da CRP, 2.º,2 e 34.º da LDN e 56.º da C.N.U.D.Mar) e a impossibilidade ou maior dificuldade de os pescadores açorianos pescarem no mesmo banco de pesca açoriano de um barco espanhol, ao contrário do que antes os barcos portugueses podiam fazer entre si, assim se prejudicando toda uma atividade económica regional; o que atinge o património dos AA, configurando um dano patrimonial), um *facto ilícito* que corresponde a

“uma clara omissão ilícita por parte do Estado: diminuir muito ou eliminar mesmo a fiscalização (a polícia) das nossas águas da ZEE nesse período, além das 100 milhas. Com efeito, tal inação do nosso Estado contrariou quer os mais elementares e elevados interesses morais do país quer os nossos interesses de defesa económica e ambiental dos mares nacionais, interesses aqueles protegidos pela nossa soberania (arts. 1.º a 5.º da CRP) e pelas tarefas impostas ao Estado pela CRP e pela LDN”

e verifica-se um *nexo causal adequado*, pois da “omissão citada resultou, logicamente, um grande aumento do número de barcos de pesca espanhóis não fiscalizados nas águas portuguesas dos Açores, aumento este causador dos danos”.

VI. DIREITO A AMBIENTE HUMANO E SADIO, ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA E BEM-ESTAR

Atravessa na pesquisa efectuada uma tendência clara – a defesa do ambiente surge frequentemente associada a outros bens jurídicos, sobretudo quando se trata de acções cíveis.

O ruído tem sido o ponto de partida para muitas destas acções. Efectivamente, como refere o Acórdão de 17.01.2002, a

“ produção ou emissão de ruído, seus efeitos lesivos para o homem e a sociedade, e tutela dos direitos e interesses envolvidos, pode ser encarada por três ópticas: a do direito do ambiente, enquanto causa de poluição (art.ºs 21 e 22, da LBA), a do direito de

propriedade, no domínio das relações de vizinhança (art.º 1346, do CC) e a dos direitos da personalidade, enquanto possível ofensa à personalidade física ou moral de alguém (art.ºs 25, n.º 1 da CRP e 70, do CC)”.

Assim acontece também no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.03.1974 em que se refere o direito ao ambiente enquanto direito ao descanso e à qualidade de vida, tal como no Acórdão do mesmo Tribunal datado de 13.03.1986 que menciona o direito ao ambiente enquanto direito a ambiente repousante, calmo e tranquilo sem ruídos não justificados, estabelecendo-se que “o lar de cada um é o local normal de retempero de forças físicas e anímicas desgastadas pela vivência no seio da comunidade”, embora se reconheça que “o repouso não pressupõe silêncio completo, pois o ruído é algo de inerente à civilização moderna, integrado na sua essência; o que pode e deve é domar-se, tornar-se suportável”, conforme decorre do Acórdão de 10.12.1998.

Em 26.04.1995 pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça novamente pela defesa do direito ao repouso, saúde, integridade física e ambiente sadio aquando do caso que interpôs os proprietários de um prédio urbano vizinho da empresa *Sicofato, Sociedade de Confeções Lda.*, acrescentando que a “nossa ordem jurídica privilegia uma visão antropocêntrica do ambiente”. Enquadrado nesta temática do ruído enquanto vertente de tutela de um direito ao ambiente encontramos diversos acórdãos deste supremo Tribunal, v.g., Acórdãos de 04.02.1997, 13.03.1997, 06.05.1998, 22.10.1998, 28.10.1999, 01.03.2001, 18.02.2003, 21.10.2003, 02.12.2004, 22.02.2005, 15.03.2007, 03.05.2007, 10.01.2008, 28.05.2009, 08.04.2010, 01.07.2010, 19.04.2012, 28.02.2012.

Havendo sido requerida providência cautelar não especificada consistente na ordem de evacuação dos animais e materiais pertencentes aos requeridos que integram uma exploração pecuária não licenciada que ocupa uma parte de um prédio da requerente, ficando impedidos de acederem ao referido prédio, o Tribunal da Relação de Lisboa fez constar do Acórdão de 07.12.2007 que sendo embora certo que é “função específica dos procedimentos cautelares a prevenção de lesões futuras ou a antecipação de resultados que dependem de uma decisão definitiva”, estando fora de tal

protecção cautelar lesões já inteiramente consumadas, nada obsta a que relativamente a lesões continuadas ou repetidas seja proferida decisão que previna a continuação ou a repetição de actos lesivos. “Importante é que a situação de perigo, contra a qual se pretende defender o lesado, continue actual, servindo as lesões já ocorridas para fortalecer a convicção acerca da gravidade da situação e para reforçar a necessidade de ser concedida tutela cautelar que evite a repetição ou a persistência de situações lesivas” – e ela existe efectivamente: os animais encontram-se afectados por brucelose, as carcaças dos animais mortos ficam expostas no terreno e verifica-se a falta de licenciamento da exploração, falta de registo dos animais e falta de indicação dos animais reprodutores, o que constitui uma preocupação séria e geral para a saúde pública.

VII. CONFLITO DE INTERESSES

E não deixam igualmente de ser vários os litígios inter-individuais decorrentes das inevitáveis relações de vizinhança que têm na sua base um outro direito fundamental, o de propriedade. Como bem explana a Sentença do Tribunal Judicial de Oliveira de Azeméis de 15.02.2000, estamos perante “direitos reais emergentes de relações com vizinhança, conexcionadas com o exercício de direitos absolutos de propriedade e de personalidade e do direito ao ambiente”, o que implica uma ponderação dos interesses em causa. Assim, determinou a mencionada sentença que, tendo os réus proprietários de uma fábrica demonstrado interesse em solucionar a questão da poluição das águas e do ar de que tinha origem na actividade do estabelecimento comercial referido e mesmo procedido a diversas alterações na sua indústria de forma a colmatar em grande parte os efeitos nefastos que da laboração decorriam para a população local, não se decretaria o encerramento daquela mas antes se estabeleceria uma moratório, atendendo-se ademais ao facto de dar emprego a fatia considerável da população daquela área. Não obstante, reconheceu-se a responsabilidade civil em que incorria por ter violado direitos de personalidade e de personalidade.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25.10.1983 estiveram em análise o direito de propriedade e o direito a ambiente humano e sadio, ecologicamente equilibrado e, por outro lado, emissões de ruído de bovinos, bem como o cheiro que emanava do prédio onde estes se encontravam. Estabelecendo-se que estes animais são silenciosos por natureza, não importaria prejuízo substancial para o uso do imóvel vizinho nem para a tranquilidade e sossego dos habitantes. Apela-se a um “conceito-limite da prejudicialidade das emissões”, pois nos nossos dias é quase impossível uma sociedade sem ruídos. No que diz respeito ao cheiro, já se entendeu haver um prejuízo substancial que se traduz na “evidente restrição do gozo dos seus direitos de propriedade, mas, mais do que isso, na profunda e constante afecção do ambiente, não podendo os lesados respirar livremente a atmosfera envolvente da sua casa, onde procuram repouso e bem-estar”.

O Acórdão do Tribunal Constitucional de 13.02.2001 debruçou-se sobre um caso em que o recorrente, que exerce uma actividade de exploração de pedra no perímetro do Monumento Natural das Pegadas de Dinossáurios de Ourém, foi sancionado com uma coima por alteração da morfologia do solo e do coberto vegetal mediante o desmonte de pedra para transformação de calçada no local bem como por ter procedido ao arranque de alguns pés de azinheira e outros matos, em conformidade com o estabelecido no artigo 4.º/2 do Decreto Regulamentar 12/96 de 22 de Outubro. Ora, o recorrente não se conforma com a coima por entender que as proibições que o Decreto impõe são de tal intensidade que acabam por se traduzir numa expropriação de facto e sem justa indemnização, o que viola o artigo 62.º CRP. Considerou o Tribunal Constitucional que

“é claro que o Governo, uma vez decidida a criação do Monumento Natural, dado o seu invulgar valor científico, estava credenciado para impor aos proprietários de terrenos ou explorações abrangidas pela área de protecção do Monumento os condicionamentos e interdições que considerasse indispensáveis para a conservação e salvaguarda da raridade do achado, assim como para sancionar o incumprimento desses condicionamentos ou a infracção dessas proibições”,

reforçando que o recorrente não se pode furtar ao cumprimento do dever com fundamento em falta de indemnização.

Interesses económicos e interesses ambientais públicos foram ponderados no Acórdão do Tribunal Central Administrativo de 31.03.2011. A Agência Portuguesa do Ambiente aprovou o projecto de execução de um parque eólico na Serra de Alvaiázere, sendo que uma distância não superior a 140 metros da base do aerogerador nº4 se encontra o Algar da Água, onde cerca de 1796 morcegos de espécies criticamente em perigo e ainda com estatuto de vulnerabilidade albergam. O risco de colisão destes morcegos com as pás dos aerogeradores, elevando a sua mortalidade e intensificando a vulnerabilidade de que já padecem levou a *Quercus – Associação Nacional de Conservação de Natureza* a requerer a suspensão de eficácia dos actos de aprovação de execução do parque. Reconhecendo-se, contudo, o perigo que os aerogeradores representam para os morcegos dados os “problemas de perturbação e de colisão de quirópteros, especialmente os da espécie sujeitos a risco de colisão e que, agravação maior para os interesses ambientais em causa, integram aquelas espécies criticamente em perigo e vulneráveis” e que é “fundado o receio de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação” afigura-se necessário ponderar os interesses em causa. Quanto a este ponto, entende o Tribunal que

“os interesses em presença são públicos — v.g. económico e ambiental, decorrente da implantação de um parque de aerogeradores no âmbito das energias renováveis, minimizadoras da pegada ecológica e da dependência das energias fósseis e, em contraponto, a preservação do meio ambiente e ecossistemas na conjuntura da implantação no terreno desse parque eólico -, tanto por banda da parte activa como das partes passivas, e ainda, reflexamente, um interesse privado por banda da Contra-interessada; Reflexamente, porque este interesse privado é mediado por uma relação contratual entre as partes públicas e o promotor privado, relação contratual essa que não é objecto do presente processo e no âmbito da qual os atinentes interesses encontrarão vias imediatas de solução e tutela de direitos e interesses. Ora, a suspensão da eficácia dos actos em crise poderia operar a completa paralisação da execução do parque eólico relativamente à parte ainda não exe-

cutada e, mediata e conseqüentemente, a impossibilidade da sua subsequente exploração. O desenvolvimento económico é uma necessidade das sociedades modernas, mas crê-se ser possível compatibilizar essa necessidade com as questões de natureza ambiental e qualidade de vida, designadamente nas áreas de charneira ou sobreposição de interesses e muito especialmente quando em causa está o risco de ofender de forma directa e grave a própria existência de espécies animais, ou vegetais, enquanto tal.”

E conclui-se no sentido de que

“tanto os danos que resultariam da concessão da requerida providência cautelar - essencialmente de natureza económica — como os danos que podem resultar da sua recusa — essencialmente de natureza ambiental e qualidade de vida — podem ser evitados ou atenuados pela adopção de outras providências, que se perspectivavam adequadas a atenuar a lesão dos interesses defendidos pelas partes e menos gravosas para os reflexos interesses privados da Contra-interessada”,

razão pela qual se negou o pedido da *Quercus*.

No Acórdão do Tribunal Constitucional 136/2005 fez-se um jogo de ponderação do direito à informação para protecção do ambiente e as normas protectoras de segredo industrial, de propriedade privada e liberdade de iniciativa. Uma organização ambientalista apresentou, no Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, requerimento de intimação do primeiro-ministro a facultar-lhe certidões referentes à totalidade do contrato outorgado entre o Estado Português e as empresas do grupo B., incluindo os respectivos Anexos e estudos técnicos, de modo a permitir à requerente avaliar a incidência ambiental e concorrencial do projecto de implantação de uma unidade industrial em Esposende. Entendeu-se que “a ter de operar-se uma ponderação de interesses contrapostos constitucionalmente reconhecidos, há que tomar em consideração que os contratos de investimento assinados pelo Estado Português e pelas empresas que se propõem realizar um investimento industrial visam satisfazer interesses e valores também constitucionalmente relevantes – cfr. as “tarefas fundamentais do Estado”. Por outro lado, “a afirmação de uma geral “prevalência do direito ao ambiente em confronto com direitos de carácter patrimonial”, também invocada pela recorrente,

é, por si só, insusceptível de ser ponderada, por não se poder estabelecer o aludido confronto”, já que “não há, de facto, em tese geral, nenhum conflito entre direitos de carácter patrimonial das empresas signatárias do contrato de investimento com o Estado Português e o direito ao ambiente, nem parece ele resultar simplesmente das circunstâncias referidas nos autos.” Conclui, estabelecendo que

“caso a laboração da empresa venha a provocar (ou a ameaçar provocar) danos ambientais sempre ficará sujeita à aplicação de outras normas, a propósito das quais se poderá, então sim, discutir a prevalência do direito ao ambiente sobre direitos da propriedade privada e da livre iniciativa, e a sua constitucionalidade, se se entender que essa normas não asseguram cabalmente os valores constitucionalmente protegidos”.

Na declaração de voto de vencido de Mário José de Araújo Torres pode ler-se, no entanto, que

“não se pode ignorar a importância decisiva que o acesso à informação ambiental tem para o efectivo exercício do direito e dever que a todos incumbe de defender um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e do direito dos cidadãos de participação na prevenção e controlo de poluição e na correcta localização das actividades”.

Por entender que “mal andou o douto acórdão recorrido ao entender inexistir qualquer ofensa ao conteúdo essencial do direito à saúde e ao ambiente sadio por parte do acto impugnado, porquanto os campos electromagnéticos emitidos pela LMAT produzem efeitos negativos para as populações que a eles se encontram expostas”, a Junta de Freguesia de Monte de Abraão recorreu para o Tribunal Central Administrativo Sul quando o pedido de condenação da REN a abster-se de praticar qualquer acto consequente ou de execução do acto ora impugnado e a repor a situação que existiria se as linhas de muito alta tensão não tivessem sido instaladas. No Acórdão de 07.03.2013, o Tribunal pronuncia-se sobre os pontos levantados pela recorrente, interessando-nos aqui destacar dois deles – os princípios da prevenção e precaução dominantes no Direito do Ambiente e a inversão do ónus da prova aquando da aplicação do princípio da precaução.

Começa então por estabelecer que “o procedimento de avaliação de impacte ambiental (AIA) constitui um dos instrumentos jurídicos específicos da tutela do ambiente, tendo esta como pilar fundamental, entre outros, o princípio da prevenção”. Citando Gomes Canotilho e Vital Moreira para se afirmar que se trata de “um procedimento a desenvolver prévia ou em simultaneidade com outro tipo de instrumentos administrativos procedimentais de apoio à autorização ou licenciamento de projectos susceptíveis de assumir impactes ambientais significativos”. Avançando depois para o princípio da precaução, que “no nosso direito o princípio da precaução tem acolhimento na lei ordinária, concretamente no art.º 3.º n.º 1 e) da Lei 58/2005 de 29/12 (Lei da Água) definido como o conjunto de

“medidas destinadas a evitar o impacte negativo de uma acção sobre o ambiente devem ser adoptadas, mesmo na ausência de uma relação de causa-efeito entre eles. O que necessariamente inviabiliza a possibilidade de o princípio da precaução constituir um critério de apreciação geral da validade de actos administrativos concretizadores em matéria de ambiente, exactamente o contrário do que se verifica no tocante ao princípio da prevenção objecto de consagração em normativos de hierarquia superior no nosso ordenamento”.

No que consta à inversão da prova, relembra o Acórdão da divergência doutrinal que se verifica. De facto, uma interpretação tradicional

“exige aos que pretendem defender o ambiente – o ofendido, a Administração – a prova de que uma actividade causa perigos ou danos. O princípio da precaução vem dizer que devem ser os potenciais agressores a demonstrar que uma acção não apresenta riscos sérios ou graves para o ambiente, uma vez que são eles que pretendem alterar o status quo ambiental”.

Mas é necessário que não nos precipitamos neste campo – é que “todavia, esta transposição do quadro procedimental para o contencioso jurisdicional da técnica da inversão do ónus de prova não é admissível salvo previsão normativa expressa nos termos do disposto no art.º 344.º n.º 1 Código Civil que, na circunstância, não existe”.

VIII. CO-INCINERAÇÃO EM SOUSELAS

Por requerimento dirigido ao Instituto dos Resíduos, a *CIMPOR - Indústria de Cimentos, S. A* solicitou a dispensa total do procedimento de avaliação de impacte ambiental para o projecto de co-incineração de resíduos industriais perigosos no Centro de Produção de Souselas. O Despacho 16 447/2006 do Ministério do Ambiente concluiu que estavam “reunidas as condições que justificam a dispensa do procedimento de avaliação de impacte ambiental”, determinando o então Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional que “o projecto de coincineração de resíduos industriais perigosos no Centro de Produção de Souselas seja totalmente dispensado do procedimento de avaliação de impacte ambiental, ficando a presente dispensa condicionada ao cumprimento integral das medidas de minimização”. O Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra, considerando que não foi feita qualquer prova sobre os concretos prejuízos decorrente da queima de resíduos perigosos na cimenteira de Souselas resultava uma emissão tóxica de dioxinas ou furanos superiores ao legalmente permitido, julgou não verificado o requisito do *periculum in mora* e, em consequência, indeferiu os pedidos de suspensão de eficácia formulados pelos requerentes.

No Acórdão de 29.03.2007 do Tribunal Central Administrativo Norte aponta-se para o facto de o TAF Coimbra ter decretado

“a providência sem considerar a existência de prejuízo de difícil reparação, mas considerando *ab initio* a ponderação de interesses. E, efectivamente, não podia considerar, num mesmo momento, a verificação de *periculum in mora* e a ponderação dos interesses em presença. É que a ponderação de interesses em presença não se destina a orientar o juiz na verificação do *periculum in mora*”.

Pelo que se começa por avaliar da presença do requisito de *periculum in mora*:

“É certo que a procedência da aludida acção principal irá implicar, mercê da sua execução integral, a nulidade dos actos consequentes, eliminando-se, mormente, o acto de licenciamento de exploração que tenha eventualmente sido proferido, reconstituindo-se todo o procedimento com realização da AIA e ao qual

necessariamente se seguirão os demais procedimentos autónomos tendentes à obtenção dos vários licenciamentos legalmente exigidos para este tipo de operações e actividades. Contudo, o que não se conseguirá reconstituir e se torna impossível evitar, frustrando-se, desta forma, o efeito útil da tutela a obter a título principal e da satisfação dos eventuais interesses e direitos que estejam na base quer daquela pretensão quer do regime legal em matéria de AIA, são os actos materiais de co-incineração que eventualmente haja tido lugar e que não poderão ser eliminados por efeito da prolação da sentença na acção principal e em execução/restituição da situação fáctico-jurídica não fora a emissão do acto ilegal. A plena execução e eficácia do acto suspendendo irá permitir assim a constituição duma nova realidade material que tornará impossível a reintegração no plano dos factos da situação preexistente à emissão do despacho em crise uma vez obtida a procedência da pretensão formulada pelo aqui recorrido na acção principal.”

Pelo que se terá de ter como preenchido o requisito do *periculum in mora*. Procede-se, de seguida, ao contrabalanço dos eventuais riscos que a concessão da providência envolveria para o interesse público com os danos que a sua recusa com toda a probabilidade poderia trazer ao requerente.

“Tendo em conta os elementos resultantes dos autos somos em crer que os alegados prejuízos e não provados para os interesses dos requeridos de continuação do procedimento de co-incineração sem a A.I.A. não podem conduzir à negação da tutela cautelar para efectivação e defesa dos interesses do requerente que sairão frustrados face à constituição de uma situação de facto consumado. Pelo que os danos causados com a recusa da providência e que correspondem à situação de facto consumado são superiores aos danos causados com a sua concessão.”

Conclui no sentido de suspender a eficácia do despacho ministerial.

Também o Supremo Tribunal Administrativo seria instado a pronunciar-se sobre o caso. No Acórdão de 02.12.2009 analisa a questão do princípio da precaução que foi motivo para o Tribunal Central Administrativo Norte ter afastado o ónus de alegação e prova dos requerentes da providência dos factos integradores do *periculum in mora*. Determina, a este propósito, que

“à face do nosso ordenamento jurídico, o princípio da precaução não foi adoptado como critério de decisão da prova, não podendo com base na mera falta de certeza da não produção de danos ambientais ou para a saúde pública o julgador concluir pela existência de receio de produção de danos ambientais e para a saúde pública, de difícil reparação ou irreversíveis, quando não se demonstra positivamente, mesmo de forma sumária, a existência de uma probabilidade séria de eles virem a ocorrer”.

Trata-se de uma opção legislativa discutível, em termos de política legislativa, mas que se justificará pela ponderação da necessidade de prossecução de outros interesses públicos, que se entendeu não dever ser obstaculizada por meros receios de danos eventuais ou hipotéticos, que não se demonstra com grau de probabilidade séria que possam vir a ocorrer. Assim sendo,

“o acórdão recorrido ao resolver a dúvida que diz existir sobre os riscos para a saúde pública e ambiente da queima de resíduos perigosos em Souselas no sentido da sua efectiva verificação viola aquela regra do ónus da prova”.

No que toca à análise da existência do requisito de *periculum in mora* entende que tal não existe quando derive de prejuízos de difícil reparação. É que o TCA-Norte, chegado a uma situação em que entendeu subsistirem dúvidas sobre a existência de riscos para a saúde e para o ambiente derivados dos actos suspendendos, entendeu valorizar essas dúvidas de forma a julgar verificado o requisito do *periculum in mora*, por estarem em causa prejuízos plausíveis de difícil reparação.

“Ao efectuar esta valorização das suas dúvidas, o acórdão recorrido fez aplicação do entendimento que atrás referira sobre a inversão do ónus da prova, resultante da aplicação do princípio da precaução, decidindo que esse ónus recai sobre os Requeridos. Não sendo de adoptar este entendimento sobre a inversão do ónus da prova, como acima se viu, é aplicável a regra do art.º 342.º, n.º 1, do Código Civil”.

No que respeita ao *periculum in mora* derivado da criação de uma situação de facto consumado começa por atentar à sentença recorrida, apontando que aí se concluiu “também que se verifica o requisito do *periculum in mora* na vertente da constituição de uma

situação de facto consumado, “por haver fundado receio de que se a providência for recusada se tornará impossível a reintegração no plano dos factos da situação conforme à legalidade uma vez decidido o processo principal com decisão favorável à pretensão do requerente cautelar”. Mas como por facto consumado devemos entender que, em consonância com o Acórdão deste Tribunal datado de 31.10.2007,

“o «facto» será havido como «consumado» por referência ao fim a que se inclina a lide principal, de que o meio cautelar depende; e isto significa que só ocorre uma «situação de facto consumado» quando, a não se deferir a providência, o estado de coisas que a acção quer influenciar ganhará entretanto a irreversível estabilidade inerente ao que já está terminado ou acabado”,

pelo que não tendo ficado demonstrado que a não adopção da providência torne inútil a sentença a proferir no processo principal, designadamente quanto à prática de actos de co-incineração após o seu trânsito em julgado, é de concluir que o *periculum in mora* não se verifica também nesta vertente de constituição de uma situação de facto consumado. E não estando verificado o requisito analisado não se pode decretar a suspensão de eficácia dos actos suspendendos.

(Página deixada propositadamente em branco)

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA



• U • C •

