

Il danno ambientale esistenziale

Marcatajo, Gabriela

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. 272 p.

ISBN 978-88-495-3164-0.

A interessante obra de Gabriela Marcatajo versa, essencialmente, sobre o chamado *dano existencial* qualificado como *ambiental*, como hipótese de dano evento à pessoa humana resultante de lesões causadas ao ambiente, no panorama da responsabilidade civil.

Na introdução (pp. 7-20), a autora apresenta alguns dos principais temas que são abordados nos capítulos seguintes, enfatizando que “o perfil da responsabilidade civil, como peça central na construção do sistema de tutela ambiental, torna-se objeto de investigação em dois momentos: o reconhecimento jurídico do bem ambiente (...) e a construção do conceito de dano ambiental em conjunto com a identificação dos instrumentos de tutela civilista adequados, num horizonte muito amplo como aquele da tutela da pessoa” (pp. 19-20).

A investigadora de Direito Privado no Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Estudos de Palermo ressalta que a responsabilidade civil configura técnica predileta na tutela do ambiente, qualificado como direito da pessoa à qualidade de vida e entendido como *habitat* natural no qual se realiza a personalidade (autonomamente) ou como ambiente saudável em estreita correlação com o direito à saúde (p. 15).

Logo, não haveria um objeto que se chamasse ambiente, mas sim “um interesse subjetivo a condições de vida chamadas de ambiente” (p. 9). Esta perspectiva decorre, segundo a autora, do advento da Constituição italiana, em que a lógica do ter cede lugar à afirmação do ser, à tutela da pessoa humana, inaugurando uma nova antropologia do *homem dignus*, de modo a revolucionar o horizonte hermenêutico do civilista. Por isso mesmo, a dialética ambiente e desenvolvimento começaria a ser vista segundo o conceito de “desenvolvimento sustentável e humano” (p. 17).

Marcatajo destaca que o dano ambiental deve ser considerado a partir duma dupla aquisição: “a estrutura transnacional do fenómeno, sendo o ambiente bem ontologicamente intolerante ao rigoroso confinamento da estatalidade; e a natural flexibilidade, dinamismo e transversalidade das questões de direito ambiental que legitimam notoriamente uma abordagem de tipo factual” (p. 11). Assim, o método funcional para tal perspectiva de exame se revela “por problema” e move-se a partir duma consideração problemática do próprio conceito de ambiente como condição existencial, na qual a difusa titularidade convive com a exclusividade de posições individuais (p. 11).

A obra é dividida em três grandes capítulos, os dois primeiros com nove títulos e o terceiro com oito:



1 - Dano proveniente da lesão ao ambiente e natureza do bem ambiental entre o valor e o sistema (pp. 23-91);

2 - O dano ambiental entre o Direito Interno e o Direito Europeu. As fases da sua evolução normativa (pp. 95-190);

3 - A tutela da pessoa e o dano ambiental existencial (pp. 193-263).

1. Dano proveniente da lesão ao ambiente e natureza do bem ambiental entre o valor e o sistema

Marcatajo inicia o primeiro capítulo apresentando a distinção entre o dano proveniente da lesão ao ambiente (*danno dall'ambiente*) e o dano ao ambiente (*danno all'ambiente*), na medida em que o primeiro configura-se como um “dano a interesse privado derivante da alteração do ambiente, cujo ressarcimento pressupõe uma configuração de tal interesse como pessoal, atual e diferenciado” (p. 23).

Acrescenta que o interesse do privado também se configura em caso de dano ao ambiente, relacionado à perda de recursos naturais e da utilidade resultante destes recursos, mas que seria diferente, no entanto, “os danos aos interesses privados derivados da lesão ao ambiente, em termos tanto de dano moral ou dano pessoal, decorrentes da violação do direito de propriedade ou do direito à saúde e, ainda, quanto aos danos patrimoniais decorrentes das perdas provisórias” (p. 24) - danos a situações subjetivas tuteladas pelo art. 2043 do CC, como pressupostos relativos à responsabilidade civil.¹

Neste sentido, a autora cita decisão do Conselho de Estado italiano de 2015, na qual foi reconhecida ao proprietário de um fundo contíguo a local destinado à construção de determinada ciclovia o interesse de agir em juízo, caso a construção afetasse o gozo, o valor de mercado de seu bem ou o interesse à conservação do ambiente onde é inserido seu imóvel. A Corte decidiu que a ciclovia adjacente aos limites de sua propriedade trazia não só transtornos e desconfortos de fato (como a passagem contínua ou com ruído de ciclistas), capazes de afetar o gozo pleno e pacífico da coisa, mas também um efetivo dano consistente numa diminuição de seu valor de mercado, devido a sua menor atratividade.

Para Marcatajo, a Corte administrativa reconheceu o interesse do indivíduo de agir pelo ressarcimento do dano proveniente da lesão ao ambiente, ou seja, na defesa daquela porção

¹ Em Portugal, a doutrina trata o *danno all'ambiente* como dano ecológico e o *danno dall'ambiente* como “dano causado às pessoas e às coisas” (v. Preâmbulo DL 147/2008) ou dano ambiental, sendo que este último “rege-se pelos princípios gerais da responsabilidade civil”. Cf. Carla Amado GOMES, «A responsabilidade civil por dano ecológico», *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, vol. III (2010) 13-53. Vale dizer, ainda, que a Diretiva 2004/35/CE, que trata do dano ecológico, veda a hipótese de compensação pelo dano moral da coletividade. *Idem*. No Brasil, o *danno all'ambiente* é chamado de dano ambiental coletivo e o *danno dall'ambiente* de dano ambiental individual, ambos dividindo-se em materiais ou extrapatrimoniais. Cf. José Rubens MORATO LEITE, Patryck de Araújo AYALA, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, 159-167

de interesse ambiental qualificador e diferenciador em relação à sua propriedade, lesada por obras abstratamente capazes de afetar a sua esfera jurídica, reduzindo o direito de disposição e gozo do seu fundo e também o afetando em termos de saúde e conservação ambiental.

A autora fornece exemplos de danos provenientes da lesão ao ambiente (p. 41), tais como aqueles causados por emissões nocivas de fumaça, gás, ruído, exalações ou de odores, onde tais emissões, comprometendo o normal repouso ou as habituais atividades recreativas da vítima, determinariam, presumivelmente, uma lesão daquela serenidade pessoal que cada pessoa teria direito nas diversas áreas de explicação da personalidade.

No Título 3, a autora adianta noções sobre o dano existencial, afirmando que significa a soma das repercussões existenciais de sinal negativo sofrida pelo sujeito vítima da infração de outros. Típicos seriam os exemplos do vizinho de um inquilino barulhento; o empregado dispensado sem justa causa; os pais da vítima de um acidente de carro forçado a desistir das atividades existenciais normais para prestar assistência ao filho deficiente; o dano das férias arruinadas.

Contudo, assinala que no entendimento da Corte Constitucional, a compensação por danos à pessoa é construída em torno dum sistema bipolar centrado na dicotomia: dano biológico, como lesão da integridade psicofísica do sujeito lesado, avaliada segundo os critérios da ciência médico-legal, e dano não patrimonial, entendido como dano moral subjetivo, única categoria (residual) sujeita aos limites de compensação previstos no art. 2059 do CC.

Assim, advoga Marcatajo que o surgimento do dano existencial deriva da crise dessa dicotomia, da existência de uma zona cinzenta entre o dano biológico e o dano moral, injustamente privada de resposta indenizatória, mas, no entanto, consistente com as exigências de proteção semelhantes àquelas que levaram à reparação dos danos biológicos como uma categoria separada de dano, ou seja, independente do impacto sobre a capacidade de ganho da parte lesada.

Nos títulos 5 e 6, a autora analisa a possibilidade de se reconhecer uma noção jurídica autônoma do ambiente, destacando que existem basicamente duas abordagens sobre a matéria: uma negatória e outra possibilista. E explica cada uma delas.

Quanto à primeira, que está enraizada na doutrina de direito administrativo, atribui-se ao conceito de ambiente uma valência meramente descritiva, alusiva a bens individuais, não podendo ser reduzida à unidade. A inexistência de um interesse público unitário à tutela ambiental tornaria necessariamente setorial a sua disciplina.

Quanto à segunda, vários são os conceitos adotados, resumidos naqueles que acolhem uma noção substancialmente objetiva de ambiente como um bem imaterial, ora coletivo, ora público, e aqueles que acolhem uma ideia bastante subjetiva, como um direito da pessoa e, ao mesmo tempo, dever social da coletividade.



Para Marcatajo, todavia, pareceria possível traduzir o ambiente como valor unitário, que se revela, ao mesmo tempo, bem imaterial (público e coletivo), direito da pessoa e dever social de solidariedade. Trata-se, essencialmente, de um conceito unitário capaz de reunir e transcender os diversos aspectos da relação, como perfis estruturalmente intrínsecos à sua própria ideia. O ambiente, nesta perspectiva, torna-se síntese dos valores sociais e pessoais, dos interesses público, coletivo e difuso.

Não obstante esta consideração, a autora explica que a parte da doutrina que postula a existência de um direito subjetivo ao ambiente imputável à categoria dos direitos pessoais, divide-se, ainda, de acordo com uma reconciliação próxima ao direito à saúde: como conceito de saúde ambiental ou na perspectiva de um autônomo e distinto direito da personalidade.

No primeiro sentido, a relação entre saúde e ambiente enquadraria o direito ao ambiente em um sentido mais amplo da saúde, não limitado exclusivamente na integridade psicofísica, mas compreensiva do bem-estar pessoal amplamente entendido, da qualidade de vida e das próprias condições de saúde ambiental externas à pessoa. No segundo sentido, o direito ao ambiente constituir-se-ia um autônomo direito da personalidade, um bem independente desvinculado do direito à saúde, cuja tutela é fundamentada no art. 2º da Constituição, em virtude da ligação direta entre qualidade do ambiente e a realização da personalidade.

Consideramos que as menções aos arts. 2º (tutela da personalidade), 9º (tutela da paisagem) e 32º (tutela da saúde) da Constituição italiana feitas pela autora ao longo da obra (além duma tímida referência ao art. 117), são insuficientes para refletir o efetivo reconhecimento e proteção constitucionais conferidos ao ambiente. Com efeito, além dos referidos artigos, o art. 41 (utilidade social das atividades econômicas), o art. 42 (função social da propriedade) e o art. 44 (racional exploração do solo), todos da Constituição, já eram vistos pela jurisprudência como afirmação do ambiente como valor constitucional. E, depois da reforma de 2001, o art. 117, §§ 2º, 's', e 3º determinou ser competência legislativa exclusiva do Estado "a tutela do ambiente, do ecossistema e dos bens culturais" e competência legislativa concorrente entre o Estado e as Regiões a "valorização de bens ambientais e culturais", constitucionalizando, assim, o ambiente de forma indireta². Portanto, entendemos que as normas citadas, especialmente o art. 117, são a base normativa que consagra de forma autônoma a proteção do ambiente na Constituição desvinculada da tutela da saúde.

Da mesma forma, pensamos que o direito do ambiente e a tutela do dano ambiental não podem ser reduzidos à exclusiva proteção dos direitos da personalidade, numa concepção subjetiva que desconsidera o próprio ambiente como objeto de tutela jurídica. Assim se diz, e levando em conta também a posição da Corte Constitucional a partir das sentenças 61 e

² Domenico AMIRANTE, «Profili di diritto costituzionale dell'ambiente», *Trattato di Diritto Dell'Ambiente: principi generali* (2012) 233-283

225 de 2009, porque “a tutela do ambiente tem um conteúdo objetivo, porquanto se refere a um bem da vida, e finalístico porque direcionado para sua melhor conservação”³. Por isso, o direito ambiental é colocado essencialmente sob o perfil objetivo, na perspectiva de uma obrigação para as autoridades públicas de tutela e valorização do ambiente mesmo, segundo o constitucionalismo de matriz europeia. Assim, ao longo do tempo, o direito ao ambiente passou a um verdadeiro e próprio direito do ambiente, a ser protegido hoje como um recurso em si mesmo e não apenas como objeto de gozo e fruição pelo homem⁴.

Talvez o conteúdo primordialmente subjetivo na tutela do ambiente identificado pela autora ao longo da obra seja reflexo de uma concepção antropocêntrica por ela adotada. Mesmo que não se afigure possível, a nosso ver, sustentar uma posição biocêntrica, parece que uma terceira via seria a melhor posição. É por isso que alguns autores sustentam a ideia dum *antropocentrismo alargado*, no qual “a tutela *jusambiental* vem a abranger a *capacidade funcional ecológica* do patrimônio natural independentemente da sua utilidade directa. Fundamenta-se, por isso, na consideração do *interesse público* na integridade e estabilidade ecológica da Natureza e pode, desse modo, justificar o sacrifício de interesses humanos no aproveitamento imediato dos bens naturais”⁵.

No Título 8, Marcatajo salienta que “parece estar se movendo hoje a orientação predominante que acolhe uma *noção tridimensional do dano ambiental*: pessoal, como lesão do direito ambiental fundamental pertencente a cada sujeito; social, como lesão do direito ambiental fundamental nas formações sociais em que se desenvolve a personalidade humana (art. 2º da Constituição); pública, como lesão do direito-dever público das instituições centrais e periféricas com responsabilidades ambientais específicas” (pp. 78-79).

E, finalmente, no Título 9, a autora assevera que a qualificação do ambiente como bem pessoal coloca em crise uma distinção clara entre o público e o privado, dando razão para aqueles que sempre enxergaram nos direitos da pessoa uma zona franca, onde o interesse protegido nunca seria apenas público ou unicamente privado, resolvendo-se, ao mesmo tempo, em um interesse público e privado.

Para a autora, tal peculiaridade, que torna o ambiente uma fronteira entre público e privado, concede uma dualidade estrutural ao direito ao ambiente em termos de direito subjetivo e dever social: o direito ao ambiente saudável não é somente prerrogativa de interesses individuais e coletivos da pessoa, mas integra, ao mesmo tempo, um dever da coletividade em cumprimento ao imperativo de solidariedade social como princípio cardeal do ordenamento constitucional.

3 Idem

4 Idem

5 *Apud* Carla Amado GOMES, «O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente», *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, vol. I (2008) 9-33



Embora concordemos que o direito do ambiente tenha aspectos tanto do direito público como do direito privado, parece-nos que o direito público tem um papel ainda mais relevante. O direito civil é importante no domínio ambiental, mas “não há que cair em exageros (...). O direito privado tem, no campo ambiental, fraquezas estruturais que recomendam sempre um acompanhamento público. Desde logo por (...) ser um Direito restitutivo: a tutela do ambiente tem que ser preventiva e salvaguardadora. De seguida, os esquemas privados derivam de iniciativas particulares. Ora estas dependem do nível cultural das populações. O ambiente tem de ser defendido, também (sobretudo?) em áreas atrasadas ou despovoadas. Pense-se, ainda, na tutela dos mares e da atmosfera. Aí, os poderes públicos devem actuar”⁶.

2 – O dano ambiental entre o Direito Interno e o Direito Europeu. As fases da sua evolução normativa

No segundo capítulo, Marcatajo examina diversas normas do direito italiano e europeu e pontua que a legislação ambiental revela-se essencialmente uma legislação por princípios estruturados em torno de uma tabela aberta de valores e caracterizados a partir dum excedente de conteúdo axiológico, a justificar o apelido de um direito por princípios.

A autora começa a sua análise pela Lei nº 349 de 1986, cujo art. 1º, ao afirmar que a tutela do ambiente, em termos de conservação e recuperação das condições ambientais, é promovida em função dos interesses fundamentais da coletividade e da qualidade de vida, adota um conceito de ambiente como valor-síntese, determinante enquanto tal da qualidade de vida.

Quanto ao art. 18 da referida lei, a autora pondera que: (i) ao atribuir exclusivamente ao Estado e aos entes territoriais a legitimação para intentar uma ação indenizatória, opta por uma concepção predominantemente publicística do interesse ambiental; (ii) no entanto, parte da jurisprudência, em virtude de uma interpretação extensiva do art. 18 e do próprio conceito de Estado, considera que deve ser dada aos municípios, províncias e regiões a titularidade do direito ao ressarcimento, como entes exponenciais de interesse da coletividade local lesada, na qualidade de legitimados assim como o Estado, criando-se uma forma de solidariedade ativa, uma hipótese de litisconsórcio facultativo próprio; e (iii) que o Tribunal de Cassação reconhece a legitimidade a todas as autoridades locais, fazendo-a derivar da violação de um direito constitucional destas autoridades.

Em seguida, a autora analisa a Diretiva comunitária 2004/35/CE, em matéria de responsabilidade ambiental, merecendo enfatizar: (a) o princípio do poluidor-pagador, (b) o critério geral de imputação objetiva de responsabilidade, que não exclui a existência de exceções informadas por um perfil subjetivo, (c) e a conceituação do dano ambiental (art. 2º).

⁶ António MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. VIII, 699-700

Quanto ao princípio do poluidor-pagador, Marcatajo aduz que a responsabilidade civil torna-se o seu principal instrumento de implementação, desempenhando uma função preventiva e reparadora, na medida em que, por um lado, coloca sobre as empresas poluidoras o custo das medidas preventivas através de impostos e, ao mesmo tempo, funciona como um elemento de dissuasão em reconhecer os custos dos danos para as empresas responsáveis para o bom funcionamento do mercado competitivo.

Embora parte da doutrina entenda que o princípio do poluidor-pagador sirva como instrumento da responsabilidade civil⁷, sublinhe-se que vários autores pensam que tal princípio “não se reconduz a um simples princípio de responsabilidade civil”, recusando, “por manifesta insuficiência no domínio da proteção do ambiente, o efeito preventivo das sanções jurídicas civis”⁸. Considerando que o princípio da prevenção é o principal instrumento na tutela do ambiente e que a responsabilidade civil não tem efeito preventivo, discordamos que esta seja “técnica predileta na tutela do ambiente” (p. 15).

Passando à análise da disciplina do D.L. italiano 152/2006, Marcatajo resume suas principais inovações, tais como: (a) a concentração da legitimação de agir ao Estado com exclusão das outras autoridades locais, salvo nos casos de dano derivante de atraso do Ministro na adoção das medidas de prevenção e precaução ou pela anulação das medidas tomadas em violação do decreto (art. 310); (b) a adoção de uma noção precisa de dano ambiental como figura típica de ilícito civil (arts. 300 e 311 n.º 2); (c) o reforço das medidas preventivas; (d) a previsão do princípio da precaução; (e) a predileção das medidas de recuperação; (f) a determinação de dois critérios de imputação de responsabilidade: um objetivo, para os operadores de atividades profissionais sujeitas à regulação administrativa, como atividades perigosas para a saúde e para o ambiente (artigos. 304 e ss), e outro baseado na culpa, o qual é previsto para qualquer um (arts. 311 e ss).

Na sequência, a autora examina a Lei europeia n.º 97, de 6 agosto de 2013, que promoveu alterações no sistema de tutela. Com efeito, a sexta parte do código abre com a norma do art. 298-bis que define mais claramente os princípios gerais a seguir em termos de pedidos de compensação: “1. A disciplina da parte sexta do presente Decreto se aplica: a) ao dano ambiental causado por uma das atividades profissionais elencadas no Anexo 5 da mesma parte sexta e às ameaças iminentes de tais danos decorrentes de referidas atividades; b) ao dano ambiental causado por uma atividade diversa daquela elencada no Anexo 5 da parte sexta e às ameaças iminentes de tais danos decorrentes de tais atividades, em caso de comportamento culposos ou doloso.” (p. 149).

⁷ Paolo DIMAN, «I principi della tutela ambientale», *Principi di Diritto Ambientale* (2008) 37-56

⁸ Alexandra ARAGÃO, *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*, 108-110

Depois da análise da legislação, Marcatajo esclarece que o critério de imputação pode ser, além do subjetivo, também o objetivo, como o risco do negócio, que consente a alocação do custo do dano no sujeito capaz de suportá-lo e de governá-lo, traduzindo-se num custo de sua atividade. Nessa mesma linha, seria o critério similar, mas extensível a outros âmbitos de atividade da empresa, que, utilizando os ensinamentos da análise econômica do direito, atribui o custo do dano ao sujeito que esteja na posição mais adequada para suportá-lo economicamente ou para verificar se é conveniente para evitar o dano.

Ainda neste capítulo, a autora observa que a proteção do direito à saúde, ou do ambiente, possa ser prevista não só para o estabelecimento de um perigo de dano (probabilidade da sua ocorrência), mas também aos simples riscos, com a eventual ativação de remédios de restituição e inibição, como no caso da construção de uma antena de celular ou da emissão de ondas eletromagnéticas de telefonia que são consideradas fontes de tais riscos pela ciência médica. Assim, a dificuldade probatória relacionada à determinação do nexo de causalidade de um evento produzido a longa distância de sua causa, encontraria uma solução possível no sentido de permitir o ressarcimento mesmo onde haja uma possibilidade razoável, recuando a tutela ao dano possível e não somente àquele provável e exonerando o lesionado do ônus de provar o nexo de causalidade.

3. A tutela da pessoa e o dano ambiental existencial

A autora passa ao terceiro capítulo expondo a divergência da doutrina quanto ao enquadramento conceitual do dano existencial entre dano evento e dano consequência. Afirma que a abordagem relativa ao dano evento pondera que a prova da lesão deve ser considerada, ao mesmo tempo, prova da extensão da perda; portanto, o dano deve considerar-se *in re ipsa*, afastando-se, assim, os riscos probatórios. Pela segunda abordagem, majoritária, o dano existencial torna-se dano consequência, resolvendo-se nas repercussões consequenciais dos danos.

Mais à frente (pp. 223-234), a autora defende o enquadramento do dano existencial como hipótese de dano evento, no sentido de que a lesão tem em si mesmo nocividade inerente ou implícita, consistente na deterioração da qualidade existencial da vida. Contudo, a autora entende que o mesmo raciocínio não se aplica ao dano moral, na medida em que a lesão poderá produzir dor ou não, a qual se revela unicamente uma consequência possível da lesão de um bem da vida ou de um interesse da pessoa – trata-se, portanto, de dano consequência.

Ponto importante da obra é explicado pela autora nos Títulos 2 e 3 a respeito do conceito da categoria do dano não patrimonial à luz da jurisprudência da Suprema Corte de Cassação. Num primeiro momento, por meio das sentenças gêmeas de 2003, Marcatajo enxerga que o Tribunal acolheu uma noção de dano existencial indenizável como “subcategoria dis-

tinta de dano à pessoa” (p. 205). Com efeito, precisou a Corte que a leitura constitucionalmente orientada do art. 2059 do CC é considerada como meio para colmatar as lacunas, “na tutela indenizatória da pessoa, que pode ser rastreada ao sistema bipolar de dano patrimonial e daquele não patrimonial: este último compreensivo do dano biológico em senso estrito, do dano moral subjetivo como tradicionalmente entendido e dos prejuízos diversos e ulteriores, desde que constituam consequência da lesão de um interesse constitucionalmente protegido. (...) E vale a pena repetir que na liquidação equitativa dos prejuízos ulteriores, o juiz não poderá deixar de levar em conta o quanto já foi eventualmente reconhecido pelo ressarcimento do dano moral subjetivo, em relação à mencionada função unitária do ressarcimento do dano à pessoa” (pp. 204-205)

Entretanto, Marcatajo salienta que as Seções Conjuntas da Corte de Cassação, em decisão posterior de 2008, negaram autonomia conceitual às diferentes categorias de dano não patrimonial, rebaixando-as a meros subtítulos desta última. Basicamente, acolhendo uma ampla noção de dano não patrimonial, como dano determinado pela lesão de interesses inerentes à pessoa não caracterizados pela importância econômica, a Corte o definiu “categoria geral não suscetível de subdivisão em subcategorias variadamente rotuladas”, negando, pelo menos no plano declamatório, qualquer legitimidade restante para a categoria de dano existencial (p. 209).

Nesse contexto, sublinha Marcatajo, a Cassação “superou a orientação tradicional que limitava a compensação unicamente ao dano moral subjetivo, identificado como preocupação da mente transitória, e afirmou a indenizabilidade do dano não patrimonial na sua mais ampla acepção, sendo até mesmo o dano não patrimonial que consiste em não poder fazer (mas seria melhor dizer: no sofrimento moral determinado por não poder fazer) compensável” (p. 211). Na ausência de crime, e nos casos fora daqueles determinados pela lei, prejuízos do tipo existencial seriam compensáveis, desde que consequentes de uma lesão para o direito inviolável de uma pessoa.

Marcatajo aponta, ainda, outra relevante decisão da Corte de Cassação no sentido de que o direito deve ser fixado num determinado limiar mínimo, causando um prejuízo sério. Fundamentalmente, o nível de ofensividade necessário para a lesão terá que ser confirmado pela seriedade do prejuízo, de tal forma que permita o equilíbrio entre o princípio da solidariedade com a vítima e aquele da tolerância de determinados comportamentos danosos.

Passando à sua formulação de dano ambiental existencial a partir do Título 5, a autora defende o surgimento de um dano ao ambiente de tipo pluridimensional, que é adequado para refletir o caráter transversal de um conceito de ambiente espelhado na cultura jurídica contemporânea, como síntese dos diversos elementos biológicos, psicológicos e naturais que condicionam a existência humana.



De acordo com Marcatajo, o direito ao ambiente salubre é, na jurisprudência que o tutela, direito da pessoa em termos de direito a um bem-estar existencial, entendido como “equilíbrio psicofísico”, “normal qualidade de vida”, “exteriorização livre da personalidade”, “capacidades relacionais da pessoa” (p. 243).

Para a autora, o ilícito ambiental se traduz numa alteração pejorativa da esfera pessoal-relacional da coletividade ofendida, capaz de comprometer o *habitat* existencial e relacional, quer como um terreno de explicação da personalidade individual, quer como lugar de realização dos interesses relacionais (vida social). O dano ambiental, como lesão dum direito fundamental da pessoa, responde ao perfil de injustiça, esta entendida à luz daquela avaliação comparativa dos interesses em jogo orientada pelo princípio da solidariedade - e distinta da antijuridicidade.

Relativamente ao dano existencial proveniente de emissões, Marcatajo observa que o evento danoso ambiental seria o desarranjo ou a alteração do *standard* comportamental habitual da vida individual e social, implícito na perturbação das condições acústicas, olfativas ou sensoriais. É o caso, por exemplo, da renúncia ao repouso normal ou às atividades recreativas habituais da vítima, determinantes duma lesão da serenidade pessoal e do bem-estar psicofísico que cada sujeito tem direito nos diversos âmbitos de explicação da personalidade.

Nessa linha, a autora recorda da conhecida decisão sobre a emissão do fumo, onde a Suprema Corte de Cassação pareceu claramente definir em termos de dano existencial o dano ambiental consistente nos “efeitos insalubres e irritantes do fumo passivo”, efeitos consistentes na mesma alteração das condições socioambientais, de modo de comprometer a qualidade de vida das pessoas afetadas (p. 243).

A autora menciona, ainda, que a Corte Europeia dos Direitos do Homem possui jurisprudência que identifica na norma que tutela o domicílio (art. 8º CDH) um possível fundamento da proteção ambiental. De fato, entendeu a Corte que tal norma protege o domicílio não só de intrusões físicas, mas também daquelas emissões que comprometem o bem-estar e a qualidade de vida dos sujeitos lesionados pela degradação ambiental, impedindo-os de desfrutar da comodidade ou agradabilidade da própria casa. Para a autora, neste precedente o dano ambiental é entendido como dano à qualidade de vida, de modo a comprometer o desenvolvimento da personalidade, sendo evidente que a Corte acolhe, embora implicitamente, uma concepção do dano ambiental como dano evento existencial.

Ao final, a autora sustenta ser possível enquadrar como hipótese de dano ambiental existencial também o caso de dano proveniente de superlotação carcerária que, à luz da recente sentença *Torreggiani* da Corte de Estrasburgo, representaria tratamento desumano e degradante em violação à proibição referida no art. 3º da CEDH.

Marcatajo pretende demonstrar que esse caso é imputável à categoria do dano ambiental existencial em termos de dano evento. Entende possível afirmar que a hipótese de superlotação carcerária, identificada como um caso típico de dano ambiental, deve ser entendida como dano às condições integrantes do *habitat* existencial de cada pessoa e no âmbito do qual cada indivíduo, embora preso e, pois, privado da liberdade, tem direito de explicar a própria personalidade conforme uma exigência mínima de dignidade, embora compatível com o nível de sofrimento e de desconforto inerente ao estado de constrição da liberdade que é sujeito.

Sublinha que tal caso de ilícito se colocaria sobre um plano não tão diferente das emissões imateriais, provenientes de fundos externos e definidas como exógenas. Poderiam, assim, ser chamadas de emissões endógenas, produto da coexistência forçosa de um número elevado de pessoas dentro de espaços vitais muito reduzidos. Em ambos os casos se assistiria a alteração do *habitat* existencial, configurando-se uma clara hipótese de dano ambiental existencial, como dano às condições de vida determinantes da qualidade do *habitat*, como lugar de explicação da personalidade individual e da vida social.

Temos duas últimas observações. Não obstante a sedutora construção da autora a respeito do dano existencial ambiental, não parece ser esta uma autêntica hipótese de dano distinta daquela conhecida como dano moral ou extrapatrimonial. Com efeito, para a doutrina portuguesa um “dano é patrimonial quando a situação vantajosa prejudicada tenha natureza económica; quando assuma, simplesmente natureza espiritual, o dano diz-se não patrimonial ou moral”⁹. A doutrina brasileira fala em dano ambiental extrapatrimonial subjetivo quando o interesse ambiental atingido adversamente relaciona-se a um interesse individual de natureza imaterial, causando sofrimento psíquico, de afeição ou físico à vítima. Já quando o interesse ambiental é o difuso, fala em dano ambiental extrapatrimonial objetivo, caracterizado pela lesão a valor imaterial coletivo relacionado à manutenção do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida, identificado basicamente pelo: (a) dano moral ambiental coletivo pela diminuição da qualidade de vida e do bem-estar da coletividade; (b) dano social pela privação imposta à coletividade de gozo e fruição do equilíbrio ambiental proporcionado pelos microbens ambientais degradados; (c) dano ao valor intrínseco do ambiente vinculado ao reconhecimento de um valor ao ambiente em si considerado, dissociado de sua utilidade ou valor económico¹⁰.

Assim sendo, não parece fazer sentido a alegada categoria residual, supostamente desprovida de resposta indenizatória, do dano ambiental existencial, resultante duma possível diminuição do conceito e do papel do dano moral (individual e coletivo) no sistema da res-

⁹ António MENEZES CORDEIRO, *cit*, 513

¹⁰ José Rubens MORATO LEITE, PATRYCK AYALA, *cit*, 290-291



ponsabilidade civil. Em suma, pensamos que dano não patrimonial, moral ou extrapatrimonial (ou existencial) são o mesmo tipo de dano. Apenas os danos biológicos, como lesão à integridade psicofísica clinicamente avaliável, é que nos parece ser uma subcategoria de dano que está dentro do dano não patrimonial.

A segunda observação é sobre o conceito de dano ambiental adotado pela autora, o qual, segundo doutrina e jurisprudência italianas, deve entender-se “o dano causado unicamente à generalidade indistinta dos associados, e não também o dano que o indivíduo, seja esse público ou privado, indivíduo ou ente coletivo, pode sofrer na sua própria esfera pessoal ou patrimonial em consequência do mesmo dano ambiental (Cass. Civ. 25010/2008; 9211/1995)”¹¹. Além disso, o art. 300, parágrafo 1º, do Código Ambiental italiano, define o dano ambiental “como qualquer deterioração significativa e mensurável, direta ou indireta, de um recurso natural ou da utilidade assegurada por este recurso”. No direito português, o DL 147/2008 contém definição semelhante: “a alteração adversa mensurável de um recurso natural ou a deterioração mensurável do serviço de um recurso natural que ocorram directa ou indirectamente” (art. 11º/1/d), no que se diferencia dum dano civil na medida em que este pressupõe tenha sido simplesmente violado “direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios” (art. 483º/1 CC).

Do exposto, percebe-se que o conceito de dano ambiental depende de dois elementos essenciais: (i) um dano no ambiente, isto é, uma alteração adversa de um recurso natural ou de sua utilidade e que (ii) este dano seja causado à generalidade indistinta de indivíduos (não seria dano ambiental, pois, aquele proveniente do fumo passivo¹²). Portanto, na hipótese de superlotação carcerária o dano verificado não se trata de dano ambiental, na medida em que estes elementos estão ausentes, mas sim de dano civil. O dano, ainda que possa afetar situações jurídicas subjetivas individuais extrapatrimoniais e, portanto, ser fonte de ressarcimento, para ser qualificado como dano ambiental (seja *danno all'ambiente* ou *danno dall'ambiente*) deve conter os dois elementos mencionados acima. Parece-nos, claramente, se tratar de uma hipótese de dano civil à dignidade da pessoa do detento, hipótese de violação aos direitos da personalidade distintos do direito do ambiente.

Rafael Lima Daudt D'Oliveira

Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra.
Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito do Ordenamento,
Urbanismo e Ambiente pela Universidade de Coimbra.
Professor de Direito Ambiental dos cursos de Pós-graduação da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro (Puc-Rio) e da Fundação Getúlio Vargas.
Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

¹¹ Daniela Di Carlo, «Profili Di Diritto Processuale Civile», *Principi di Diritto Ambientale* (2008) 428-452

¹² No precedente da Corte de Cassação invocado pela autora em nenhum momento fala-se em dano ambiental