



UNIVERSIDADE D  
**COIMBRA**

Gustavo Crestani Fava

**ENSAIO SOBRE OS EFEITOS DO PRINCÍPIO DA  
PRECAUÇÃO AO NÍVEL DA RESPONSABILIDADE  
CIVIL AMBIENTAL**

**Tese de doutoramento em Direito, Direito Civil, orientada pela Professora  
Doutora Mafalda Miranda Barbosa e apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra.**

Julho de 2020

Faculdade de Direito  
Da Universidade de Coimbra

# Ensaio sobre os Efeitos do Princípio da Precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Gustavo Crestani Fava

Tese de doutoramento em Direito, Direito Civil, orientada pela Professora Doutora Mafalda  
Miranda Barbosa e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2020



UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA



## Agradecimentos

---

Aos meus pais, Silvério José e Maristela, pela oportunidade a mim concedida, às minhas irmãs Paula e Rosa Augusta pelo apoio.

À minha orientadora, Mafalda Miranda Barbosa, pelos incontáveis ensinamentos.

## Resumo

---

A avaliação do diálogo entre dano e indenização, no âmbito do direito de responsabilidade civil com foco no bem ambiental agora realizada sob os primados do princípio da precaução revela-se de profunda relevância para a contextualização e análise crítica da disciplina quando considerada a emergência de noções alargadas de justiça, bem como de padrões redimensionados de *altere non laedere* e da construção alargada de um direito geral de personalidade definidor do ambiente como seu elemento indissociável. Cuida-se, precisamente, de restabelecer pressupostos e avaliar se a afirmação, costumeiramente repetida, de que inexistente responsabilidade civil sem dano encontra lastro na estrutura filosófica que escora a responsabilidade civil e é condizente com a atual conjuntura social que o instituto visa regular. Para tanto, a abordagem histórica da conformação jurídica da Responsabilidade Civil, desde o período Romano até a contemporaneidade dão respaldo a afirmação do imprescindível dano. Tal precisa encontrar guarida, igualmente, nos grandes sistemas de Responsabilidade Civil, nomeadamente o sistema Francês, do qual é tributário o sistema brasileiro, o Alemão, de forte influência no Direito de Responsabilidade Civil Português, tido como híbrido, e Anglo Saxão, e que reverbera, igualmente, nos princípios europeus da responsabilidade civil e, em especial, pelo fim ordinário da responsabilidade civil, o de restabelecer o equilíbrio da justiça estremecido pelo comportamento em alguma medida censurável. Esta análise desperta interesse por conta do cenário social da contemporaneidade, indicada por uma sociedade de riscos incalculáveis (segunda modernidade) e pela consagração da eficácia horizontal imediata do direito fundamental ao meio ambiente. Direito fundamental este que, para além de público, deve assumir uma conotação paralela de direito privado enquanto elemento de conformação da personalidade, de modo a viabilizar, para sua proteção, todas as ferramentas juscivilistas colocadas à disposição dos milenares direitos privados. Então, pretendeu-se aqui estabelecer os conceitos e a amplitude das noções de justiça afetas à responsabilidade civil, bem como analisar o grau de necessidade de verificação do dano para a emergência do dever de indenizar assim como debater o papel do direito privado na tutela do ambiente, em especial pela influência dos princípios do direito ambiental, em especial pelo fenômeno da deambulação (trânsito entre o direito público e privado), e com especial destaque à análise da doutrina francesa contempladora de uma responsabilidade civil sem dano em

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

virtude de uma abordagem precaucional. Tendo por base esse cenário, com análise histórica e teleológica do instituto, a reinterpretação do ambiente e da personalidade, o diálogo sobre o cenário social contemporâneo e acerca do dano e seu papel na emergência do dever de indenizar, temperados pela influência do princípio da precaução, analisa-se a hipótese de responsabilidade civil sem dano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil e Danos; Princípio da Precaução; Meio Ambiente e Personalidade

## Abstract

---

*The evaluation of the dialogue between harm and damages, within the scope of the right of civil liability (tort law) focused on the environmental law now carried out under the primacy of the precautionary principle, reveals a profound relevance for the contextualisation and critical analysis of the discipline when considering the emergence of enlarged notions and standards of justice, as well as of resized patterns of altere non laedere principle and the broad construction of a general right of personality defining the environment as its inseparable element. It is precisely to re-establish assumptions and to assess whether the often repeated assertion that there is no civil liability (tort law) without harm is found in the philosophical structure that lends civil responsibility and is in keeping with the current social situation that the institute aims to regulate. Therefore, the historical approach of the legal conformation of Civil Liability, from the Roman period to the contemporaneity, support the affirmation of the damage as an essential element to ensue damages. This is also true of the large systems of Civil Liability, namely the French system, of which the Brazilian system is related, the German system, which has a strong influence on the Portuguese Civil Liability Law, as a hybrid system, and Anglo-Saxon system. also reverts to the European principles of civil liability and, in particular, to the ordinary purpose of civil liability: to restore the balance of justice that has been shaken by behavior to some extent objectionable. This analysis arouses interest in the contemporary social scene, indicated by a society of incalculable risks (second modernity) and by the consecration of the immediate horizontal effectiveness of the fundamental right to the environment. This fundamental right, which, in addition to being public, must be a parallel connotation of an element of particular law with respect to the personality, so as to enable, for its protection, all the juscivilist tools placed at the disposal of the millennial private rights. The aim here was to establish the concepts and scope of the notions of justice in relation to civil liabilities, as well as the degree of verification of the damage to an emergency of the duty to indemnify as well as to discuss the role of private law in the protection of the environment, in particular the problem of ambulation (exchange between the general public and private), and with particular emphasis on the analysis of the French doctrine contemplating unlimited civil liability due to a precautionary approach. The fundamentals of French doctrine - of a civil liability independent of the configuration of an injury - with the precise indication of its major exponents and also of the most relevant arguments are analyzed and weighed in particular as regards its alleged aptitude to justify the conclusion of abandonment of the damage as an indispensable requirement for the establishment of the obligation to indemnify. To be based on the scenario, the institute's telegram analysis, the reinterpretation of the environment and the personality, the dialogue of the social scenario, analogizes a hypothesis of civil liability without harm.*

**KEYWORDS:** *Civil Liability, Tort Law, Precautionary Principle, Environmental and Personality*

# Índice

---

Agradecimentos .....	03
Resumo.....	04
Abstract.....	06
Introdução.....	10

## PARTE I

1. Direito da responsabilidade civil: breves e necessárias considerações.....	22
1.1 Dos primórdios à Responsabilidade no Direito Romano.....	25
1.2 Direito Medieval: a Consolidação da Culpa.....	32
1.3 Da Revolução Industrial à Objetivação: a Influência do Jusnaturalismo e do Jusracionalismo.....	39
2. Grandes Modelos de Responsabilidade Extracontratual.....	46
2.1 O Sistema de Responsabilidade Civil Francês.....	46
2.2 O Sistema Germânico e o Sistema Português.....	52
2.3 O Sistema Anglo-Saxónico.....	62
3. Princípios Comuns do Direito De Responsabilidade Civil Europeu.....	71
4. Prolegômenos Acerca da Teleologia da Responsabilidade Civil.....	79
5. Considerações.....	94

## PARTE II

6. Conjuntura Social, Jurídica e Ambiental na Contemporaneidade.....	99
6.1 A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: O Meio Ambiente enquanto objeto de tutela privada.....	100
6.2 Das Teorias da Eficácia Horizontal – Da Negação à Eficácia Direita (Imediata)....	107
6.2.1. Da negação à Eficácia Horizontal.....	110
6.2.2 Da Eficácia Mediata e suas Teorias Informadoras.....	117
6.2.3 Da Eficácia Imediata ou Direta.....	126
6.2.4 Teoria Integradora.....	132
7. Ponderações Parciais.....	136
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental	



8. Da Sociedade de Riscos e da Segunda Modernidade.....	141
9. Considerações.....	160

### PARTE III

10. O Ser Pessoa.....	163
11. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade.....	174
12. Acepções do ser conformador da personalidade.....	185
13. Abrangência subjetiva e objetiva dos direitos da personalidade: um olhar para o ambiente.....	197
14. Dos Aspectos Temporais dos Direitos da Personalidade – O Caráter Trans e Intergeracional e a Perenidade do Ambiente.....	208
15. Tutela do Ambiente e Direitos da Personalidade: Responsabilidade Civil.....	212
16. Danos Meramente Patrimoniais e as Implicações na Personalidade e no Dano Ambiental.....	223
16.1 Danos ecológicos e danos perpetrados por via das componentes ambientais: O dano ambiental individual: A responsabilidade civil e a personalidade como instrumento de defesa do ambiente.....	226
17. Considerações.....	230

### PARTE IV

18. Obrigação, Responsabilidade e Considerações Acerca do Dano.....	232
19. Noções Conceituais Acerca do Dano Ambiental.....	234
20. Implicações na Responsabilidade Civil.....	259
20.1 O Ressarcimento como Objetivo da Responsabilidade Civil.....	264
20.2 Direitos de Personalidade, Perigo de Dano Ambiental e Responsabilidade Civil..	268

### PARTE V

21. Da Importância do Direito Privado na Defesa do Meio Ambiente: A Responsabilidade Civil.....	286
21.1 A Permanente Crise da Responsabilidade Civil.....	294
22. A Emergência do Princípio da Precaução no Direito de Responsabilidade Civil.....	299
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental	

22.1. Delineamentos Históricos.....	315
22.2. Avanço da Análise Sociológica e da Fundamentação da Gênese do Princípio da Precaução no Âmbito da Responsabilidade Civil.....	322
22.3 A Alteração da Responsabilidade Civil: Interrogações.....	352
23. Considerações.....	380
Considerações Finais.....	385
Bibliografia.....	393

## Introdução

---

No decorrer do século XX, muito em razão do desenvolvimento da sociedade contemporânea, uma intensa evolução técnica e científica propiciou a uma parcela da humanidade, notadamente à população dos países ocidentais do chamado norte global, um incontestável bem-estar socioeconômico. Assentando em modelo econômico que posteriormente se revelou predatório e não sustentável, esse processo patrocinou uma exploração de dimensões inéditas dos recursos naturais, transformados, na altura, em meros insumos para a produção capitalista, de modo a alçar a degradação ambiental a níveis até então não identificados na história humana. Sob esse modelo, emergiram riscos tidos como incalculáveis e indeterminados, os quais ameaçam, ao menos em tese, destruir a vida humana e a de outras espécies (animais e vegetais) em todas as regiões do planeta, mas com consequências ainda mais dramáticas para as populações periféricas.

Esta investigação é fruto de inquietações provocadas pela emergência desses riscos para o meio ambiente e de seus impactos presentes e futuros sobre as estruturas da responsabilidade civil no contexto de uma sociedade de riscos. Este trabalho, cuja porção inicial visita, em profunda análise, os parâmetros axiológicos e teleológicos que informam a responsabilidade civil, se propôs identificar as formas de diálogo entre a RC e o bem ambiental, mantendo o foco na identificação da aptidão (ou não) do atual modelo para proporcionar as respostas atualmente demandadas pelo meio ambiente.

Nessa perspectiva, a pesquisa ora propugnada colima estabelecer o diálogo entre a lógica do direito civil e as peculiaridades do direito e do bem ambiental, tendo como propósito formal a contemplação, em suas respectivas magnitudes, de ambos os ramos do direito em suas respectivas ontologias e observadas suas intrínsecas finalidades. Esse diálogo necessário é, portanto, analisado à luz dos métodos de proteção e de responsabilização, em consideração especial ao vasto rol de desafios ambientais da pós-modernidade e com vista à análise crítica e constitucional do direito de responsabilidade civil.

Isso porque, contemporaneamente, faz parte do âmago desse campo do direito, aqui compreendido como a intersecção entre o direito de responsabilidade civil e o direito ambiental, observado sob a égide de sua elevada carga axiológica – considerando-se em especial o *ethos* da responsabilidade civil e sua visceral relação com o entendimento do

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

homem como ser eminentemente gregário e, portanto, necessariamente ostentador de uma esfera de responsabilidade (binômio liberdade-responsabilidade) perante o eu necessariamente conformador da sua personalidade e o nós – a defesa de modos plurais de eficácia dos direitos fundamentais, entre eles o direito ao meio ambiente (também compreendido em sua vertente de dever), nas relações entre particulares.

Desta sorte, a preeminência do protótipo principiológico (princípio da precaução) diante do dogma histórico dos elementos, pressupostos e funções chaves da RC (hermenêutica teleológica) configura a pedra de toque da evolução das estruturas jus-civilistas no caminho do positivismo para a contemporaneidade crítica.

Desta feita, faz sentido e revela-se primordial demonstrar a eventual necessidade (consoante uma análise dos perfis ético e sociológico da responsabilidade civil, em conjunto com uma análise circunstancial) e a possibilidade de uma conformação jurídica de reconstrução ou reorganização das estruturas da responsabilidade civil, afastando a reprodução literal e acrítica dos textos legais (suplantando o engessamento natural ao direito positivo), bem como repelir a repetição impensada de métodos doutrinários (em homenagem a fenômenos éticos e sociológicos). Desse modo, seria possível observar o fenômeno jurídico da responsabilidade civil como ferramenta de tutela dos interesses e dos valores da ética e da justiça socioambiental hodiernos.

Nesse contexto, ao se ter como parâmetro e base da investigação aqui proposta o direito civil atual, seus apanágios e seu arcabouço instrumental enquanto ferramentas destinadas, também, à preservação e restabelecimento do princípio da dignidade da pessoa humana (principal elemento da tábua axiológica constitucional) materialmente compreendido, coloca-se em perspectiva a instrumentalização das relações patrimoniais. Estas, abrangidas em sentido amplíssimo, quer seja na lógica contratual, quer seja na lógica da estrutura da responsabilidade civil (obrigações delituais), não são, contudo, meras formas de satisfação de interesses privados, como poderia parecer em razão de sua patrimonialidade. Ao contrário, passam a ser tomadas e interpretadas como mecanismos de persecução do bem comum, enquanto efeito indireto da preservação da parcela individual de direitos difusos e coletivos. A patrimonialidade aqui em análise aprofundada é, portanto, secundária. Desta feita, o restabelecimento do acervo de bens e direitos não pode ser adotado como fim único e/ou primordial da responsabilidade civil.

Nesse sentido, é preciso para tanto, e com o escopo de viabilizar a análise do papel da responsabilidade civil no âmbito do direito ambiental, cotejar os princípios

basilares do direito civil segundo o escólio de Miguel Reale<sup>1</sup> (sociabilidade, eticidade e operabilidade), começando por analisar o fenômeno da RC de modo a eventualmente o harmonizar com o sentido do princípio da precaução cujo conteúdo impõe, inclusive na esfera particular, a obrigação de não submeter o bem ambiental a riscos intoleráveis. Tal se dará em contraposição à estrutura clássica da responsabilidade civil, reveladora do dano como elemento em torno do qual gravita a teoria da RC.

Assim, ainda que o conceito e o âmbito de atuação do princípio da precaução<sup>2</sup> sejam conturbados, na medida em que não se lastreiam em bases jurisprudenciais e acadêmico-científicas sólidas quando comparadas às milenares estruturas fundantes da RC, é inevitável a conclusão de que o dito princípio assume relevância na estruturação da RC. Isso porque, como bem definiu Sinde Monteiro, a função da responsabilidade civil concatena-se com a concepção de justiça e de equidade dominantes no seio social<sup>3</sup>, enquanto a noção cotidiana de responsabilidade civil ambiental (derivada inexoravelmente do conceito de justiça ambiental ou justiça ecológica<sup>4,5</sup> contaminada com aspectos de precaução) possui em seu âmago um viés intergeracional. Ainda, a abordagem precaucional observa a necessidade de atuação positiva, mesmo que frente ao desconhecido, suplantando a esfera de atuação (função) de cunho meramente reparatório e compensatório dedicada historicamente ao instituto (RC). Daí que tanto se possa falar de “[...] incorporação da dimensão futuro no âmbito do instituto ressarcitório [...]”<sup>6</sup> quanto de alteração da lógica meramente ressarcitória destacada no direito da responsabilidade civil pela ciência jurídica contemporânea, não se limitando, porém, a

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>2</sup> Ver: KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Rapport au premier ministre: le principe de précaution**. Paris: Odile Jacob; La Documentation Française, 2000. p. 405.

<sup>3</sup> MONTEIRO, Jorge F. Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. No original: “Dir-se-á então que a função da responsabilidade civil consiste nisso de, em consonância com as concepções de justiça e equidade dominantes na sociedade, assinalar de entre o número incontável de eventos danosos que se verificam todos os dias aqueles em que ao lesado há-de ser permitido repercutir o dano (*die Abwälzung des Schadens*) sobre o lesante” (p. 13-14).

<sup>4</sup> Sobre o tema ver: ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do nível elevado de proteção ecológica: resíduos, fluxos de materiais e justiça ecológica**. Tese de Doutoramento. Coimbra: FDUC, 2004.

<sup>5</sup> KLOEPFER, Michael. Environmental Justice und geographische Umweltgerechtigkeit. **Deutsches Verwaltungsblatt**, [s.l.], p. 750-754, 2000.

<sup>6</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. A participação da dimensão de futuro na responsabilidade extracontratual. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Vol I. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. p. 71.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

atribuir ao princípio da precaução, no âmbito da RC, o mero escopo principal de antecipação de danos, neste ponto tido apenas como problemático.

De resto, os problemas com os quais a lógica da justiça e a moral se deparam na segunda modernidade superam, em seu contexto, as amarras espaço-temporais e subjetivas até então limitadoras da esfera de responsabilidade, notadamente no direito ambiental, de forma a plasmar o desencontro entre as teorias clássicas de responsabilidade ética e jurídica, uma vez que esta última não disponibiliza uma noção de responsabilidade consentânea com o aspecto moral adequado à limitação da esfera de liberdade do homem contemporâneo. Daí que Paul Ricoeur afirme que a orientação moral da responsabilidade civil “[...] deveria ser substituída por uma orientação mais deliberadamente prospectiva, em função da qual a ideia de prevenção dos prejuízos futuros se juntaria à de reparação dos danos já cometidos”<sup>7</sup>.

Principalmente pelas razões filosóficas acima delineadas, a inserção da precaução no âmbito da responsabilidade é um fenômeno já bastante estudado.

Porém, a imensa maioria dos referenciais bibliográficos toca não à responsabilidade observada sob ótica privada, mas sim à responsabilidade administrativa, o que restringe a atuação do princípio como indutor de comportamento ambientalmente seguro e condizente com uma ética de responsabilidade alargada, tanto sob o prisma objetivo quanto sob o prisma subjetivo. Em virtude disso, a correta compreensão da inserção ou não do princípio da precaução no âmbito das obrigações delituais privadas revela-se necessária no sentido de materializar o mandamento constitucional que outorga não só o direito a um meio ambiente equilibrado como também o dever de resguardá-lo, inclusive no âmbito das relações privadas.

Diante da amplitude do tema e dos desafios postos pelo objetivo central, acima exposto, este trabalho começa por analisar a história do desenvolvimento do instituto jurídico da responsabilidade civil, não apenas observando-a sob o prisma ontológico, mas também segundo critérios dos padrões axiológicos, como forma de compreender toda a conformação ética circundante à responsabilidade civil.

Concomitantemente, também são analisados os grandes sistemas de responsabilidade contemporâneos, nomeadamente o sistema alemão, o francês e o anglo-

---

<sup>7</sup> RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Trad. de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 56.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

saxónico centrado na ideia de *Tort Law*. Em arremate, são tecidas considerações sobre os princípios europeus de RC, com ênfase na análise da problemática exposta inicialmente: a observação das interrelações da responsabilidade civil diante dos desafios impostos pela realidade ambiental atual.

No segundo momento, a questão sociológica passa a ser o foco da pesquisa, porquanto permissora da afirmação de que sociedade se pôs a questionar os modos de produção propulsores de riscos, avaliando não somente a causa imediata de eventuais catástrofes ambientais como suas causas mediatas. Como exposto preliminarmente no início deste capítulo, a degradação da natureza, tal qual hoje revelada, é fruto, primordialmente, da relação que o homem ocidental tinha e continua tendo com o meio ambiente, enxergando-o como objeto ao seu dispor e reputando-se apto a dominar não só a ela como às consequências de seus próprios atos. Ao segregar-se daquilo de que não se pode separar, entendendo-se como algo estanque ao meio ambiente em que está inserido irremediavelmente, o ser humano ocidental desnaturalizou-se. Tal concepção permitiu, em alguma medida, o uso irracional dos recursos naturais, o que está conduzindo, de forma lenta, à extinção do ser que se via como senhor e possuidor de tudo o que o cercava.

Sob a chancela do aprimoramento tecnológico, a humanidade vem perpetuando há séculos uma conduta pouco sustentável, a qual ganhou capacidade destrutiva nunca dantes imaginada. Diante desse cenário catastrófico, os capítulos iniciais oferecem uma contextualização das relações entre o ser humano e a natureza, avaliando quais as consequências de tal realidade sobre as estruturas da responsabilização civil. Para tanto, busca-se a caracterização do contexto social contemporâneo, assumindo as teorias sociológicas de Anthony Giddens e Ulrich Beck como marcos para avaliar da adequação das estruturas de RC ao cenário social. Após a definição clara da situação social, econômica e cultural, a investigação se debruçará sobre a avaliação da necessidade ou não de uma eventual alteração nessas estruturas da responsabilidade civil (como fenômeno social) para garantir que o instituto jurídico possa conferir resposta adequada a esse cenário.

Desse estágio introdutório redunda a clara noção da incompatibilidade das estruturas da responsabilidade civil com as demandas precaucionais, sem que, contudo, isso lhe garanta uma nova estrutura normativa, sendo evidente que a atual configuração não se desvela suficientemente apta a justificá-la ou a lhe conceder substrato jurídico-

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

normativo. Desse modo, a pesquisa redireciona seu foco para a definição e avaliação de um fundamento jurídico para a eventual alteração. Logo, na segunda parte da porção inicial da pesquisa colima-se identificar a possibilidade de uma teoria jurídica que contemple a existência de uma RC diferenciada para a proteção do bem ambiental e quais seriam os pilares jurídicos dessa teorização.

Para tanto, inicialmente é apresentada uma abordagem filosófica e sociológica sobre o fenômeno jurídico da responsabilidade civil, tendo por base a identificação de um elevado senso de justiça na matéria. O escopo primordial nessa etapa é o retorno do equilíbrio violado por uma conduta ilícita, restabelecendo o *status quo ante*. A partir daí a pesquisa assume como objetivo específico a definição conceitual e a caracterização histórica e filosófica daqueles que poderão assumir o papel de fundamentos jurídicos para uma eventual e necessária alteração das estruturas da RC: os princípios da precaução e da prevenção.

O princípio da precaução, objeto de estudo nessa fase da investigação, informa a necessidade de tomar medidas (positivas ou negativas) quando não suficientemente aclaradas as consequências de determinada atividade. Não se exige, sob a orientação dos valores postos em debate por esse princípio, a certeza de dano e, não por outro motivo, orienta medidas de cunho marcadamente anteriores a ele. Essa perspectiva pressupõe como elemento de discussão uma abordagem prévia conceitual do princípio da precaução, bem como seus principais fundamentos normativos nas ordens jurídicas nacional e internacional, sua relação com o atual cenário social e sua capacidade para informar uma alteração nas estruturas jurídicas de proteção ao meio ambiente.

Definido o pilar jurídico normativo susceptível de ensejar a configuração de uma nova RC do direito ambiental, os capítulos finais representam o núcleo principal da presente investigação. Nele são avaliados os elementos da estrutura dogmática da responsabilidade civil.

Sinteticamente, pretende-se avaliar o fenômeno da responsabilização civil ambiental, traçando um panorama contextual como elemento destinado à identificação ou não da necessidade de alteração. Mais do que isso: uma vez identificada uma eventual incapacidade da RC em gerir ou dar respostas às necessidades ambientais, veremos se a resposta dada principalmente pela doutrina francesa no sentido de configuração de uma responsabilidade civil sem dano é tecnicamente plausível. Em suma, caso se identifique essa necessidade, são analisados os elementos jurídicos capazes de lhes dar sustentação. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



Por fim, avalia-se a RC sob a ótica dos princípios de cautela e sua interrelação com o princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso.

Ante a relevância garantida aos direitos fundamentais de terceira dimensão, tal como o direito ambiental, há uma crescente demanda por respostas jurídicas eficazes o bastante para garantir à humanidade um meio ambiente hígido. Isso, não se pode negar, é fruto de uma conduta natural do ser humano pautada pela ideia de preservação da espécie diante do concomitante conteúdo ético envolvido nas questões ambientais. A atualidade do tema (nova visão lançada sobre o ambiente) revela-se na perspectiva da nova ética da responsabilidade do homem pelo planeta e a menor periodicidade dos efeitos deletérios derivados do modelo de produção predatório adotado pela humanidade.

Pese embora controvérsia, estudos científicos<sup>8</sup> revelam a necessidade bastante próxima, se não imediata, de adoção de comportamentos diferidos (em abordagem temporal) dos atuais com foco na remediação de um problema histórico de degradação ambiental. E a ciência do direito não pode ignorar esse cenário, nem tampouco limitar-se a oferecer respostas para essas graves e importantes questões do ponto de vista publicístico, segundo uma interpretação vertical do direito fundamental ao meio ambiente, como até agora vem ocorrendo.

Assim, há necessidade de dispersão dos instrumentos de tutela do ambiente também para a seara privada, permitindo a realização do direito ao ambiente e do ambiente e do dever de preservação mediante a imposição de responsabilidades aos gestores acerca dos problemas acima delineados, quase sempre em âmbito particular.

Todavia, e sem embargo da atualidade do problema, a análise em causa, a do princípio da precaução e do direito da responsabilidade civil não se limita à contemporaneidade; ela enseja, igualmente, uma análise histórica, ainda que superficial, da Responsabilidade Civil. Noutra prisma, a pesquisa dedica-se também à análise da possibilidade de estabelecimento da responsabilidade civil como instrumento de gestão dos riscos segundo uma lógica jurídica orientada pelo princípio da precaução, que se traduz em estudo com considerável magnitude subjetiva. Ou seja, a questão ambiental tende a afetar de forma indistinta toda a humanidade; daí a sua natureza eminentemente

---

<sup>8</sup> METZ, B. DAVIDSON, O.R. BOSCH, P.R. DAVE, R. MEYER, L.A. Meyer. **Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

difusa, sendo, portanto, razoável, em um primeiro momento, que também ao particular seja destinado algum tipo de tutela preventiva do bem ambiental.

Não se olvida, nesse contexto, que os efeitos decorrentes de desigualdades sociais tendam a direcionar os efeitos dos problemas ambientais para as comunidades com escassez de recursos. Esse fenômeno da distorção dos efeitos universais dos problemas ambientais, porém, não retira o argumento consubstanciado na ampla absorção dos efeitos deletérios da degradação ambiental para toda a população, nomeadamente devido à característica essencialmente difusa do bem ambiental. Essa correlação entre os problemas econômicos e a experimentação dos efeitos deletérios para o meio ambiente também tem implicações no âmbito do estudo da viabilidade jurídica de se compreender a responsabilidade civil como instrumento de precaução e, portanto, de gestão dos riscos.

Nesse sentido, limitar a precaução como fundamento de uma estrutura de responsabilidade destinada unicamente ao Estado, muitas vezes incapaz de enfrentar o poderio econômico da iniciativa privada, revela-se inadequado. Logo, não há dúvidas acerca da necessidade de outorgar a possibilidade de antecipação dos danos ao maior espectro subjetivo e objetivo possível, estendendo-a à relação entre entes privados potencialmente, inclusive por meio de uma nova abordagem da Responsabilidade Civil. Porém, essa necessidade ética e sociológica encontra alguns entraves no direito positivo.

Isso porque a imensa maioria dos instrumentos jurídicos destinados a regular a responsabilidade delitual privada exige para sua efetivação prática a constatação de um dano. Por outro lado, existe também positivado um mandamento principiológico que impõe tanto a particulares quanto a entes públicos o dever de atuação em momento anterior ao dano, compelindo-os a uma atuação no sentido de evitar ou minimizar riscos, devido à complexidade e à gravidade dos danos ambientais.

A concepção da possibilidade de danos irreversíveis e graves, como são amplamente os danos ambientais, não tem fácil apreensão pelo direito da responsabilidade civil, no quadro da sua lógica atual, que é eminentemente reparatória e centrada em sua essência assente na identificação de um dano e veiculadora de um direito subjetivo do agente privado em não ter sua esfera de interesses atingida, na hipótese da não verificação de um dano.

Noutro extremo, a responsabilidade tributária da matriz filosófica de Hans Jonas acomoda-se, não na ideia de reparação, mas em uma lógica cujo escopo primordial é o de

prevenir danos que, em sua maioria, superam a dimensão de individualidade rumo à coletividade e à mais plena difusão, o que também pode representar um óbice à lógica civilística, focada historicamente na relação entre o ente próximo e o ente imediato.

Portanto, o cenário da segunda modernidade colocou-se como o pano de fundo para uma discussão sociológica, filosófica e jurídica do fenômeno da responsabilidade civil, neste trabalho analisado com o propósito de discutir sua readaptação social e axiologicamente.

Diante da concepção de que a ciência jurídica deve oferecer respostas aos problemas comunitários e, assim, enquanto fenômeno social que é, cumprir seu papel, discute-se a viabilidade da conciliação da RC com o princípio da precaução. E da pequena digressão conceitual estabelecida como referencial teórico pode-se afirmar que, por seu conteúdo valorativo (decorrente de estreita relação com o bem ambiente, no sentido de imunizá-lo o mais possível dos danos), o princípio da precaução de certa forma subverte o imperativo categórico de Immanuel Kant<sup>9</sup>, propondo um novo modelo pelo qual o meio de vida humano deve compatibilizar-se como a manutenção da vida na Terra.

Do ponto de observação do direito da responsabilidade civil, o sujeito ostentador do direito ao respeito de sua liberdade – em outras palavras, o outro titular do meu dever de responsabilidade – deixa de ser a entidade humana visível e imediata e passaria a convolar-se em algo mais amplo, afeto a tudo o que, necessariamente, faz possível e torna digna a vida no planeta. Essa é a ampliação do círculo moral subjetivo, com fundamento na teoria denominada *deep ecology*, adiante referenciada, assim como o elemento indicador da protelação do fenômeno jurídico da responsabilidade no tempo.

Partindo desse lastro principiológico, axiológico e social, permite-se o questionamento da viabilidade jurídica de se estabelecerem novos padrões de RC, dado que a identificação de uma estrutura jurídica demandante do dano não se adequa a uma visão multidisciplinar da necessidade de antecipação a tais danos, em particular devido à gravidade e à complexidade a eles afeta.

Especificamente, esse aparente conflito é o ponto nevrálgico desta pesquisa e nos remete para uma análise detalhada de todos os elementos da responsabilidade civil. Fenômeno jurídico de elevada carga moral que é, a RC reveste-se de características

---

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

marcadas pela precaução também por um fundamento de cunho ideológico. Porém, deve-se analisar com bastante acuro a viabilidade jurídica da construção de uma responsabilidade civil sem dano.

É preciso, todavia, considerar que o fenômeno ético-filosófico de influência marcante no direito da responsabilidade civil (liberal-individualismo), de corte epistemológico histórico, era estigmatizado pela existência material e imediata do outro a quem se destinavam os deveres de cuidado.

Subvertendo essa lógica imediatista e individualista, o matiz filosófico do princípio da precaução acarreta uma expansão desse conceito, que é traduzida como a ampliação temporal-subjetiva da esfera de responsabilidade. A responsabilidade precaucional revelar-se-ia, então, também em responsabilidade não só perante o outro, ser físico e aparente e sujeito de direitos<sup>10</sup>, mas igualmente perante outros considerados em sentido amplíssimo, ainda que, por ora, inexistentes. Esse movimento estabeleceria uma nova ótica para a relação tipicamente individualista da responsabilidade civil, em atenção ao aspecto trans e intergeracional do direito ambiental.

Esta concepção, indiretamente, traria consigo o fortalecimento do aspecto moral da responsabilidade, assente não na obtenção de um proveito com determinada atividade e do dever daí decorrente de suportar os danos dela proveniente (responsabilidade objetiva), mas no aspecto moral da responsabilidade intergeracional de atuar em desconformidade com os padrões de precaução. É necessário destacar que a responsabilidade fulcrada na lógica precaucional, ainda analisada como fonte ideológica do princípio da precaução no âmbito da ciência da RC, tem um referencial filosófico marcado pela ampliação do conceito de responsabilidade moral e social; no entanto, ela demanda igualmente um correspondente e sólido substrato jurídico. Com efeito, embora as primeiras não sejam equivalentes à concepção de responsabilidade jurídica, com esta se vinculam por razões óbvias.

Neste ponto, torna-se claro o fundamento moral para uma alteração epistemológica do direito da responsabilidade civil. É fato que a responsabilidade traz em seu conteúdo a existência de um dever originário, e, na contemporaneidade, esse dever é alargado temporal e subjetivamente, de modo que também lhe deve corresponder a

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, ver: RICOUER, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Trad. de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

correlata responsabilidade, do que se extrai a necessidade premente de contaminação do direito da responsabilidade civil com marcas do princípio da precaução.

Contudo, a repetição de uma necessária alteração da responsabilidade civil não nos faculta a afirmação, enquanto justificação juridicamente relevante, da construção de uma responsabilidade civil sem dano. Não está aqui em debate todo o arcabouço jurídico, afeto ao direito ambiental, da necessidade de conformação de estruturas de proteção colocadas a montante do dano. O debate aqui é outro, porquanto esse indiscutível cenário é insuficiente, como dito, para configurar uma alteração nos primados ontológicos da responsabilidade. A discussão que se trava aqui é justamente a análise e contraposição das teorias que pretendem configurar uma responsabilidade civil sem danos.

# PARTE I

# 1. DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVES E NECESSÁRIAS CONSIDERAÇÕES

---

O aprofundamento do tema responsabilidade civil (RC) e, mais do que isso, dos meios que permitam ou ao menos coloquem em debate uma pretensa reestruturação axiológica e teleológica do instituto, demandou, em seu primeiro estágio, a evolução da noção ética e filosófica da responsabilidade, nomeadamente por meio de definições dos alicerces, axiológicos ou jurídicos, que a sustentaram e sustentam.

Obviamente, aqui não são esmiuçados todos os elementos da ciência que se prestou a avaliar, desde o direito romano, social e filosoficamente, a responsabilidade civil, tais como as fontes do dever de indenizar, nem de que modo, por exemplo, as várias eras do direito com ela lidaram. Apenas são focados alguns elementos que podem, em maior ou em menor grau, influenciar este trabalho de uma forma significativa.

Tomou-se a liberdade, então, de definir de um corte epistemológico de índole prática, sem descurar um propósito meramente expositivo e contemplativo do perfil histórico da responsabilidade civil. Ao mesmo tempo, são apresentadas as premissas básicas de cada grande sistema de responsabilidade da contemporaneidade<sup>11</sup> (germânico, francês e anglo-saxónico), bem como as premissas e os princípios relevantes para o tema, identificados em estudo elaborado pelo Grupo Europeu de Responsabilidade Civil (EGTL), com o fito de estabelecer alguns elementos de diálogo entre esses princípios. E ainda, por derradeiro, uma análise crítica da responsabilidade civil, segundo critérios de identificação do que é a justiça, com ponderações sintéticas sobre as várias finalidades por ela (responsabilidade civil) colimadas, com especial destaque para o debate acerca da atribuição de uma premente função punitiva, entendida por alguns como elemento estruturante de uma pretensa responsabilidade civil sem dano. Tudo isso, ressalte-se, com a pretensão, não de estabelecer um marco teórico e dogmático sobre esse tema introdutório, mas de situar algumas premissas e dogmas que orientam e fundamentam o presente estudo, e dos quais o mesmo não se poderá afastar.

Para tanto, não se pode olvidar que a compreensão do fenômeno da responsabilidade e, em um segundo momento, da responsabilidade civil autonomizada e

subjetivizada, como regra deriva, ainda que de forma remota, da noção de obrigação com origem remonta no termo *synallagma*, atribuído a Aristóteles<sup>12</sup>. A noção da filosofia grega é reconhecidamente tímida, mas é fato que o termo ganhou proporções nomológicas bem definidas no direito romano e, para fins e efeitos gerais “[...] désigne à la fois le fait, volontaire ou pas, qui donne naissance à un rapport de droit et ce rapport de droit lui-même, qui consiste dans ce que nous appelons l’obligation”<sup>13</sup>. Ou ainda, conforme Jean Carbonnier<sup>14</sup>, ela aparece como um “[...] lien de droit existant spécialement entre deux personnes, en vertu duquel l’une doit faire quelque chose pour l’autre”.

Assim, se plenamente ausente nas sociedades antigas orientais e deveras incipiente na matriz grega, sendo mais comum em termos filosóficos do que jurídicos nesta realidade, coube à vertente romana a definição da noção técnico-jurídica do importantíssimo conceito de obrigação<sup>15</sup>. Tendo sido estruturante de todos os sistemas jurídicos medievais, sobre esse conceito se construíram todas as premissas da responsabilidade no direito ocidental contemporâneo<sup>16</sup>, nomeadamente por meio da teoria jurídica de Paulo, no século III, e das instituições de Justiniano, no século VI, quando era definida como *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*.<sup>17</sup>

Sob o prisma filológico, o termo *obligatio*, derivado do latim, é formado pela junção da preposição *ob* (em virtude de) e do verbo *ligare*. Daí que, no direito romano, a obrigação seja tida como um liame abstrato e jurídico entre duas ou mais pessoas, cabendo à jurisprudência clássica a afirmação da noção de obrigação como *vinculum iuris*.<sup>18</sup>

Tal qual *en passant* já mencionado, aquando da formulação de uma base preliminar do perfil histórico da responsabilidade civil como nós a conhecemos, podem ser atribuídas duas definições positivas à obrigação, segundo a tradição científica

---

<sup>12</sup> DEROUSSIN, David. **Historie du Droit des Obligations**. Paris: Economica, 2007.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>14</sup> CARBONNIER, Jean. **Droit civil – 4 / Les obligations**. 21. éd. refondue. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 287.

<sup>15</sup> DEROUSSIN, David, op. cit.

<sup>16</sup> CHEVREAU, Emmanuelle; MAUSEN, Yves; BOUGLÉ, Claire. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2007.

<sup>17</sup> Giustiniano. *Istituzioni* (I. 3,13 Pr)

<sup>18</sup> DEROUSSIN, David, op. cit.



européia: a de Paulo<sup>19</sup> e a de Justiniano<sup>20</sup>. A primeira, muito em virtude do uso do termo substância ou essência, acabou por afirmar que Paulo intentava descrever, não um fato, mas um conceito<sup>21</sup>. Já a segunda noção, de Justiniano, postulava que a obrigação materializava um dever de execução de determinada prestação pelo devedor ao credor<sup>22</sup>. Na verdade, ambas as proposições denotavam de forma incipiente a complexidade do nexu capaz de entrelaçar sujeitos opostos na condição de credor e devedor, e permitiam apreciar uma série de nuances dessa relação, cada vez mais intrincada, que tinham de acompanhar as necessidades de um meio social igualmente mais intrincado.

O certo, contudo, é que ambas as definições conglobam três elementos essenciais: a oposição entre direito pessoal e direito real; o liame jurídico ou de direito entre duas ou mais pessoas; e o conteúdo potencial da obrigação<sup>23</sup>. Sobre essas premissas foi moldado todo o sistema contemporâneo da responsabilidade civil.

Acerca do primeiro desses elementos, ainda que seja questionável a possibilidade de haver relação entre pessoas e coisas – sendo mais consentâneo com a atual teoria dos direitos reais que ela se explique mediante uma obrigação entre todos os que não sejam detentores da titularidade perante o seu detentor –, não há dúvida de que a noção de obrigação vincula, tradicionalmente, a emergência de um liame entre duas ou mais pessoas, possuindo índole relacional. Também aqui residem questões sobre o caráter absoluto do direito real e a relatividade do direito obrigacional, assim como o elo visceral entre a obrigação e o processo civil em direito romano e o conteúdo da obrigação (*dare, facere e praestare*, em sua origem romana), elementos que, a par da sua importância, fogem do escopo do presente trabalho e, por tal razão, serão aqui evocados de forma superficial.

Assim, a noção que hoje nos orienta no tocante ao pressuposto basilar do dever de indenizar, ou seja, uma premissa patrimonial de obrigação que supera a uma

---

<sup>19</sup> “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*”. In: SOHM, Rudolf. **The institutes of Roman Law**. Oxford: Clarendon Press, 1892. p. 279.

<sup>20</sup> GAROFALO, Luigi. **Obbligazione senza prestazione e obbligazione naturali**. Tomo Terzo. Padova: Cedam, 2010.

<sup>21</sup> SOMMARIVA, Gisela Bassanelli. **Lezioni di diritto privato romano III**. Dogana: Maggioli Editore, 2012. p. 193.

<sup>22</sup> CHEVREAU, Emmanuelle; MAUSEN, Yves; BOUGLÉ, Claire. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2007.

<sup>23</sup> Idem.

concepção de coisificação ou atrelamento da pessoa em garantia de uma dívida, pode ser compreendida como uma construção oriunda do direito romano, em especial do período tardo republicano<sup>24</sup>. Ela assenta no descumprimento de um precedente vínculo obrigacional – sendo aqui indiferente a sua origem – por meio do qual duas ou mais pessoas constituem um vínculo entre si, em razão do qual uma assume a posição de credora e outra a de devedora de determinado comportamento.

## 1.1 Dos primórdios à Responsabilidade no Direito Romano

Feitas estas considerações iniciais acerca das pretensões e do corte epistemológico desta porção inicial da tese, é preciso reafirmar que o conceito de responsabilidade<sup>25</sup>, estava enquanto gênero visceralmente atrelado, desde o direito romano, à noção de obrigação (*obligatio*<sup>26</sup>). Contudo, como explanado na Introdução, o foco do trabalho residirá na responsabilidade civil enquanto espécie deste gênero maior.

É preciso ademais, devido à dicotomia entre o contrato e o delito como fontes da obrigação<sup>27</sup>, definir que a *Haftung* implica necessariamente a existência de uma *Schuld*<sup>28</sup>, sendo esta ligação uma das maiores contribuições do direito romano para a ciência do Direito de Responsabilidade Civil,<sup>29</sup>. A obrigação, portanto, se além à expressão, fundante de toda a

---

<sup>24</sup> BARREIRO, A. Fernández Barreiro; PARICIO, Javier. **Fundamentos de derecho privado romano**. 8. ed. Madrid: Marcial Pons, 2011.

<sup>25</sup> Digno de destaque é o entendimento de que a origem da responsabilidade civil também marca a distinção entre um ato que lesa um interesse público (crime) e privado (que gera uma indenização).

<sup>26</sup> “Desde la primera etapa clásica se utiliza el término *obligatio* para designar la relación de deuda (*debitum*) según el derecho civil, es decir, la reclamable por una acción en la que se invoca un deber por derecho civil con el término técnico *oportere*”. In: D’ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. 4. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010. p. 203.

<sup>27</sup> “This is the *summa divisio obligationum*, which Gaius – probably putting the old Aristotelian distinction between voluntary and involuntary transaction to systematical use – introduced in his *Institutes*”. In: ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd, 1992. p. 11. É notório, contudo, que em momento posterior mesmo Gaio tenha redefinido essa noção básica da origem da obrigação ao defini-la como *quadripartite, contractu, quasi-contractu*, malefício e quasi-malefício.

<sup>28</sup> No direito romano a fonte dessas obrigações pode tanto ser tripartida, como definiu Gaio, quanto quadripartida, como apontou Giustiniano. Sobre o tema ver: FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile: trattato teorico-pratico**. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

<sup>29</sup> ZIMMERMANN, Reinhard, op. cit.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

conformação histórica da responsabilidade extracontratual<sup>30</sup>, no sentido de ficar a emergência de seus pressupostos condicionada à violação de um dever derivado de uma obrigação<sup>31</sup>, ainda que sua origem não se revista de importância<sup>32</sup>.

Ocorre que uma noção organizada, limitada, pessoal e civilizada da responsabilidade civil, tal qual vemos no direito contemporâneo, ou ainda o embrião de uma subjetivação e patrimonialização<sup>33</sup> – talvez os primeiros passos no âmbito do engrandecimento moral da teoria da responsabilidade civil – teve sua origem apenas após a superação, ocorrida em várias fases, da noção primitiva de vingança privada<sup>34</sup>, muitas vezes praticada entre grupos de pessoas<sup>35</sup>. Ela (a vingança privada) se estabeleceu, segundo a doutrina, como a primeira forma de responsabilidade/retribuição em relação ao injusto, fundada também na violação de um dever originário que, em sua origem, viabilizava inclusive, em algumas hipóteses, a faculdade de ceifar a vida do agente causador do dano<sup>36</sup>, sendo esta identificada como a primeira fase na conformação jurídico-histórica da responsabilidade. Cuida-se, portanto, de uma preocupação de vertente histórica atribuída à fenomenologia da responsabilidade, centrada na definição de critério e parâmetros para o estabelecimento das consequências decorrentes da violação de um dever

---

<sup>30</sup> A origem da responsabilidade civil extracontratual identifica-se com os delitos privados do direito romano, por meio dos quais o Estado garantia ao lesado a oportunidade de induzir, contra o lesante, uma “actio” cujo objetivo final era a obtenção de uma condenação em dinheiro. Inicialmente, os delitos privados tipificados eram historicamente quatro, sem qualquer padrão de generalidade. Nesse sentido ver: GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p. 2.

<sup>31</sup> GAUDEMET, Jean. **Droit privé romain**. 3. ed. Paris: Éditions Montchrestein, 2009.

<sup>32</sup> “Justiniano, siguiendo una simplificación que aparecía ya en Gayo, considera que todo convenio obligacional es un ‘contrato’, por lo que distingue las obligaciones de contrato de las de delito, y luego divide las que no entran en ninguno de los conceptos un “cuasi-contractuales” o “cuasi-delictuales”, según la mayor similitud con uno u otro grupo”. (D’ORS, Álvaro, op. cit., p. 203).

<sup>33</sup> Sobre a noção de patrimonialização, afirma-se que a substituição de uma represália física sobre a pessoa causadora do dano por uma pena pecuniária foi consolidada por meio da reforma processual de Augusto. Ademais: “Posteriormente, la jurisprudencia construye la categoría de la obligatio ex delicto, mediante la patrimonialización de la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito, convirtiendo en debitum el contenido económico de la pena, exigible por una actio in personam declarativa”. In: BARREIRO, A. Fernández Barreiro; PARICIO, Javier. **Fundamentos de derecho privado romano**. 8. ed. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 243.

<sup>34</sup> Nesse sentido ver: JUSTO, António Santos. **Direito privado romano II (Direito das obrigações)**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011; e ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Luanda: Ler e Escrever, 1999.

<sup>35</sup> Sobre o tema ver: VOCI, Pasquale. **Istituzioni di diritto romano**. Milão: Giuffrè, 2004; e DEROUSSIN, David. **Historie du Droit des Obligations**. Paris: Economica, 2007.

<sup>36</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd, 1992.

jurídico precedente. Nesse sentido, Mafalda Miranda Barbosa<sup>37</sup> afirma que “[...] a preocupação com os excessos de responsabilidade correspondia mais puramente a um ideário de justiça que se começava a traçar, com o paulatino afastamento da vindicta privada.”

A segunda fase do direito da responsabilidade no rumo da subjetivação e autonomização da responsabilidade civil consistiu na composição facultativa<sup>38</sup>, materializada na faculdade da vítima de renunciar à vingança mediante o pagamento de uma soma que se denominava *poena*. A terceira fase, por sua vez, envolveu as compensações pecuniárias obrigatórias de modo a se vetar a vingança privada<sup>39</sup>. E todas essas etapas foram muito bem definidas nos três ciclos históricos romanos.

Assim, as raízes do que se tornaria a atual estrutura jurídica da responsabilidade civil nem sequer permitiam o estabelecimento de uma clara dicotomia entre as ordens civil e penal<sup>40</sup>, porquanto ainda visceralmente atrelada a uma ideia de punição, dada como resposta em âmbito grupal-familiar, muito em virtude da noção embrionária de Estado que, por déficits de forma e soberania, era incapaz de reclamar para si o monopólio da resolução de conflitos sociais<sup>41</sup>, restando toda a estruturação das regras de responsabilidade, aquando de sua emergência, na vingança de índole privada, muitas vezes ilimitada. Desse modo, até as noções da *Lex Talionis*<sup>42</sup>, que estabelecia uma proporcionalidade hoje tida como irracional, configuraram um grande avanço.<sup>43</sup>

Sobre o tema, Pasquale Fava afirma:

*Il delitto privato (...) era sentito come offesa al singolo individuo e legittimava una reazione individuale che, in tempi risalenti, era*

---

<sup>37</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. **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 I. Cascais: Principia, 2013. p. 147.

<sup>38</sup> DEROUSSIN, David, op. cit.

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> IBBETSON, D. J. **A historical introduction to the law of obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>41</sup> A fase da composição pecuniária obrigatória representou um engrandecimento do Estado, porque veiculadora da aptidão dele para encerrar o círculo pernicioso da vingança privada, sobrepujando-se às estruturas de poder dos grupos sociais. Acerca do tema, ver LÉVY, Jean-Philippe. **Historie des obligations**. Paris : Litec, 1995. p. 155: “*L’autorité publique ou religieuse n’intervient que rarement pour imposer sa médiation ou proposer ses bons offices*”.

<sup>42</sup> ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Luanda: Ler e Escrever, 1999.

<sup>43</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd, 1992.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*illimitata, cioè soggetta a libera ed incontrollata vendetta, successivamente proporzionata all'offesa (regime de Taglione) e, infine, attraverso l'uso della composizioni, prima convenzionali poi legali venne ridotta nei limiti de una pena pecuniaria inflitta dal giudice a seguito d'una azione intentata dall'offeso.*<sup>44</sup>

No direito romano, o entendimento basilar que marcou a evolução da vingança privada (eventualmente praticada entre grupos) para a obrigação individual de pagar uma qualquer soma em dinheiro<sup>45</sup> ou, ainda, aferida por um equivalente ou algum múltiplo<sup>46</sup>, em forte indício de uma humanização e outorga de razoabilidade às premissas da responsabilidade, deriva da própria emergência do conceito de *delicta*<sup>47</sup> e em virtude da positivação da Lei das Doze Tábuas<sup>48</sup>.

Essa categoria jurídica (*delicta*) que existia, não como categoria geral, mas como um gênero de várias espécies, tais como o *furtum*, a *rapina* etc., fundava as hipóteses e as consequências de cada comportamento previamente tipificado, com uma punição de forma igual previamente estabelecida, rompendo com o esquema então em vigor da vingança privada e coletiva, embora na altura ainda não existisse uma clara distinção entre *delictum* e *crimen*<sup>49</sup>. Assim, as premissas básicas da responsabilidade possuíam, no direito romano, um forte “*sabor criminal*”:

*The Roman notion of delict had a strongly criminal flavour; and even though the compensatory function came increasingly to the fore, in the*

---

<sup>44</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 10-11.

<sup>45</sup> “*The right of vengeance was made redeemable: the victim of the wrong was encouraged, and later required, to abstain from avenging himself by accepting a composition consisted first in cattle (pecus), later in a sum of money (pecunia); in the beginning freely negotiable, the amount to be paid was ultimately fixed by the State*” (ZIMMERMANN, Reinhard, op. cit., p. 914).

<sup>46</sup> Ver: VOCI, Pasquale. **Istituzioni di diritto romano**. Milão: Giuffrè, 2004. Sobre o tema, diz ainda Álvaro D’ors: “*Ma la pena ha la funzione di infliggere un male al colpevole, male che deve essere proporzionato alla gravità del delitto. Per i delitti più gravi, il colpevole deve pagare un multiplo della somma corrispondente all danno prodotto: si va dal duplum al quadruplum; per i delitti meno gravi si resta al simplum. Al giudizio d’equità si dettano determinazione d’altro genere*”. In: **Elementos de derecho privado romano**. 4. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010. p. 477).

<sup>47</sup> Pode-se afirmar aqui que a noção de punição por um dano já encontrava guarida na Lei das Doze Tábuas. Contudo, é a partir da *Lex Aquilia* que se estabelece um regime que, integrado na interpretação jurisprudencial, construiu-se como definitivo (D’ORS, Álvaro, op. cit.).

<sup>48</sup> Sobre o contexto histórico, ver: BRETONE, Mário. **Storia de diritto romano**. 13. ed. Roma: Gius, Laterza e Figli, 2010.

<sup>49</sup> D’ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. 4. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010.

*course of Roman Legal history the penal element was never entirely abandoned. As a result, the distinction between crime and delict was much less clear-cut than it is today.*<sup>50</sup>

Desse modo, na realidade jurídica romana antiga, o delito consistia em um ato ilícito cuja sanção era uma pena, podendo ser pública, quando o bem jurídico tutelado fosse de tal natureza, e sancionado com pena pública em regra corpórea e definido como *crimen*; ou ainda privado, quando a ofensa atingisse apenas o indivíduo, punido exclusivamente com pena privada pecuniária<sup>51</sup>, sob a denominação de *delictum* ou *maleficium*<sup>52</sup>, muito embora a noção ontológica em ambos não fosse razoavelmente clara.

Nesses moldes, pode-se afirmar que do comportamento contrário a uma obrigação que derivasse em dano ao indivíduo, no que se pode denominar embrião da responsabilidade civil tal como hoje é compreendida, emergia uma pena privada<sup>53</sup>. Daí ser possível a afirmação, na análise do direito romano, de uma não clara dicotomia entre condutas antijurídicas penais ou civis, mas em ambas está presente uma função punitiva e, portanto, uma índole marcadamente penal. De resto, tinha natureza criminal a própria ação derivada da *Lex Aquilia de Damno* em seus três capítulos,<sup>54</sup> cuja pena, ainda que de forma indireta, já possuía em seu bojo a indenização<sup>55</sup>.

Logo, a grande inovação do instrumento normativo que passou a ser sinônimo de responsabilidade civil extracontratual subjetiva (responsabilidade aquiliana) reside justamente na noção, atribuída à jurisprudência do período romano clássico, afirmada no entendimento de que, sob suas premissas, emergia um dever de responder por determinados atos negligentes causadores de danos a terceiros, conduta negligente que se denominou culpa. Originalmente, portanto, a emergência das consequências previstas na *Lex Aquilia* dependia da verificação, no caso concreto, de alguns requisitos básicos; o primeiro deles era ser contrário ao direito e causado por vínculo corporal, e também ser

---

<sup>50</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd, 1992.

<sup>51</sup> DEROUSSIN, David. **Historie du droit des obligations**. Paris: Economica, 2007.

<sup>52</sup> JUSTO, António Santos. **Direito privado romano II (Direito das obrigações)**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

<sup>53</sup> “*La pena privata ha due scopi: infliggere un male al colpevole e dar una soddisfazione pecuniaria all’offeso.*” In: VOICI, Pasquale. **Istituzioni di diritto romano**. Milão: Giuffrè, 2004. p. 480.

<sup>54</sup> CHEVREAU, Emmanuelle; MAUSEN, Yves; BOUGLÉ, Claire. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2007.

<sup>55</sup> D’ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. 4. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010.

corporal, os quais, ao serem consolidados, dariam ensejo à verificação da culpa. Daí em diante, aponta Lévy, “[...] *on ne considère plus seulement la simple causalité matérielle, mais on se place sur le terrain de la responsabilité subjective*”.<sup>56</sup>

Assim, talvez mais claramente do que a formalização da autonomização entre ilícito civil e penal, talvez tenha sido a *Lex Aquilia* a responsável por plasmar o conceito de conduta negligente como elemento contrário ao direito e, destarte, possa significar o nascimento da culpa que hoje informa, como regra, a imensa maioria, senão todos, os sistemas de responsabilidade civil, ao passo que seu avanço mais notável se deu no campo da *iniura*:

*Dans l'esprit de la loi le mot signifiait acte contraire au droit. L'appréciation du dommage était objective et matérielle, sans égard à l'imputabilité. Or dans la pratique, toute une série de dommages causés aux biens n'étaient pas pris en charge Mais les veteres greffèrent sur ce sens un interprétation audacieuse. Ils assimilèrent la culpa à l'iniuria. Leur idée était de dégager un imputabilité / responsabilité ayant pour source la culpa de l'auteur du délit.*<sup>57</sup>

Ademais, ainda de forma a confirmar a falta de autonomização entre ilícito civil e penal, no período romano, o ressarcimento que hoje fundamenta e estrutura o fim precípua do *status quo* da ciência da responsabilidade civil, na lógica jurídica da altura, objetivava não só restabelecer o lesado à situação jurídica ostentada no momento imediatamente anterior ao evento prejudicial, podendo se dar de forma específica ou por equivalente, mas também de alguma forma puni-lo.

Como regra, a restituição dava-se na forma específica (*in ipsam rem*), sendo por equivalente determinada apenas quando impossível aquela. Logo, não há dúvidas de que a noção de pena privada tinha marcas penais e, portanto, uma função punitiva, conforme afirma Pasquale Fava<sup>58</sup>, para quem este instituto, “[...] *non svolgeva una funzione compensativa, ma punitiva, non mirando a ricostituire il patrimonio dell'offeso, ma a perseguire il reo con una sanzione patrimoniale.*”

---

<sup>56</sup> LÉVY, Jean-Philippe. **Historie des obligations**. Paris : Litec, 1995. p. 143.

<sup>57</sup> CHEVREAU, Emmanuelle et al., op. cit., p. 98.

<sup>58</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 28.

Dito isso, outro ponto bastante importante para o trabalho aqui proposto decorre das concepções e formas de apuração do montante a ser indenizado na hipótese de impossibilidade de ressarcimento específico. No direito romano eram utilizados dois critérios: a *aestimatio rei*, segundo o qual se dava um valor objetivo à coisa perdida, ou *id quod creditoris (actoris) interest*<sup>59</sup>, sendo este utilizado a partir do direito Justiniano. Esta noção de quantificação da pena no direito clássico envolve a significação da superação da antiga vingança privada que era, em um segundo momento, balizada pela premissa taliônica de igualdade entre dano e pena, bem como da pena pecuniária fixa<sup>60</sup>. Também não existia uma clara noção de distinção entre *damnum emergens* e *lucrum cessans*, sendo esta última categoria, por vezes, excluída ou substituída pela noção de pena privada.

Por fim, dentro ainda do corte epistemológico proposto, é de fundamental relevância para esta tese a indicação de uma figura especial de *quase delito*, prevista, com outras três, pelas instituições de Justiniano, denominada “*Positum vel Suspensum*”<sup>61</sup>. A importância deste instituto para avaliarmos as premissas do diálogo entre o princípio da precaução e a responsabilidade civil advém da observação de que, sob suas premissas, materializava-se uma expressão de clareza meridiana, no sentido de conformação da responsabilidade (ainda não claramente autonomizada entre civil e penal) pela submissão a riscos. Assim, previa-se a aplicação de uma multa a qualquer cidadão que expusesse a risco a coletividade por exemplo, ao pendurar em sua janela objetos que, na hipótese de queda, tinham podiam causar danos.

António Santos Justo<sup>62</sup>, ao analisar as categorias dos “quase-delitos” desse período jurídico romano, afirma que a “[...] *actio de positis et suspensis* era instaurada contra o habitante (*habitor*) duma casa na qual foi colocada ou suspensa uma *res* que, se caísse, poderia causar dano a alguém que passasse na via pública ou privada”. Consistia, portanto, em uma ação popular que fixava que a condenação independia da real

---

<sup>59</sup> VOICI, Pasquale. **Istituzioni di diritto romano**. Milão: Giuffrè, 2004.

<sup>60</sup> D’ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. 4. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010.

<sup>61</sup> “*Chi tiene su sporti, vani di finestre, ecc., cose che cadendo, possano essere di danno ai passanti è perseguibile con una pena di 10.000 sest. ... L’azione è penale e popolare*” (VOICI, Pasquale, op. cit., p. 491).

<sup>62</sup> JUSTO, António Santos. **Direito privado romano II (Direito das obrigações)**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 139.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



existência de algum dano, bastando para tanto a existência ou a submissão de qualquer um ao risco inerente à conduta tipificada no dispositivo.

Assim, é evidente que desde então a teoria da responsabilidade, que até àquele momento não permitia autonomizar a responsabilidade civil e a penal, fundou-se na preexistência de um dever jurídico, na inobservância desse dever e na definição de formas de retribuição para tal comportamento. Aqui, é importante reconhecer especial destaque à superação da vingança grupal para a emergência de uma estrutura mais humanizada de reação ao ilícito, e também a admissão excepcional de responsabilidades pela submissão a riscos certos, como na figura do quase-delito acima mencionada.

## 1.2 Direito Medieval: a Consolidação da Culpa

Foi na Idade Média, em fase posterior aos três períodos compreendidos em que prevaleceu o direito romano, nomeadamente o clássico e o pós-clássico de Justiniano, que se verificou a superação do consolidado e prevalecente conceito objetivo de *injuria*, que era em regra identificado com a verificação empírica do mero nexo de causalidade como elemento suficiente da emergência do dever de indenizar. A partir desse momento histórico, a responsabilidade passou a trilhar o caminho epistemológico que tornaria imprescindível a identificação do elemento subjetivo culpa, com expressões embrionárias na *Lex Aquilia*. *É bem verdade, contudo, que neste período histórico, “a tutela dispensada pela via aquiliana era já muito diversa daquilo que originariamente tinha sido. A tendência para a afirmação da atipicidade do ilícito continuava a desenhar-se”, e também é nesse período que “se acentua a índole ressarcitória do instituto”*<sup>63</sup>.

Contudo, na ciência histórica do direito, esse caminho não foi linear e constante, tendo sido momentaneamente interrompido pela forte influência do direito germânico, devido às invasões bárbaras na parte ocidental do continente europeu. Esse processo fomentou uma espécie de retrocesso em toda a Europa, ou ao menos uma temporária interrupção, no trilhar da fenomenologia da responsabilidade na senda da subjetivação e autonomização civil/penal, vigorando por mais algum tempo de forma preponderante os

---

<sup>63</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 128. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

padrões de irrelevância do pressuposto subjetivo da responsabilidade (culpa)<sup>64</sup>, o qual é regra atualmente, seja no direito positivo português, brasileiro, italiano e francês, seja no alemão.

Assim, no que importa no âmbito do corte epistemológico aqui proposto, finda a fase de forte influência do direito germânico, teve início a ascensão e preponderância dos valores cristãos na formulação das premissas que passariam a orientar a emergência do dever de indenizar, no período medieval. A contribuição do sistema romano para a superação da vingança privada, ainda que de inegável importância no percurso temporal da responsabilidade, já não atendia aos anseios de uma sociedade agora fortemente orientada pela religião e pelos preceitos cristãos. Diante disso, é plenamente possível a afirmação de que a construção das bases normativas da responsabilidade civil, na altura, concentrava-se no relacionamento dialógico entre culpa e pecado<sup>65</sup>. Tudo isso fruto de um contexto preponderantemente religioso naquele momento histórico.<sup>66,67</sup>

A integração da culpa no fenômeno da responsabilidade diz respeito, portanto, já nessa fase jurídica, à inserção de uma noção reformulada de moral em seu âmbito. Com efeito, “*Pour les théologiens et canonistes, la responsabilité civile délictuelle ne peut être, on s’en doute, que la transposition sur le plan du droit de la responsabilité morale de l’individu*”<sup>68</sup>. Assim, prossegue o autor, na Idade Média o livre arbítrio, compreendido como dádiva divina, constituía-se em pedra angular de todo o sistema de responsabilidade.

---

<sup>64</sup> Sobre o tema: “*Fu sollo nell’età di mezzo, quindi, che iniziò nuovamente e faticosamente il percorso evolutivo di emancipazione della responsabilità civile della penale e di generalizzazione del criterio di imputazione fondato sulla colpa, percorso che, già intrapreso, più o meno consapevolmente, dai giuristi romani, fu interrotto dalle invasioni barbariche.*” In: FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 32.

<sup>65</sup> No original: “*Canonistes et théologiens assimilent le péché à la faute*”. In: DEROUSSIN, David. **Historie du droit des obligations**. Paris: Economica, 2007. p. 698.

<sup>66</sup> Sobre o tema, afirma Mafalda Miranda Barbosa: “[...] à culpa seria reservado um lugar de destaque. Tendo-se desenhado seu papel no seio da doutrina romanística, o certo é que, fruto da influência do Cristianismo, ela iria ser erigida em nódulo central da imputação. Assimilada ao pecado, passa a ser vista como o fundamento daquela e, concomitantemente, de toda a responsabilidade que continuaria, pese embora a gradual atipicização a que já se aludiu, a estribar-se em previsões atomísticas de delitos”. In: **Do nexó de causalidade ao nexó de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Vol. I. Cascais: Principia, 2013. p. 147.

<sup>67</sup> Interessante aqui deixar consignado, ainda que sem qualquer pretensão filológica e por mera curiosidade, que obrigação e religião comungam a coincidência etimológica com a noção de ligação, i.e. liame entre dois elementos.

<sup>68</sup> DEROUSSIN, David, op. cit., p. 698.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Nesse quadrante histórico, a *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino e o decreto do Papa Gregório IX, de 1234, ganham especial destaque. Por meio deles ganharam *status* o princípio compensativo e a noção de imputação culposa, institutos que subverteram a noção tradicionalmente objetiva da responsabilidade criada no período romano, representando mais um elemento no sentido da autonomização da responsabilidade civil frente à responsabilidade penal, como formulado na altura.

É também desse período a consolidação da noção oriunda do Direito Romano de *altere non laedere*, ora adotada como basilar de toda a ciência jurídica da responsabilidade civil contemporânea. Ela impõe a noção de o outro não prejudicar ou não fazer a outrem o que não faria a si mesmo, de profunda relevância para a análise da esfera de atuação da responsabilidade civil mediante a identificação de cenários sociológicos bastante específicos, em que este dever de não prejudicar a ninguém ganha relevância exacerbada:

*I. De iustitia et iure.*

*10. ULPIANUS libro primo regularum. Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*

*§1. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

*§ 2. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*

A despeito destas digressões iniciais acerca da moral e da filosofia cristãs, a introdução da culpa na teoria da responsabilidade – todavia, de forma consolidada - pode ser atribuída apenas a Graziano<sup>69</sup>, considerado pela doutrina como o teórico responsável pela superação da teoria objetiva germânica advinda do período romano, conforme já dito, e mantida no continente europeu durante as invasões bárbaras.

A noção e atribuição da importância histórica à mencionada teoria deriva do fato de o decreto de 1234 do Papa Gregório IX - que positivou a noção da necessidade de

---

<sup>69</sup> “Con Graziano, quindi, superando definitivamente le teorie germanistiche peroranti il sistema *responsabilitatis ex effectu* (che imputavano la responsabilità a prescindere dell’esistenza de una *volontà delibera e libera*) si cristalizzò la prevalenza della responsabilità *ex voluntatis consensus* sul modello agostiniano che richiedeva l’accertamento della presenza della *volontà consapevole e libera*.” In: FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 35.

imputação culposa, e impôs a obrigação ressarcitória aquando da verificação de um comportamento negligente - ser posterior à obra de Graziano. Logo, Gregório IX, além do mencionado decreto, ao estabelecer padrões também para o princípio compensativo que passaria a informar a responsabilidade, a partir de então acabou por constituir a doutrina do ressarcimento assente no dever de indenizar se o dano fosse produzido com culpa.<sup>70</sup>

Por outro lado, a noção de dano indenizável também sofreu forte influência da filosofia cristã quando São Thomas de Aquino, ao conjugar a noção cristã e a lógica aristotélica, reputou indenizável tanto a perda ou deterioração de um bem quanto atos perniciosos para a pessoa, considerando sua integridade física e/ou moral<sup>71</sup>. Aqui, densifica-se a importância da pessoa, uma vez que se estabelece de forma mais clara a proteção dela frente a uma estrutura de direito patrimonialista. São Tomás de Aquino, prevendo algo que será mais adiante retomado, também afirma a noção de que a responsabilidade civil era, naquela altura, um ato de justiça comutativa. Em suma, pode-se afirmar de forma categórica que, nesta fase histórica do desenvolvimento da responsabilidade civil,

*[...] il diritto canonico (e la teologia morale) esercitò una influenza determinante verso all'autonomizzazione "laica" del delitto civile dall'illecito criminale, dando la stura alla questione dell'identificazione degli elementi costitutivi dell'illecito aquilano da definirsi alla luce delle istanze filosofiche, sociale, politiche ed economiche governanti l'edificazione del nuovo diritto positivo dell'età delle codificazioni moderne.<sup>72</sup>*

O percurso histórico de avanços e recuos na autonomização e subjetivação do direito de responsabilidade civil frente à responsabilidade penal e de índole objetiva teve seu marco final na escola jusracionalista<sup>73</sup>, nomeadamente em razão dos trabalhos de

---

<sup>70</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>73</sup> Nesse sentido ver BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 132. In verbis: “Com a evolução denotada ao nível da dogmática ressarcitória estava criado o cenário propício à possível emergência de um sistema unitário de responsabilidade civil. Contudo, ele inexistia. E só viria a surgir fruto do labor dos autores jusracionalistas. Com eles, é toda a compreensão da juridicidade que se transmuda, abrindo as

Hugo Grotius, Samuel Pufendorf e Christian Wolff<sup>74</sup>. Atribui-se a Grotius, em sua obra *De iure belli ac pacis*, de 1625, a consolidação da noção de um direito geral do fato ilícito privado e, portanto, a formulação da base teórica para a autonomização da responsabilidade civil<sup>75</sup> por meio da diferenciação entre *maleficium*, *pactio* e *lex*. Eram essas, segundo Hugo Grotius, as fontes da responsabilidade, sendo a primeira espécie a que guarda relação semântica com o delito. Logo, a noção do autor residia na afirmação de que, se alguém causou culposamente um dano que não deveria ter causado, é obrigado a repará-lo.<sup>76</sup>

Samuel Pufendorf, por sua vez, baseou a existência da responsabilidade civil no dever de não prejudicar outrem, já bem exposta sob outra roupagem na obra de Ulpiano. Todavia, unia esse dever àquele de reparar o prejuízo causado, ideia exposta na noção de que

*[...] entre los deberes absolutos o de cada un hacia los demás tiene el primer lugar el de no perjudicar a nadie. Pues este deber es el más amplio de todos, al comprender a todos los hombres como tales. Igualmente es el más sencillo, puesto que consiste en una simple prohibición de actual, salvo as veces, cuando las pasiones en lucha con la razón deben de ser apaciguadas.*<sup>77</sup>

Assim, segundo Pufendorf, o dever de indenizar<sup>78</sup>, correlato ao direito de indenização na seara da responsabilidade civil, deriva de uma noção existente no direito natural de preservação da convivência humana<sup>79</sup>. Já no que tange à autonomização, pode ser constatada em sua obra também na noção de transmissibilidade da responsabilidade

---

*portas à passagem do período pré-positivista, em que o direito surgia incluído no âmbito da filosofia prática, para aquele outro positivista em que se perde a referência ao plano de fundamentação extralegal”.*

<sup>74</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd, 1992.

<sup>75</sup> FAVA, Pasquale, op. cit.

<sup>76</sup> ZIMMERMANN, Reinhard, op. cit.

<sup>77</sup> PUFENDORF, Samuel. **De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural**. Libro II. Trad. María Asunción Sánchez Manzano e Salvador Rus Rufino. Madrid : Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2002. p . 54.

<sup>78</sup> O autor observa: “*Quien recibe de otro una lesión y un daño ocasionado de algún modo que se le puede correctamente imputar, debe recibir de él una compensación en la medida de sus posibilidades. Pues en caso contrario será como el precepto de no perjudicar a nadie ni causar daño a nadie*” (PUFENDORF, Samuel, ibidem, P. 55).

<sup>79</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

civil frente à penal, intransmissível. A compreensão do instituto exposta por Pufendorf<sup>80</sup>, e por ele categorizada como o dever em primeiro lugar de cada um frente aos demais – qual seja, o de não prejudicar os outros –, tem seu fulcro na “[...] *obrigação comum por meio da qual o Criador quis que todos os homens, como tais, se encontrem vinculados entre si.*” Sobre o tema, Zimmermann afirma:

*[...] the damage in Pufendorf terminology, must have been “imputable” to the person who had caused the damage. Such imputation, in turn, required a free and moral action; and that implies, inter alia, that the acting party had to be able to foresee the consequences and to recognize the wrongfulness of what he was doing (or failing to do).*<sup>81</sup>

Christian Wolff, seguindo a linha de consolidação das premissas subjetivas e autônomas da responsabilidade civil frente à responsabilidade penal, estabeleceu que todo e qualquer dano produzido por negligência ou intencionalmente deve ser ressarcido, preferencialmente por meio da restituição *in natura*, como forma de restabelecimento do *status quo*<sup>82</sup>. A doutrina de Wolff possuía matriz fortemente individualista, porquanto fundada, não nos valores usualmente apregoados de conservação da sociedade, mais em uma projeção da perfeição individual baseada no princípio de que cada homem, por sua própria essência e natureza, é obrigado a omitir todas as ações que tendem à imperfeição do outro.

Foi com essa forma de compreensão dos fenômenos empíricos, os quais ensejavam a emergência do dever de indenizar, que a responsabilidade civil surgiu como instrumento de regulação social e de restabelecimento da justiça abalada pelo comportamento ilícito. Essa compreensão culminou na premissa de identificar a culpa (*faute* ou *Verschulden*) como a pedra de toque dos sistemas de responsabilidade civil, conforme referenciado no artigo 1.382 do Código Civil Francês<sup>83</sup>, por exemplo, bem como no direito civil português, brasileiro, alemão e italiano. Assim, o princípio da culpa passou a ser elemento indissociável da imputação de responsabilidades, “[...] constituindo, no

---

<sup>80</sup> PUFENDORF, Samuel, op. cit., p. 54.

<sup>81</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd, 1992. p. 1034.

<sup>82</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile: trattato teorico-pratico**. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

<sup>83</sup> Sobre o tema ver: ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd, 1992 e ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Luanda: Ler e Escrever, 1999.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

terreno extracontratual, a réplica fiel do princípio da autonomia da vontade no campo contratual”.<sup>84</sup> Nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa:

A afirmação do *neminem laedere* outra coisa não representa do que a busca de salvaguarda, por via repressiva, dos direitos naturais a que se alude e a cuja intelecção se chega pela contemplação da natureza racional do ser humano. A liberdade, na medida em que informa, afinal, nos moldes individualistas em que é conceptualizada, esses direitos inalienáveis, exigiria, porém, a demarcação das esferas de ação, assumindo-se a culpa como expediente técnico de concretização delas.<sup>85</sup>

Todavia, neste período, enquanto a Itália e os demais países da parte ocidental da Europa consolidavam os padrões subjetivos e autônomos da responsabilidade civil mediante o estabelecimento de critérios universais de identificação da culpa, denominados cláusulas gerais, nos países germânicos a escola pandectista ainda se esforçava por garantir a natureza não penal do ilícito, que fazia surgir o dever de indenizar, bem como ampliar as tipificações oriundas de um pendor romanístico. Começava aí a dicotomia, que de certa forma persiste até ao momento atual, a qual manifestava, naquele momento, “[...] *una forte contrapposizione tra gli orientamenti pandettistici saldamente ancorati alla struttura tipizzata e casisti del diritto romano, e le idee giusnaturaliste orientate alla ricerca de un sistema di responsabilità civile fondato su clausole generali.*”<sup>86</sup>

Assim, contrapõe-se à cláusula geral do código napoleônico a descrição tipificada do *Allgemeines Landrecht* da Prússia, de 1794, de forma a demonstrar que as bases da lógica romana de um embrionário sistema de responsabilidade derramaram sobre os sistemas germânico e anglo-saxão (*torts*) efeitos maiores do que sobre o sistema francês, talvez o primeiro, dentre os significativos, a prever uma cláusula geral.

Foi exatamente nesse período que Jean Domat<sup>87</sup> formulou sua densa teoria de uma espécie de sincretismo filosófico, contemplando valores cristãos, jusnaturalistas e a

---

<sup>84</sup> ALARCÃO, Rui, *ibidem*, p. 150.

<sup>85</sup> Nesse sentido, ver BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 142.

<sup>86</sup> FAVA, Pasquale, *op. cit.*, p. 48.

<sup>87</sup> DOMAT, Jean. **Civil law in its natural order**. Boston: Charles C. Little and James Brown, 1850. p. 96: “*All the matters of the civil law have among themselves a simple and a natural order*, Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

tradição romana, baseando-se no necessário amor recíproco entre os homens, valor que julgava ser um direito natural imutável. Por certo que a noção de culpa religiosa, diante da colaboração da ciência jurídica e da forte influência cristã da época, fez consolidar tanto a subjetividade derivada de uma noção jheringiana de ausência de qualquer responsabilidade sem culpa quanto uma tendência à construção de sistemas com cláusulas gerais de responsabilidade.

### 1.3 Da Revolução Industrial à Objetivação: a Influência do Jusnaturalismo e do Jusracionalismo

Diante das notórias alterações do quadro socioeconômico ocasionadas pelo momento que se convencionou denominar Revolução Industrial, a noção de culpa enquanto elemento indissociável e imprescindível da responsabilidade civil, outrora relevante avanço em relação a uma responsabilidade de condão eminentemente objetivo, passou a significar um odioso instrumento de proteção do setor industrial face ao excessivamente oneroso custo econômico derivado do aumento exponencial no número de danos, bem como na sua natureza<sup>88</sup>. Pode-se, portanto, afirmar que o critério mencionado, o de que só há responsabilidade com culpa, esteja plenamente adaptado às condições da época em que vigorou como absoluto, porquanto inserido em uma sociedade predominantemente agrícola cujos danos eram causados quase exclusivamente por relações pessoais mais estreitas, podendo, assim, ser vinculados ao ânimo do agente, ainda que mediante a sua negligência.<sup>89</sup>

Há aqui uma conformação entre o que a sociedade esperava do direito e o que ele oferecia, ou ainda a sua aptidão para solver os problemas que a sociedade enfrentava. Por assim dizer, o primado da aferição do dever-ser, materializado nas normas de comportamento previstas pelo ordenamento, era consentâneo com as premissas axiológicas e sociológicas da altura, de modo a aferir-se uma adaptação entre direito e o

---

*which forms them into one body, in which it is easy to see the all, and to perceive with one view in what part every one hath its rank”.*

<sup>88</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

<sup>89</sup> ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Luanda: Ler e Escrever, 1999.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



que dele se esperava. Contudo, a sociedade que entendia ser justa e eficiente uma estruturação da responsabilidade civil vincada na culpa sofreu significativas alterações, em muito derivadas da Revolução Industrial, como já mencionado, e mediante a massificação dos riscos de acidentes, com especial destaque para as relações de trabalho e a significativa alteração nos transportes. De igual sorte, o direito natural cedeu lugar a uma concepção mais racional do direito.<sup>90</sup>

Essa noção de um dano onipresente, massificado e com exponencialmente maior gravidade acabou por conduzir a uma nova objetivação da responsabilidade civil, sem que tenha resultado “[...] de nenhuma regressão do espírito humano, que, depois de uma longa evolução de uma responsabilidade colectiva e objectiva para uma responsabilidade individual e objectiva, se tenha voltado a orientar por critérios primitivos. Foi antes uma consequência da revolução industrial e social na segunda metade do século XIX.”<sup>91</sup>

A adaptação identificada após a autonomização e subjetivação da responsabilidade diante da estrutura social que a ela cabia regular não mais densificou as justas expectativas sociais de uma profunda e rápida alteração, processo que é objeto de análise mais detalhada neste trabalho em um segundo momento.

A origem da responsabilidade deu-se, sem qualquer dúvida, sobre premissas objetivas. Contudo, definiu a noção jheringiana da inexistência de responsabilidade civil sem culpa, que em muito ou integralmente deriva do individualismo do século XIX. Assim, paulatinamente a culpa assumiu, dentro da responsabilidade civil, uma função de dogma, ou ainda uma “verdade axiomática”, em toda a estrutura jurídica que a moldou. Todavia, não foi apta (a culpa como dogma) para fundamentar uma fossilização das estruturas jurídicas de emergência do dever de indenizar. Desse modo, se por um lado,

[...] o princípio da culpa, de que toda a responsabilidade pressupõe ou tem como fundamento único a culpa, estava de acordo com a concepção optimista do homem recebida do Iluminismo, do homem que sabe e é capaz de se governar a si mesmo, encarar as suas próprias

---

<sup>90</sup> “O jusracionalismo (1600-1800) surge como uma das manifestações do jusnaturalismo. Partilha com as outras formas dele a crença na existência de um direito imutável, que está acima do direito positivo; separa-se da afirmação do direito natural medieval, de cariz teocêntrico, pela origem puramente racional com que o passa a conceber.” In: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. **Do nexó de causalidade ao nexó de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Vol I. Cascais: Principia, 2013. p. 191.

<sup>91</sup> ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Luanda: Ler e Escrever, 1999. p. 150.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

responsabilidades e tomar as necessárias medidas de precaução contra os golpes do destino. (...) Por outro lado, receava-se que a imposição de novos ônus, sob a forma de novos tipos de responsabilidade independentes da culpa, prejudicasse o desenvolvimento de muitas empresas e sectores de actividade, ou até de regiões inteiras, como se verificou nos Estados Unidos a propósito da responsabilidade dos caminhos de ferro. Repugnava ao liberalismo que à acção e espírito de iniciativa do cidadão fossem postos quaisquer entraves que, pensava-se, iriam contrariar o desenvolvimento económico e o progresso social.<sup>92</sup>

Fato é que a responsabilidade centrada invariavelmente no âmbito da culpa ensejava a emergência de uma grande sorte de danos, em todas as suas profundidades gravosas, que deveria necessariamente ser suportada pelo lesado, caso não lograsse êxito em atribuir culpa ao pretense lesante. Tal fato não era ignorado à época, sendo enxergado inclusive como fonte de graves problemas sociais que, apesar da gravidade, deveriam ser resolvidos “[...] pela assistência aos pobres do Estado ou da Igreja e não propriamente um problema ‘jurídico’.”<sup>93</sup>

De igual forma e sob o mesmo poder de influência da filosofia e do pensamento cristãos, aquando da autonomização e subjetivação, que conduziram a responsabilidade civil para as margens da culpa, traçando a sua noção como a pedra de toque de toda a conformação jurídica deste campo, a realidade social também levou a uma nova e necessária reformulação das suas premissas<sup>94</sup>. Afinal, observa Rui Alarcão: “Prática, equitativa e economicamente, o princípio da culpa encontra-se assim rapidamente desadaptado a uma sociedade em evolução”.<sup>95</sup>

Igual sorte estava reservada ao direito. O cenário socioeconómico ensejou a emergência do jusracionalismo mediante: (1) a transcendência teológica medieval e a construção de uma ordem a partir do próprio homem; (2) o aparecimento de uma

---

<sup>92</sup> MONTEIRO, Jorge F. Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 16.

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> “É neste contexto, filosófica e culturalmente distinto, que se repensa a obrigação de indemnizar os danos causados a terceiros. Só que esta não era já vista como um mecanismo de reintegração patrimonial, como o fora depois de extirpados os segmentos de *vindicta* que dela predicavam *ab initio*, mas passa a ser compreendida sob o prisma da salvaguarda de direitos naturais do ser humano.” In: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. **Do nexa de causalidade ao nexa de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Vol I. Cascais: Principia, 2013. p. 194.

<sup>95</sup> ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Luanda: Ler e Escrever, 1999. p. 150.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

racionalidade sistemática; e (3) a afirmação da estrutura racional do sujeito como a instância que permitia aceder a verdade.<sup>96</sup>

A alteração no quadro econômico e social, como bem afixou Jorge F. Sinde Monteiro, enunciou: “[...] a industrialização e o emprego generalizado de máquinas [que] trouxeram consigo apenas um aumento enorme do número de acidentes. O acidente surge também com novas características, tornando-se frequentemente impessoal ou anônimo”<sup>97</sup>. Logo, desta afirmação chega-se à conclusão de que a alteração dos quadros sociológicos não produziu “[...]tão só uma mudança quantitativa, mas uma alteração qualitativa no próprio substrato factual a que se aplicam as normas da responsabilidade civil”<sup>98</sup>. É esse, portanto, o cenário que o citado autor denominou de “desadaptação” da nova realidade social a uma estrutura de responsabilidade fundada na culpa. Trata-se de mais um dos “[...] fenômenos periódicos de desajustamento entre o direito e a vida”<sup>99</sup>.

A reobjetivação, ainda que de caráter excepcional, dadas as especificidades sociológicas do período da Revolução Industrial, é relevante para este trabalho, porquanto expõe, em maior ou em menor grau, que tanto a filosofia quanto a realidade social são inegavelmente aptas para fomentar alterações periódicas na ciência da responsabilidade civil, sem que com isso ela perca qualquer nível de legitimação ou se desligue de um papel primário a ela hodiernamente atribuído quando se faz necessária a adoção de outro. A capacidade da Responsabilidade Civil em se adaptar às várias fases históricas reafirma seu caráter plúrimo, porquanto apta a atender diversas relações jurídicas; e reafirma o seu caráter fluído, porquanto capaz de se moldar-, adequando seus requisitos necessários, com o fito de oferecer uma resposta jurídica adequada ao caso concreto, sem que com isso se transforme em casuística.

Aqui, passa-se ao início da comprovação empírica e inegável de que é possível a convivência harmônica de vários sistemas de responsabilidade civil.

Em termos positivos, datam de 1900 os primeiros ensaios da responsabilidade sem culpa durante a discussão do *Bürgerliches Gesetzbuch*. Todavia, tais tentativas

[...] esbarraram quase invariavelmente com a barreira intransponível constituída pelo princípio da culpa, erigido em verdadeiro dogma, o

---

<sup>96</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda, op. cit.

<sup>97</sup> In: **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 18.

<sup>98</sup> Idem.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 19.

qual representa em matéria de responsabilidade civil uma réplica fiel do princípio da autonomia privada em material contratual (se aqui a liberdade do indivíduo é a regra e o contrato a exceção, também ali a irresponsabilidade é a regra e a responsabilidade, baseada sobre o elemento subjectivo da vontade, sob a forma de dolo ou negligência, a exceção).<sup>100</sup>

Dentro da realidade anglo-saxónica, a noção restritiva de responsabilização traduzida na expressão de que “*le perditte rimangono dove cadono*” deu-se a partir de 1916, no julgamento do caso “*McPhearseon v. Buick Motor Co.*”. Esse processo definiu a possibilidade de uma ação extracontratual em virtude de defeito de produto, por meio de uma reconfiguração dos pressupostos da responsabilidade, fazendo surgir um embrião da atual estrutura da “*Strict liability*”. De igual importância foi o caso “*Henningsen v. Bloomfield Motors*”.

A emergência da teoria do risco também pode ser identificada como fundamentação das premissas da responsabilidade objetiva moderna, com a regulação das relações de trabalho e o emprego de máquinas – movimento lundista – e a criação da “obrigação de segurança” (derivada da noção de *ubi emolumentis*), para só então se estender às atividades ferroviárias. Conforme afirmou Bruggemeier, mesmo Savigny já apontava, ainda em 1830, o sistema de responsabilidade civil da época como não suficiente para lidar com os danos decorrentes do crescente transporte ferroviário<sup>101</sup>. A noção ontológica que estava por trás do necessário abandono, ainda que episódico, das premissas subjetivas da responsabilidade civil dava-se

[...] sempre em obediência ao pensamento base de que a especial periculosidade de certas atividades que, embora permitidas e até, em regra, socialmente úteis, criam determinados riscos típicos de produção de danos, justifica que àquele que domina a fonte de risco seja imposta, pelo menos parcialmente, a obrigação de reparar os danos efectivamente produzidos, independentemente da prática de um acto culposos.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>101</sup> BRUGGEMEIER, Gert. **Common principles of tort law**. A pre-statement of law. Londres: The British Institute of international and Comparative Law, 2002.

<sup>102</sup> MONTEIRO, Jorge F. Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 19.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Logo, a responsabilidade supera sua função principal anterior, que era reprimir comportamentos culposos (*faute*), para prestigiar a intenção de deixar o menor número possível de danos sem remediação<sup>103</sup>, diante de uma nova realidade social que tornava inadequada uma estrutura de responsabilidade civil fundada exclusivamente na culpa<sup>104</sup>.

Assim, segundo Jean Carbonnier (2008) são quatro os fatores de superação da lógica subjetiva da responsabilidade civil:

- 1) o desenvolvimento do mecanismo, fonte de acidentes cada vez mais numerosos;
- 2) a ascensão das classes não capitalistas (se para aquele que vive exclusivamente do seu trabalho um acidente significa miséria, a justiça social impõe que seja organizada a sua reparação);
- 3) a menor resignação das vítimas; e
- 4) o desenvolvimento da técnica comercial e financeira do seguro.

A noção da reobjetivação<sup>105</sup> do sistema de responsabilidade civil pautou-se, portanto, por um elemento muito caro a esta pesquisa: a correta distribuição de ônus e bônus de determinada atividade econômica. A reobjetivação é derivada do questionamento social acerca da justiça da distribuição dos danos. Estes, na reobjetivação, passaram a ser endereçados à parte que afeita os bônus da atividade lesiva, independentemente de qualquer elemento subjetivo de sua conduta.

Assim, esta perspectiva de análise constituiu o fundamento valorativo para novamente passar a consagrar, ainda que com caráter excepcional, uma forma de responsabilidade objetiva. Nessa perspectiva, a “[...] solidariedade social exige que um

---

<sup>103</sup> Sobre o tema, afirma Rui Alarcão que o primado da culpa “[...] impedia uma adequada reparação num grande número de casos, quando justamente a evolução social, com a multiplicação dos eventos danosos, tornava mais premente a necessidade de uma indenização, i.e. tornava imperioso que se começasse a olhar mais para a posição dos lesados, e não apenas para a situação psicológica do lesante”. In: **Direito das obrigações**. Luanda: Ler e Escrever, 1999. p. 151.

<sup>104</sup> *In verbis*: “*Cette solution, s’est révélée inadaptée dès la fin du XIXème siècle, avec le développement de l’automobile et du machinisme.*” In: CABRILLAC, Rémy. La réforme du droit français des obligations. **THEMIS, Revista da Faculdade de Direito da UNL**, Coimbra, Edição Especial, 2008. p. 95.

<sup>105</sup> Adota-se a premissa da reobjetivação, porquanto a observação das origens históricas da responsabilidade se fundaram, também, em uma estrutura objetiva. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

regime de particular vantagem seja acompanhado de um regime de mais rigorosa responsabilidade”.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Luanda: Ler e Escrever, 1999. p. 152.  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

## 2 GRANDES MODELOS DE RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

---

### 2.1 O Sistema de Responsabilidade Civil Francês

Nos termos do que até aqui se alinhavou, aquando da exposição dos delineamentos históricos e dos modelos sociais e filosóficos que influenciaram a responsabilidade civil, a estrutura francesa dita moderna que sustentou esse campo ostentou forte influência jusnaturalista a partir das obras de Domat e Pothier<sup>107</sup>, de modo a perfazer hodiernamente padrões de subjetividade; ou seja, fulcrada na construção positiva da responsabilidade civil baseada na culpa (*faute*), bem como na já sedimentada autonomização da responsabilidade frente à responsabilidade penal, sendo o *Code Civil* o símbolo de uma nação unificada e surgida a partir de 1789.<sup>108</sup> Sobre o tema, Mafalda Miranda Barbosa afirma que a *faute* deve ser compreendida “*no sentido da culpabilidade, não se confunde em rigor com a culpa, antes integrando dois elementos. A par do elemento objetivo (violação de um dever), implica um elemento subjetivo, a imputabilidade.*”<sup>109</sup>

Contudo, há-de destacar-se, dentro da proposição expositiva e contemplativa desta fase do trabalho, o estabelecimento da definição de um sistema de cláusulas gerais, em contraposição à escola pandectista que influenciou o direito tedesco<sup>110</sup> e define a necessidade de tipificação que a tradição romana exigia. São basicamente duas, ambas alicerçadas na noção de *faute* enquanto elemento fundante da responsabilidade civil:

---

<sup>107</sup> Ver: FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009 e CHEVREAU, Emmanuelle; MAUSEN, Yves; BOUGLÉ, Claire. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2007.

<sup>108</sup> ZIMMERMAN, Reinhard. **The new German law of obligations**: historical and comparative perspectives. Oxford: Oxford University Press, 2005.

<sup>109</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 163.

<sup>110</sup> “*Il code Napoléon, recependo l’evoluzione teorica dei giusnaturalisti che superando l’approccio romanistico tradizionale fondato sulla ricostruzione casistica, riuscirono ad elaborare una concezione dell’illecito extracontrattuale con funzione riparatrice più che sanzionatoria*” (FAVA, Pasquale, op. cit.).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*Article 1382 - Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

*Article 1383 - Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*<sup>111</sup>

Como já afirmou Sinde Monteiro, “[...] a ideia central da codificação era a da substituição do complicado e pouco claro direito tradicional, preponderantemente de origem romana, por um amplo trabalho legislativo, planeado e estruturado de modo racional e transparente”<sup>112</sup>. No que toca ao campo da responsabilidade civil, isso se traduziu na consagração, desde logo no Código Civil Francês (Código de Napoleão, de 1804), de uma amplíssima cláusula geral, segundo exposto no artigo 1.383.

A estruturação das premissas contemporâneas da responsabilidade civil da França foi fruto de um longo processo evolutivo, com base nas premissas históricas já aqui explicitadas e mediante o percorrer da estrutura coletiva e objetiva até à autonomização, subjetivação e pessoalização. Isto é, as fases da evolução do direito de responsabilidade elencadas de forma genérica e com mera pretensão descritiva nos tópicos anteriores foram também bastante claras na experiência francesa, que culminou com o *Code Civil* supracitado.

Assim, também em França se construiu durante o período feudal um sistema de responsabilidade inicialmente coletivo e objetivo<sup>113</sup>, além de focado em uma noção estrita de vingança privada<sup>114</sup>. Do período medieval ao período moderno, em virtude da já aqui

---

<sup>111</sup> FRANCE. Code Civil. Chapitre II: Des délits et des quasi-délits. Paris, 19 février 1804. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=880BBAB0DFEC2C577E0D3E400DF696D7.tpdila11v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006136352&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160320](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=880BBAB0DFEC2C577E0D3E400DF696D7.tpdila11v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006136352&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160320)>. Acesso em: 21 mar. 2018.

<sup>112</sup> MONTEIRO, Jorge F. Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 14-15.

<sup>113</sup> “Dire que la responsabilité est considérée d’un point de vue objectif, c’est constater que le sujet à qui elle incombe ne joue de rôle pour apprécier l’acte en question qu’en tant qu’auteur de cet acte, qu’en tant que cause de l’existence objective du délit, alors que ses pensées, sa volonté, son intention bonne ou mauvaise, bref, tout ce qui, de son propre point de vue, subjectif, a pu motiver son acte. Ne change rien quant à la constitution du délit en tant que tel.” In: CHEVREAU, Emmanuelle; MAUSEN, Yves; BOUGLÉ, Claire. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2007.

<sup>114</sup> “À l’époque où les Francs se réfugient dans l’Empire, la vengeance privée (faida) n’est sans doute déjà plus le seul, ni même peut-être le principal, moyen de vider une querelle” (ibidem, p. 115).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



mencionada influência da teologia e filosofia cristãs da altura, determinou-se a acentuação do papel da intenção no agir da pessoa e na apreciação das consequências desse agir<sup>115</sup>, no sentido da construção de uma responsabilidade subjetiva e individualizada<sup>116</sup>. Afinal, é da construção e influência filosófica, bem como de uma reestruturação da interpretação das ideias justinianas, que se permite afirmar, naquele país, o início de uma estrutura de responsabilidade subjetiva<sup>117</sup> resultado do reenquadramento das premissas morais que justificavam a responsabilidade. Ademais, foi nos últimos séculos do Antigo Regime que a responsabilidade civil teve sua autonomização frente à responsabilidade penal aprofundada na experiência jurídica francesa, mediante a estruturação de um fundamento fulcrado na ideia de liberdade humana enquanto postulado de direito natural<sup>118</sup>, nos mesmos moldes que o aqui já afiançado aquando da breve estruturação de um arquétipo histórico da responsabilidade.

Outro momento marcante da responsabilidade em território francês diz respeito ao breve período conhecido como “direito revolucionário”. Estabelecida com a Revolução de 1789 até à edição do Código Civil de Napoleão, essa fase ficou marcada pela célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Promulgado no contexto revolucionário, esse documento estabeleceu em premissas positivas a ideia filosófica da dualidade entre responsabilidade e liberdade – definida em seu artigo 4º, a “[...] liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo [...]”; portanto, “[...] o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”<sup>119</sup> –, bem como pelos trabalhos preliminares de redação que acabaram por culminar no código de 1804.

Essas, em sua maioria, previam a estruturação de um princípio geral de responsabilidade civil<sup>120</sup>. Implica dizer que todo o processo histórico de evolução da

---

<sup>115</sup> Ibidem.

<sup>116</sup> A noção de responsabilidade ainda conviveu, mesmo após a emergência de uma estrutura de pensamento que demandava a sua individualização, com uma estrutura excepcional de responsabilidade coletiva. Ibidem.

<sup>117</sup> Ibidem.

<sup>118</sup> CHEVREAU, Emmanuelle; MAUSEN, Yves; BOUGLÉ, Claire. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2007.

<sup>119</sup> In: BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. São Paulo: USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

<sup>120</sup> CHEVREAU, Emmanuelle et al., op. cit.

responsabilidade em França, que levou ao *Code Civil* de 1804, fundou-se em uma responsabilidade individual e amplamente escorada na noção de *faute*<sup>121</sup>, mediante a adoção de cláusulas gerais de responsabilidade.

Para Monteiro<sup>122</sup>, em virtude da estrutura de positivação das leis de direito civil adotada pelo legislador francês, a técnica tradicional das normas especiais de responsabilidade delitual cede espaço a uma cláusula geral, sendo a culpa, agora, “fundamento único da responsabilidade”, princípio da culpa”, o qual, negativamente, significa que não há responsabilidade sem culpa. À época, ainda segundo o autor<sup>123</sup>, os fatos causadores de danos

[...] eram ainda factos marcadamente individuais ou pessoais, e este domínio dos factos caracterizadamente pessoais, sobre os quais é possível fazer sem artifícios um juízo de apreciação e censura ético-jurídica, é sem dúvida o domínio por excelência, talvez insubstituível, da culpa, além de que os eventos danosos são atribuíveis a um acto culposo era então uma excepção

A noção da ocupação central da *faute*, exposta no que aqui podemos definir como a ideia da importância não equivalente de todos os pressupostos para a emergência do dever de indenizar, é evidenciada no direito francês, notadamente pela afirmação de Marcel Planiol<sup>124</sup> de que a culpa é a fonte da responsabilidade, e também não vincula conceitualmente qualquer dos preceitos do sistema germânico. Afinal, segundo o autor, a noção de *faute* engloba uma aceção majorada e mais abrangente do espectro de ilicitude, já que ela “[...] *contient tous les faits contraires au droit*”<sup>125</sup>. Todavia, mesmo ele afirmou: “*On ne peut reprocher au code de ne pas donner de définition de la faute, car*

---

<sup>121</sup> “*Ce pan du Code Civil apparaît tout à fait remarquable par la formulation adoptée d’un principe de responsabilité individuelle, contrapartie de la liberté, dont le fondement majeur reste celui de la faute, qui oblige à réparation*” (Ibidem, p. 248).

<sup>122</sup> MONTEIRO, Jorge F. Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>124</sup> In: PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil** – refondu et complete par Georges Ripert et Jean Boulanger. Tomo II. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1952.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 316.

*la faute est à peu près indéfinissable [...]*”, asseverando, neste contexto, que “[...] *la faute, en soi est une pure abstraction*”<sup>126</sup>. Nessa perspectiva, Planiol também postula que:

*Être en faute consiste à ne pas se conduire comme on devrait le faire. Comme on l'a déjà indiqué, la règle de l'art. 1382 suppose une règle de conduite. Tout homme, par cela seul qu'il vit en société, doit observer les règles de la morale et de l'ordre social. S'il contrevient à l'obligation générale de bien se conduire, il est en faute. (...) La faute s'analyse donc en un manquement à une obligation préexistante. On ne serait pas en faute si on n'avait aucune obligation. Tantôt l'obligation est précisée par la loi ou par un contrat; tantôt elle est donnée par les préceptes généraux de la morale et du droit, que le juge doit faire respecter.*<sup>127</sup>

Assim, dentro da noção de que a *faute* constitui uma mera abstração – em muito devido ao fato de que o Código de Napoleão não a definiu em bases positivas, como se construísse de forma deliberada um conceito jurídico indeterminado –, coube ao intérprete da lei definir sua esfera de abrangência. Esse fato acabou por outorgar ao poder judiciário francês maior poder, garantindo a fluidez necessária para que o sistema de responsabilidade civil exposto no código napoleônico tivesse longa vida, o que acaba por contribuir com a pacificação social, fim maior do direito.

Em resposta a essa indeterminação e abstração do conceito de *faute*, a doutrina e a jurisprudência francesas assumiram o papel de delimitar padrões objetivos de nexo causal e de dano. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência assumiram grande relevância na configuração e entendimento do sistema de responsabilidade civil daquele país, o qual, dada a já mencionada fluidez e abstração de seus pressupostos, nomeadamente a *faute*, acabou por se focar na amplitude da reparação, sendo o sistema de responsabilidade civil francês restritivo apenas no tocante à própria *faute*, em contraposição ao modelo germânico de tipificação que orientou o sistema português de responsabilidade civil.

Todavia, é preciso destacar que, em paralelo à noção indiscutível do papel da *faute* no direito de responsabilidade civil francês – no qual muito se inspirou o brasileiro, conforme observa Pasquale Fava –, mesmo a Corte Constitucional da França vem reiteradamente asseverando que o princípio da culpa não é absoluto, podendo ser afastado na hipótese de atender a interesses gerais. Não por outro motivo, afirma o autor italiano, o

---

<sup>126</sup> Ibidem, p. 317.

<sup>127</sup> Idem.

sistema francês “[...] *si caratterizza, oramai per la pluralità dei criteri di imputazione della responsabilità atteso che quello della colpa, pur rimanendo quello centrale, è stato progressivamente affiancato*”.<sup>128</sup>

Exatamente nesse momento histórico, em que já se podia afirmar a cristalização das premissas hodiernas de subjetivação (como regra) e individualização, bem como de autonomização da responsabilidade civil frente à responsabilidade penal – fenômeno que, como se viu, não é dos mais antigos em direito –, a doutrina francesa assume grande importância para o presente trabalho. Isso ocorre em virtude de uma robusta formulação acerca da teoria do risco, da industrialização e da massificação dos danos<sup>129</sup>, os quais já foram aqui expostos.

Mais recentemente, porém, a doutrina francesa estabeleceu um marco bastante importante para o desenvolvimento desta tese. Com efeito, a própria estrutura do código, que funda sua perenidade e sucesso, acaba por apontar algumas falhas, aponta Rémy Cabrillac<sup>130</sup>. Isso porque, acrescenta o autor, a realidade econômica e social foi profundamente alterada desde a edição do Código Civil Francês, tornando clara a inadequação, para a era da internet e da mundialização, de uma regulação exarada no quadro de uma sociedade essencialmente rural.

É em França, por exemplo, que cresce a principal doutrina sobre a emergência do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade, sendo de lá também os principais julgados no tocante ao diálogo entre responsabilidade civil e a gestão dos riscos na sociedade, ainda que isso se dê de uma forma indireta. Olivier Lucas<sup>131</sup>, em tema que será retomado na análise específica das funções da responsabilidade civil, definiu que seu papel central, para além de manter um alto nível de reparação e ainda consubstanciar uma resposta à culpa, deve, paralelamente e não de forma mutuamente exclusiva, ter papel funcional na produção de proteção para situações subjetivas

---

<sup>128</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità Civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 77.

<sup>129</sup> CHEVREAU, Emmanuelle; MAUSEN, Yves; BOUGLÉ, Claire. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2007.

<sup>130</sup> In: La réforme du droit français des obligations. **THEMIS, Revista da Faculdade de Direito da UNL**, Coimbra, Edição Especial, p. 95-104, 2008.

<sup>131</sup> OLIVIER, Lucas. La convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile. **La semaine juridique**. Edition générale, 2002, anno 76, n. 6, 6 février, p. 286-290. p. 287.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

elencadas na carta europeia dos direitos do homem<sup>132</sup>. A ideia aqui exposta é a de se ampliar a esfera de responsabilidade do homem responsável, de modo que “[...] *la responsabilité civile prétend jouer un rôle de prévention des désordres, ce en quoi elle conditionne et scelle la Liberté et les libertés*”.<sup>133</sup>

Toda a construção de Lucas (2009) está escorada na noção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual será mais adiante abordada, mediante a afirmação de que os direitos expostos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem não são oponíveis apenas na relação vertical entre homem e Estado. A posição de Lucas também se escora numa aplicação dialógica entre os direitos subjetivos e o direito da responsabilidade civil, disciplinando-o, como fez a Corte de Cassação Francesa ao reconhecer que só a constatação de um atentado à vida privada dá ensejo ao direito de reparação.<sup>134</sup>

Também é vanguardista a noção da emergência do princípio da precaução da responsabilidade civil, ponto culminante deste trabalho, mormente com as obras de Desideri, Depincé, Anne Guegán, Gilles Martin, D. Mazeud, Radé, Sargos, Thibierge e Viney, todos os quais analisados no âmbito da estruturação do ponto central deste estudo.

## 2.2 O Sistema Germânico e o Sistema Português

Em virtude da forte influência pandectística da segunda metade do século XIX e do direito romano<sup>135</sup>, o sistema germânico da responsabilidade civil, escorado nos

---

<sup>132</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità Civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

<sup>133</sup> OLIVER, Lucas, op. cit., 287.

<sup>134</sup> “*La Cour strasbourgeoise consacre l’existence d’un droit de l’homme à un environnement sain, en se fondant sur l’inviolabilité du droit au respect du domicile dan les relations entre personnes privées. À cette occasion, la haute juridiction répond à prétorienne des troubles anormaux de voisinage. Elle reprend à son compte l’idée de déplacer la question, du terrain aquilien, vers celui des droits de la personnalité*” (Ibidem, p. 290).

<sup>135</sup> BRUGGEMEIER, Gert. **Common principles of tort law**. A pre-statement of law. Londres : The British Institute of international and Comparative law, 2002. p. 8. Em igual sentido CHEVREAU, Emmanuelle; MAUSEN, Yves; BOUGLÉ, Claire. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2007.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

conceitos de *Schuld* e *Haftung* e também na tipificação<sup>136</sup>, inspirou fortemente a construção das normas de responsabilidade civil do direito português<sup>137</sup>.

Diferentemente dos modelos francês e italiano, o alemão tem a disciplina do dano ressarcível positivada de forma unitária, com normas do título II do BGB aplicáveis à responsabilidade contratual e extracontratual<sup>138</sup> e alicerçadas em uma cláusula geral, e ainda em três pequenas cláusulas um pouco mais específicas – as quais prevêm, por exemplo, a proteção de bens jurídicos como a vida, a integridade, a liberdade e a propriedade –, bem como em esparsas previsões de responsabilidade objetiva para novos riscos tecnológicos e industriais.<sup>139</sup>

A ideia do direito germânico da responsabilidade civil também se revela no princípio iheringiano “*nessuna responsabilità senza colpa*”, expondo de forma positiva o *Alles oder Nichts Prinzip*, marcadamente influenciado pelo direito natural, conforme disposição expressa do §249 do BGB que obriga ao ressarcimento integral do dano provocado pelo agente à vítima de forma preferencial, sendo a tutela do equivalente meramente residual.

Ademais, ao contrário da *faute* do regime francês da responsabilidade civil, sob as premissas do direito germânico contemporâneo o ato originador da responsabilidade

---

<sup>136</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 156. In verbis: “O direito delitual alemão baseia-se no chamado *Enumerationsprinzip*, nos termos do qual apenas determinados bens indicados pela lei (§ 823 I BGB) são objeto de tutela. A par desta previsão, o § 823 II BGB estabelece que a indemnização pode resultar da violação de disposições legais de proteção de interesses alheios, e o § 826 considera que a violação dolosa dos *bons costumes* pode constituir fonte de responsabilidade civil.”

<sup>137</sup> Nesse sentido ver: BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 169. In verbis: “O preceito central em matéria de responsabilidade civil extracontratual, no ordenamento jurídico português, é o artigo 483º CC. Aí, acolhe-se, claramente, o modelo proposto por Ihering, assente na dualidade entre culpa e ilicitude. Se a primeira é imprescindível, exceto nos casos de responsabilidade objetiva, a segunda também tem de estar necessariamente preenchida, traduzindo-se na violação de direitos absolutos, na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios e no abuso do direito. Denota-se, neste ponto, uma clivagem em relação ao ordenamento jurídico alemão: na verdade, enquanto aí a terceira forma de ilícito resultava da lesão dolosa dos *bons costumes*, no quadro do direito civil português, não só não se está limitado pelo dolo (dada a conceção objetivista de abuso a que acedemos pela mão dos estudiosos), como se abre a porta a comportamentos que, não atentando contra os *bons costumes*, mas pondo em causa os princípios normativos sustentadores do ordenamento e alicerçadores da materialidade subjacente ao direito subjetivo possam ser *chancelados de abusivos*”

<sup>138</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità Civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

<sup>139</sup> BRUGGEMEIER, Gert op. cit.

deve ser observado sob dois prismas: o da ilicitude e o da culpabilidade<sup>140</sup>. O primeiro elemento centra-se na potencial violação de um dever jurídico imposto ao agente, e o segundo, na reprovabilidade moral da conduta perpetrada. Dito de outra forma, a culpa (*Verschuld*) é uma conduta, enquanto a ilicitude (*Rechtswidrigkeit*) enuncia a violação de uma norma legal sem qualquer justificativa também normativa<sup>141</sup>.

Era bastante comum, portanto, , que a *faute* francesa, a qual em larga escala moldou o direito de responsabilidade civil brasileiro, fosse compreendida, no direito germânico, como dois elementos distintos: a *Rechtswidrigkeit* (ilicitude) e a *Verschulden* (culpabilidade). Este segundo pressuposto, contudo, não exibia similitude com a *faute* do direito francês, porquanto compreendido em seu aspecto objetivo avaliado mediante a contraposição ao modelo esperado de comportamento.

É importante também destacar que, no sistema germânico, para a plena configuração da responsabilidade civil é imprescindível que a parte comprove, em primeiro lugar, a ilicitude – sendo a defesa legalmente reconhecida a única forma capaz de afastar<sup>142</sup> –, bem como a culpa do suposto lesante, caso não se verifique a hipótese de culpa presumida ou de responsabilidade objetiva.

Ademais, para fins meramente expositivos, afirma-se que a questão da ilicitude é objecto de disputa doutrinária com os pressupostos da identificação, mormente diante da doutrina que afirma a partir do final da década de 1950. De acordo com Markesinis e Unberath<sup>143</sup>, a identificação da ilicitude demanda um elemento adicional disciplinador que permite avaliar, não o resultado da conduta, mas a conduta por si só, de modo que a mera violação dos interesses mencionados no § 823 do BGB não é suficiente para justificar sua configuração, sendo necessária a verificação da inobservância de uma conduta padrão, a qual em muito se assemelha ao *duty of care* do sistema anglo-saxão. Assim, para esses autores, a interpretação da ilicitude que demanda a verificação do dever de cuidado envolve atos que indiretamente “[...] *infringe one of the protected interests,*

---

<sup>140</sup> “Unlike French law, German law has kept the element of fault (*Verschulden*) separated from that objective unlawfulness (*Rechtswidrigkeit*).” In: MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. **The German law of torts: a comparative treatise**. 4. ed. Oregon: Hart Publishing, 2002. p. 79.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 79 e seguintes.

<sup>142</sup> “The only thing that can remove the unlawfulness is the presence of a legally recognized defense.” MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. **The German law of torts: a comparative treatise**. 4. ed. Oregon: Hart Publishing, 2002. p. 80.

<sup>143</sup> *Idem*.

*are not automatically unlawful unless it can be shown that the defendant has failed to satisfy the standard of care demanded by the society”*.<sup>144</sup>

Por outro lado, para além da tipificação de origem romana e fundada na pandectística, o modelo contemporâneo germânico da responsabilidade civil construiu um sistema híbrido, porquanto veiculador de três premissas positivas, expostas no BGB em seus parágrafos I e II do artigo 823<sup>145</sup>, o qual configura a norma central do direito de responsabilidade civil alemão, e no art. 826<sup>146</sup>. Desse modo, conforme preleciona Pasquale Fava, a *Deliktshaftung* se inspira em um modelo conservador, centrado na liberdade de agir, cujo único limite é identificado na ação culposa lesiva de qualquer bem tipicamente identificado<sup>147</sup>. A primeira (823, I) veiculando como dano suscetível de reparação qualquer lesão à vida, ao corpo, à saúde, à liberdade, a bens ou outros direitos do indivíduo; a segunda (823, II) veiculando como reparável a violação, com culpa, de uma norma de proteção estabelecida em favor de terceiro; e, por fim, a cláusula do parágrafo 826, que configura como dano qualquer conduta lesiva dos bons costumes, das ordens econômica e jurídica e do interesse público.<sup>148</sup>

Retomando o já dito na abertura deste tópico, seguindo a tradição romana, e em clara diferenciação com o sistema francês da responsabilidade, adotado no Brasil e em Itália, por exemplo, o direito da responsabilidade civil germânico está fulcrado em cláusulas gerais. O mesmo considera ilícitos apenas os comportamentos que podem ser enquadrados nas espécies expressamente consagradas no direito positivo, também conhecido como *Enumeration-Prinzip*. Além disso, para a emergência do dever de responsabilidade no sistema alemão é preciso que a pessoa titular do interesse lesado seja a mesma que suportou o dano, ao que se convencionou chamar de *Tatbestandprinzip*.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> Ibidem, p. 85-86.

<sup>145</sup> “Compared with §826 BGB, § 823 I BGB is both wider and narrower. It is objectively narrower, in so far as it can be invoked only if the enumerated interests ... has been violated, whereas there is no such limitation with 4 826 BGB. In practical terms, the “kind of harm” which is not protected by § 823 I BGB is economic loss (...), whereas claim for economic loss are the most usual claims brought under § 826 BGB. §823 I BGB is, however, ‘subjectively’, wider than 826 BGB is limited to intention activities which, in addition, must be *contra bonos mores*” (Ibidem, p. 43).

<sup>146</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità Civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

<sup>147</sup> Idem.

<sup>148</sup> MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. **The German law of torts**: a comparative treatise. 4. ed. Oregon: Hart Publishing, 2002.

<sup>149</sup> BRUGGEMEIER, Gert. **Common principles of tort law**. A pre-statement of law. Londres : The British Institute of international and Comparative law, 2002.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



Outro destaque na doutrina e no direito da responsabilidade civil alemão diz respeito à noção de causalidade fundamentadora e de causalidade preenchedora<sup>150</sup> da responsabilidade civil.

Ademais, é inegável a influência do sistema germânico na versão contemporânea da responsabilidade civil portuguesa, cuja matriz legiferante se concentra na disposição do Art. 483º do Código Civil, o qual dispõe que quem, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação, deste modo, demonstra estar integrado na noção de culpa (como regra) e ilicitude.

Contudo, o sistema português, embora inspirado fortemente no direito alemão, guarda com ele diferenças fundamentais. Daí que certa doutrina o considere um sistema híbrido, ao passo que Menezes Cordeiro e Mafalda Miranda Barbosa notam a inclusão da *faute* no direito delitual português<sup>151</sup>. Para o primeiro autor, a inserção de características do modelo francês revela-se em reconhecidas presunções de culpa pelo ordenamento jurídico português. Indo mais além, Mafalda Miranda Barbosa nota que, para além da presunção de culpa, os Artigos 491º e seguintes do CC Português pressupõem igualmente a presunção de ilicitude. Para a autora:

na interpretação do perigo, e atenta a natureza arriscada das sociedades hodiernas, há que se tratar de um especial perigo – um risco que ultrapasse o limiar da normalidade. Ora, em face de tais perigos qualificados, a pessoa tem de adotar todas as medidas de cuidado para salvaguarda do outro. Não o fazendo, está a atuar em contravenção com um princípio da precaução ou prevenção – civilisticamente compreendido –, permitindo desvelar o abuso do direito (a liberdade de atuação do sujeito é exercida em contradição com o

---

<sup>150</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 160. In verbis: “O resultado haverá de se verificar sempre. Isto vem explicar não só a importância dada ao requisito causal, na Alemanha, como a sua conceção binária, dividindo a doutrina na chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade e na causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira teria como finalidade ligar a conduta do sujeito ao bem ou interesse violado; a segunda atentaria na ligação entre essa lesão e os danos subsequentes”.

<sup>151</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 172. In verbis: “Importa, contudo, notar que se constata a penetração da *faute* no sistema delitual pátrio. Na verdade, embora a regra seja a de que o lesado tem de provar a culpa do lesante, o legislador português consagrou, nos artigos 491º e ss. Código Civil, algumas presunções de culpa”

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

É importante destacar, neste contexto, ainda que só parcialmente interesse ao escopo desta parte da investigação, ser o sistema da responsabilidade civil português híbrido, porquanto tributário dos sistemas francês e alemão, fato que traz consigo a concepção, embora extremamente restrita em termos casuísticos, de poder ser enxergado o liame etiológico como um exercício de previsibilidade<sup>153</sup>.

Em termos específicos à responsabilidade civil ambiental, o ordenamento português concentra-se nas disposições da Constituição de República Portuguesa de 1976 porquanto definidora de uma função estatal no sentido de defender a natureza e o ambiente, assim como preservar os recursos naturais, assim como, em seu artigo 66º consagra a todos os cidadãos um direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, tendo o texto constitucional inclusive assegurado, por meio de seu artigo 52º o instrumento para promoção da prevenção ou cessação das infracções contra a qualidade de vida e a preservação do ambiente. Em termos mais específicos, cuidam de ordenar o direito do ambiente e, por conseguinte, do direito de responsabilidade civil ambiental tanto a Lei de Bases do Ambiente e o Decreto-Lei 147/2008 de 29 de Julho, o qual transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, os quais, na realidade jurídica portuguesa, regulam a responsabilidade civil ambiental.

A ideia da responsabilidade civil portuguesa, portanto, tem como princípios o estabelecimento de uma responsabilidade civil intra e intergeracional, assim como a observância de comandos de prevenção e precaução, compelindo a adoção de medidas antecipatórias, assim como da responsabilidade, o qual, segundo expressos termos da Lei de Bases, obriga à responsabilização de todos os que direta ou indiretamente, com dolo ou negligência, provoquem ameaças ou danos ao ambiente, aqui compreendido em suas componentes ambientais naturais como o ar, água, o mar, a biodiversidade, o solo, e o subsolo e a paisagem, cabendo ao Estado a aplicação das sanções devidas, não estando excluída a possibilidade de indemnização. Mais do que isso, a Lei de Bases do Ambiente indica que “Direito ao ambiente consiste no direito de defesa contra qualquer agressão à

---

<sup>152</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 172.

<sup>153</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 172  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

esfera constitucional e internacionalmente protegida de cada cidadão, bem como o poder de exigir de entidades públicas e privadas o cumprimento dos deveres e das obrigações, em matéria ambiental, a que se encontram vinculadas nos termos da lei e do direito” a consagrar, ainda:

a) O direito de ação para defesa de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, assim como para o exercício do direito de ação pública e de ação popular;

b) O direito a promover a prevenção, a cessação e a reparação de violações de bens e valores ambientais da forma mais célere possível;

c) O direito a pedir a cessação imediata da atividade causadora de ameaça ou dano ao ambiente, bem como a reposição da situação anterior e o pagamento da respetiva indemnização, nos termos da lei.

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 147/2008 constata-se lastrear-se no princípio do poluidor pagador assim como na responsabilidade do mesmo poluidor quanto à adoção de medidas preventivas e precaucionais em paralelo à eventual ressarcimento pelos eventos deletérios ambientais, sendo a premissa da responsabilidade civil orientada por um padrão objetivo. Nesse sentido:

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.

Para António Barreto Archer, o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais consagrado pelo Decreto-Lei nº 147/2008 “*constituiu um mecanismo de proteção do ambiente económica e ambientalmente mais eficiente do que a tradicional*

*abordagem de mera regulação ambiental por parte do Estado*”<sup>154</sup> e desta forma sanou “*as dúvidas e dificuldade de que se tem rodeado a matéria da responsabilidade civil n ordenamento jurídico português, estabelecendo, por um lado, um regime de responsabilidade civil subjectiva e objectiva nos termos do qual os operador/poluidores ficam obrigados a indemnizar os indivíduos lesados pelos danos sofridos por via de um componente ambiental*”<sup>155</sup>. Acerca do mencionado Anexo III identificador das hipóteses de responsabilidade objetiva preleciona o autor:

As atividades económicas incluídas neste Anexo III são definidas por referência a diversos diplomas de legislação especial em matéria de ambiente, higiene e segurança, que estabelecem requisitos específicos para determinadas atividades potencialmente perigosas, em função dos bens jurídicos a proteger por cada um daqueles diplomas especiais<sup>156</sup>

A amplitude do DL 147/2008 comprova-se, como mencionado em seu artigo 2º, pela abrangência a toda e qualquer atividade, pública ou privada, com escopo de lucro ou destituída deste objetivo, bem como incide, de forma solidária, sobre diretores, gerentes e administrador quando imputáveis a uma qualquer pessoa colectiva, nos moldes do prelecionado por seu artigo 3º.

Já em termos específicos à responsabilidade subjetiva, o Artigo 8º transcreve as disposições do Art. 483.º do Código Civil Português ao reafirmar a necessidade da configuração de cinco pressupostos básicos da responsabilidade, o facto voluntário do agente, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano<sup>157</sup>. Devido destaque deve ser concedido à noção de indicação da ilicitude enquanto estabelecida em bases de colisão e direitos. Segundo Archer é comum eventual colisão do direito de propriedade e o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado. Nestes casos, segundo o autor:

---

<sup>154</sup> ARCHER, António Barreto. **Direito do ambiente e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 32.

<sup>155</sup> ARCHER, António Barreto. **Direito do ambiente e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 32.

<sup>156</sup> ARCHER, António Barreto. **Direito do ambiente e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 35.

<sup>157</sup> ARCHER, António Barreto. **Direito do ambiente e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 34. Sobre o tema, ver o já multimencionado trabalho acerca da configuração do nexo de imputação no âmbito da responsabilidade civil, da lavra de Mafalda Miranda Barbosa. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

As decisões jurisprudenciais tendem a considerar o direito a um ambiente como um direito de personalidade e, portanto, superior ao direito de propriedade, nos termos do n.º 2 do artigo 335.º do Código Civil (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25-10-1983).

A construção da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português, portanto, funda-se, em primeira análise na consagração de um direito subjetivo previsto no artigo 66.º n.º 1 da CRP, assim como em vários diplomas infraconstitucionais, em especial mediante a consagração do ambiente como uma das componentes da personalidade.

Revela-se, portanto, a coexistência, no acervo normativo da responsabilidade ambiental portuguesa de uma espécie de tríade de responsabilidades. Em primeiro plano, a responsabilidade administrativa, de cunho marcadamente público, ao passo em que, o referido decreto, ao transpor para a ordem jurídica interna portuguesa a Diretiva no 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro, a contemplou expressamente independente da responsabilidade civil, essa por sua vez subdividida em Responsabilidade objetiva e subjetiva. Logo, o assim denominado na doutrina “Regime Jurídico de Responsabilidade Ambiental português” constitui, em conjunto, medidas de cunho administrativo e civil, orientado por padrões objetivos e subjetivos em contemplação simultânea entre as medidas de reparação, prevenção, precaução, observada a implementação conjunta tanto com a Lei de Bases do Ambiente, como a Lei da Ação Popular. O escopo primordial do supramencionado regime consiste da preservação, à toda coletividade, do patrimônio constitucional de uma ambiente hígido, em especial por meio da reparação de eventuais danos ambientais, aqui compreendidos em sentido amplo, gerados no exercício de uma qualquer atividade.

Sem embargo e em paralelo aos preceitos estabelecidos pelo sistema de responsabilidade ambiental do ordenamento jurídico português, dedicado tanto à gestão dos “danos ecológicos”, aqui compreendidos como lesões afetas ao meio ambiente enquanto observado como bem jurídico e “danos ambientais” dedicado à lesões experimentadas na esfera jurídica de um sujeito<sup>158</sup> faz-se mister destacar, agora com o recorte epistemológico restrito à responsabilidade civil que persiste no ordenamento jurídico português, assim como no ordenamento jurídico brasileiro, a regra de uma

---

<sup>158</sup> Nesse sentido ver, SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através da restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 69 e DE OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental**. Coimbra : Almedina, 2007. p. 13.

responsabilidade subjetiva, demandante, em Portugal e por conseguinte, da constatação, no caso concreto, tanto da ilicitude, quanto da culpa, pese embora a existência de um regime especialmente concebido no âmbito da responsabilidade civil ambiental orientada por padrões objetivos.

Neste quadrante, imperioso observar que a responsabilidade pelo risco, outra denominação atribuída à responsabilidade civil objetiva, ganha, sobretudo, destaque na temática ambiental<sup>159</sup>, ao passo em que “esta forma de responsabilidade independente de ilicitude e de culpa e encontra-se, de resto, consagrada em diversas legislações ambientais nacionais”<sup>160</sup>, isso porque, ainda atento ao objeto de tópico afeto à caracterização do sistemas de responsabilidade civil português e germânico, é preciso reconhecer as limitações da Responsabilidade Civil para gerir problemas ambientais, gerando intensos debates, nomeadamente na Alemanha, por força da edição da Umwelthaftungsgesetz de 1990, em especial tocante à causalidade<sup>161</sup>. Para o referido sistema há a presunção de

---

<sup>159</sup> A doutrina cita, comumente, como exemplo, o teor do Art. 509º do Código Civil Português: *ARTIGO 509º (Danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás) 1. Aquele que tiver a direcção efectiva de instalação destinada à condução ou entrega da energia eléctrica ou do gás, e utilizar essa instalação no seu interesse, responde tanto pelo prejuízo que derive da condução ou entrega da electricidade ou do gás, como pelos danos resultantes da própria instalação, excepto se ao tempo do acidente esta estiver de acordo com as regras técnicas em vigor e em perfeito estado de conservação. 2. Não obrigam a reparação os danos devidos a causa de força maior; considera-se de força maior toda a causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa. 3. Os danos causados por utensílios de uso de energia não são reparáveis nos termos desta disposição.*

<sup>160</sup> DE OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental**. Coimbra : Almedina, 2007. p. 15.

<sup>161</sup> O §6º do referido diploma normativo estabelece uma normativa de presunção de causas. In verbis: *Umwelthaftungsgesetz (UmweltHG) § 6 Ursachenvermutung. (1) Ist eine Anlage nach den Gegebenheiten des Einzelfalles geeignet, den entstandenen Schaden zu verursachen, so wird vermutet, daß der Schaden durch diese Anlage verursacht ist. Die Eignung im Einzelfall beurteilt sich nach dem Betriebsablauf, den verwendeten Einrichtungen, der Art und Konzentration der eingesetzten und freigesetzten Stoffe, den meteorologischen Gegebenheiten, nach Zeit und Ort des Schadenseintritts und nach dem Schadensbild sowie allen sonstigen Gegebenheiten, die im Einzelfall für oder gegen die Schadensverursachung sprechen. (2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn die Anlage bestimmungsgemäß betrieben wurde. Ein bestimmungsgemäßer Betrieb liegt vor, wenn die besonderen Betriebspflichten eingehalten worden sind und auch keine Störung des Betriebs vorliegt. (3) Besondere Betriebspflichten sind solche, die sich aus verwaltungsrechtlichen Zulassungen, Auflagen und vollziehbaren Anordnungen und Rechtsvorschriften ergeben, soweit sie die Verhinderung von solchen Umwelteinwirkungen bezwecken, die für die Verursachung des Schadens in Betracht kommen. (4) Sind in der Zulassung, in Auflagen, in vollziehbaren Anordnungen oder in Rechtsvorschriften zur Überwachung einer besonderen Betriebspflicht Kontrollen vorgeschrieben, so wird die Einhaltung dieser Betriebspflicht vermutet, wenn 1. die Kontrollen in dem Zeitraum durchgeführt wurden, in dem die in Frage stehende Umwelteinwirkung von der Anlage ausgegangen sein kann, und diese Kontrollen keinen Anhalt für die Verletzung der Betriebspflicht ergeben haben, oder 2.*

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

causalidade quando, em atenção às circunstâncias do caso individual, verificar-se que determinada instalação tem aptidão para causar o referido dano, presume-se ter sido causado por ela. Obviamente, a aferição da causalidade aqui deverá observar, as condições meteorológicas, o tempo e o local onde ocorreu o dano dentre outros elementos.

Feitas tais considerações é preciso observar que “o Decreto n. 147/2008 preocupou-se em proteger a função ecológica do meio ambiente e, por conseguinte, em possibilitar um desenvolvimento sustentável”<sup>162</sup>.

## 2.3 O Sistema Anglo-Saxónico

Toda a base jurídica do sistema anglo-saxónico da responsabilidade civil assenta na figura dos *torts*, cuja origem etimológica deriva do termo latino *tortus*<sup>163</sup>, de ampla influência medieval, entendido como a conduta que, acaso praticada, dá ensejo à reparação. Em palavras precisas, afirma Mafalda Miranda Barbosa:

Nos sistemas de Common Law, a disciplina da responsabilidade civil funda-se nos *torts*, aos quais corresponde uma ação homologada pelo legislador. Não existe a figura do ilícito como categoria jurídica autónoma. O jurista inglês enquadra a situação concreta numa ou noutra factualidade típica e procura um meio processual que é individualizado como ponto inicial de referência da responsabilidade civil.<sup>164</sup>

---

*im Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs die in Frage stehende Umwelteinwirkung länger als zehn Jahre zurückliegt.*

<sup>162</sup> LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. Reparação do dano ambiental: considerações teóricas e normativas acerca de suas novas perspectivas e evolução. Disponível em: <[http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/melissa\\_ely\\_mello\\_e\\_jose\\_rubens\\_morato\\_leite.pdf](http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/melissa_ely_mello_e_jose_rubens_morato_leite.pdf)>. Acesso em: jun. 2019.

<sup>163</sup> FAVA, Pasquale, op. cit.

<sup>164</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 167. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

A sistemática desse direito possuía, à altura, uma estrutura baseada na noção de *forms of action*<sup>165</sup>. A noção de *tort*, portanto, guarda similitude semântica com a de ilícito civil autônomo, seja no ilícito contratual, seja no ilícito penal<sup>166</sup>. Sua origem no direito anglo-saxónico se deu, não de forma sistematizada nem tampouco por meio de um corpo coerente de direito, mas por meio de um conjunto de *torts* autônomos e específicos:

*Tort does not constitute a coherent body of law, definable in general and abstract terms, but is no more than the sum total of a variety of individual torts that have developed, under the writ system, in characteristically casuistic and haphazard fashion. Each of these specific torts is still regarded as an independent cause of liability, each has its own constituent elements, and each protects a special interest from being interfered with.*<sup>167</sup>

Na altura da sua origem, portanto, há mais similitude com o modelo germânico da tipicidade, que influenciou o direito de responsabilidade civil português, do que com o definido por uma cláusula geral, como o Código Civil Francês, prevalecente no sistema brasileiro. Isso porque o modelo anglo-saxão apresenta um sistema de condicionantes e regras para cada tipo específico de *torts*, uma parte dos quais prescinde, inclusive, da análise da culpa. Nessa perspectiva, observa-se a similitude deste sistema com a matriz histórica da responsabilidade fulcrada exclusivamente na noção de nexos de causalidade<sup>168</sup>, tendo sido o trilhar da consagração do elemento subjetivo culpa adotado bastante diferente do direito continental, porquanto vinculado a uma noção de interdependência substancial e processual.<sup>169</sup>

Essa relação nuclear, que em muito decorreu da fonte romana, previa uma linha bastante estreita, rígida e limitada dos *writs*, logo, e baseava-se fortemente em ações típicas para situações pré-determinadas (*forms of action*), não atendendo à necessidade do

---

<sup>165</sup> IBBETSON, David J. **A historical introduction to the law of obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>166</sup> FAVA, Pasquale, op. cit.

<sup>167</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co., 1992. p. 907.

<sup>168</sup> FLEMING, John G. **The law of torts**. Sydney: LBC Information Services, 1998.

<sup>169</sup> “*Il mondo anglosassone, pur conoscendo e seguendo la tradizione romanistica come rivisitata dei giuristi del movimento alto medievale favorevole alla formazione di uno ius commune paneuropeo, conformemente alla mentalità inglese spiccatamente fedele alle tradizioni locali, si è evoluto in modo autonomo, lasciandosi, per certi versi, influenzare solo successivamente dalle teorizzazioni giusnaturalistiche.*” In: FAVA, Pasquale. **La responsabilità Civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 149.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



estabelecimento de ferramentas mais consentâneas com a noção de justiça da altura. Somente a partir do século XIX as reformas legais acabaram por extinguir a noção estrita de ações (*form of action*), aqui entendidas como os diferentes procedimentos pelos quais uma demanda poderia ser formulada em juízo, durante grande parte da história do direito inglês, sendo cada qual para um tipo de *tort*. Só a partir de então se tornou possível o debate da formação de uma ciência geral do *law of torts*.

Dito isto, e regressando às premissas medievais do direito anglo-saxónico da responsabilidade, adota-se como fato, contudo, que a origem do que se convencionou denominar genericamente *torts* encontra-se nas ações de *trespass*<sup>170</sup>. À época não limitado à noção atual<sup>171</sup>, mas mais semelhante a um gênero de comportamento ilícito, representou a conformação jurídica e a ampliação conceitual da categoria bastante lenta<sup>172</sup> e fundada na insuficiência da noção originária de *trespass*, em razão da sua exigência – como requisito para a reparação do dano – de um comportamento violento e direto (*vi et armis*<sup>173</sup> *et contra pacem Domini Regis*)<sup>174</sup>, o que não atendia à realidade social da altura, passando a dar origem à noção de *trespass on the case*, ou simplesmente *case*.

A compreensão do *trespass* como fonte da estrutura da responsabilidade civil no direito inglês teve início no século XIII, com a formulação de *trespasses* mais gerais, que se valiam de alegações acerca da violação da *King's peace*<sup>175</sup>, reafirmada como medida

---

<sup>170</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co., 1992. Em igual sentido, para David J. Ibbetson, para quem “[...] *the recognition of the action of trespass as an ordinary feature of the jurisdiction of the royal courts gives some shape to an emergent law of tort*”. In: **A historical introduction to the law of obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 14.

<sup>171</sup> David J. Ibbetson prossegue: “*The word trespass meant no more than “wrong” and its legal use had no predetermined boundaries. It is, however, possible to identify from the early records two ideas at work: affronts to honour, and causation of loss. If we are to understand the idea of wrongdoing in the twelfth and thirteenth centuries, we cannot afford to ignore either of these elements*” (Idem).

<sup>172</sup> “*Remedies for personal injury date back to the Anglo Saxons, the medieval royal courts heard actions for trespass; and defamation started life in the ecclesiastical courts. From the Fourteenth century onwards the action on the case played a central role in expanding the circumstances in which damage for what we would now call “torts” were awarded.*” In: MITCHELL, Paul. **A history of tort law 1900–1950**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

<sup>173</sup> IBBETSON, David J., op. cit., p. 40.

<sup>174</sup> A noção de *King's peace* era, segundo David Ibbetson (idem), mais jurisdicional do que conceitual. Não dizia nada sobre o que era o *trespass*, mas sim quais *trespasses* seriam acionáveis perante as cortes reais, muito embora houvesse uma definição na normatização do rei Henrique I.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 13.

cada vez mais comum até ao final daquele século.<sup>176</sup>

O passo seguinte na elaboração do figurino legal contemporâneo do *law of torts* deu-se com a construção do *trespass on the case*. A emergência dessa noção ocorreu a partir da problematização decorrente da necessidade de identificar a violência, muitas vezes inexistente em casos de reconhecido *wrongdoing*, e que, portanto, pela falta de tal elemento (a violência), acabavam afastados das cortes reais<sup>177</sup>.

Como acrescento e antecipando matéria, novamente foi a necessidade social que ditou os caminhos trilhados pela ciência do *law of torts*. Datam da década de 1360 os primeiros avanços na construção de uma estrutura capaz de responder a demandas que não eram identificadas no caso concreto como *vi et armis* nem violavam a *King's peace*. O marco inicial da *trespass on the case*, no entanto, é bastante confuso, sendo atribuído a muitos casos a sua origem, entre os quais “Broadmeadow v. Rushenden”<sup>178</sup>, ou ainda o célebre caso “Bukton v. Tounesende”, de 1348<sup>179</sup>. Neste último julgado, conhecido como caso “Humber Ferry”, o fato de o dano não ter sido causado de forma direta (*vi et armis*), como preconizava a regra geral do *trespass*, não impediu o tribunal de estabelecer direitos ao lesado, dando ensejo ao início da configuração da *negligence* em que se baseou o direito contemporâneo dos *torts*.

É bem verdade, contudo, que em algumas hipóteses o *trespass* dispensava a prova dos danos, pois eles já eram considerados *per se*, ou seja, como uma decorrência automática do ato lesivo descrito pelo autor da demanda. O *case*, ao contrário, exigia que ele comprovasse, não apenas os danos que alegava haver sofrido, como também o dolo ou a culpa do réu<sup>180</sup>. É certo, porém, não existir diferença clara entre o *trespass* como tradicionalmente reconhecido e a forma genérica do *trespass on the case*, podendo ela ser

---

<sup>176</sup> Ibidem.

<sup>177</sup> Ibidem.

<sup>178</sup> IBBETSON, David J. **A historical introduction to the law of obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>179</sup> HANDFORD, Peter. Intentional negligence: A contradiction in terms? **Sidney Law Review**, v. 32. p. 29-63, 2010.

<sup>180</sup> “*Trespass, as a direct forcible injury, was prima facie wrongful, and thus it was up to the defendant to rebut the presumption by invoking a specific excuse or justification. Moreover, trespass actionable per se, and thus the plaintiff succeeded without proof of actual damage. Case, on the other hand, covered situations where the plaintiff's act was not so obviously “wrong” and where, therefore, the form of conduct as such the (eventual) infliction of an injury (in other words: the issue of causation) could hardly be taken to provide a satisfactory basis for an action.*” In: ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co., 1992. p. 907.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

atribuída à causação direta ou indireta do , ou ainda por meio de atos intencionais ou não intencionais.<sup>181</sup>

Hodiernamente, no direito inglês a ampla maioria da estrutura da responsabilidade civil está absorvida pela noção de *negligence* – cujo início pode ser encontrado no já citado caso “Humber Ferry” –, reconhecida como o passo seguinte da configuração dos *cases* frente ao *trespass*. Sem sombra de dúvidas, configura um *tort* relativamente novo. Emergiu com especial destaque entre o final do século XIX e o início do século XX, sendo significativamente desenvolvida pela jurisprudência, em homenagem às importantes pressões de uma sociedade que vinha se tornando ao mesmo tempo urbana e industrial. Isso quer dizer que, no princípio incidente sobre aspectos fáticos que dariam ensejo à *trespass on the case*, a *negligence* veio gradualmente trocando de significado jurídico, superando a noção de apenas uma das formas de cometimento de um *tort* pré-estabelecido, a não ser como uma base separada e genérica de responsabilidade civil.<sup>182</sup>

É possível concluir, acompanhando David J. Ibbetson<sup>183</sup>, que a *negligence*, sob o ponto de vista estrutural e como fruto de Oitocentos, baseava-se em três elementos. O primeiro consubstanciava o dever de ter cautela, ao qual se seguia o segundo elemento, o da quebra deste dever e, por fim, a resultante perda do lesado, ainda que, de acordo com o autor, seja possível afirmar que, no final do século XX, se viesse a determinar que esses elementos eram intercambiáveis, uma vez que a identificação estanque de cada um era bastante custosa.

Essa consolidação e expansão do *tort of negligence*, em contraposição à noção compartimentalizada e estanque do sistema de resposta jurídica ao *civil wrong*, todavia, teve como marco inicial o caso “Donogue v. Stevenson”, de 1932<sup>184</sup>, por meio do qual foi superada a prévia noção de tipicidade estrita, tendo sido estabelecida, em termos principais, a existência, segundo critérios específicos, de um *duty of care* geral<sup>185</sup>. Desse

---

<sup>181</sup> IBBETSON, David J., op. cit.

<sup>182</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co., 1992.

<sup>183</sup> IBBETSON, David J. **A historical introduction to the law of obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>184</sup> “It was accentuated by the generalizing approach of *Donogue v. Stevenson*, and with the disappearance of the jury after 1933” (ibidem, p. 195).

<sup>185</sup> É expressão mencionada por Lord Macmillan em seu voto, ao afirmar que as categorias da *negligence* não estão fechadas. Sobre o tema ver Ibbetson (ibidem, p. 190).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

modo, passou a não mais ser imprescindível para uma demanda contra uma lesão reputada como ilícita a existência de uma específica modalidade de *tort*, muito embora ainda a condicionasse, em primeira análise, à demonstração de uma série de fatores por parte do pretense lesado. Portanto, a *negligence*, observa Reinhard Zimmermann, “[...] *with duty, breach and damage as its three essential requirements – is the closest the English common law has come to a generalized form of tortious liability.*”<sup>186</sup>

O primeiro desses três elementos, como já dito fundados ainda no século XIX na estruturação da negligência, é justamente a identificação ou não, no caso concreto, do *duty of care*. Como sobredito, a noção do que pode ser traduzido como dever de cuidado teve seu marco conceitual inicial no caso “*Donogue v. Stevenson*”<sup>187</sup>, por meio do qual a House of Lords adotou a tese de que havia uma espécie limitada do dever geral de tomar razoável cuidado, superando-se a noção de que o comportamento desidioso decorria de uma demonstração típica.<sup>188</sup>

Daí provém, na doutrina da responsabilidade civil inglesa, a noção da centralidade da definição de *duty*, cuja violação (*breach*) dá ensejo à verificação da *negligence*. Aqui reside o preceito de que nem todo o lesado terá direito a uma resposta jurídica capaz de redistribuir os prejuízos por ele suportados; logo, a responsabilidade emergirá apenas e tão somente se houver um dever de cuidado do lesante para com o lesionado<sup>189</sup>. Tal análise, substancial no entendimento que culminou na formulação de uma regra geral de cuidado a fundamentar toda a estrutura da *law of torts*, prosseguiu com o caso “*Caparo v. Dickman*”, pelo qual se definiu o caráter trifásico do *Three-Stage test*, consubstanciado na proximidade entre lesante e lesionado, na previsibilidade do

---

<sup>186</sup> ZIMMERMANN, Reinhard, op. cit., 910.

<sup>187</sup> A expressão que sintetiza a mudança de paradigma da jurisprudência inglesa no início da construção de um dever geral de cuidado é apontada como: “*You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour*”. *Donoghue v Stevenson – Case Report*. SCLR, [s./l.]. Disponível em: <<http://www.scottishlawreports.org.uk/resources/dvs/donoghue-v-stevenson-report.html>>. Acesso em: 21 de março de 2016.

<sup>188</sup> “*In Donogue vs Stevenson la House of Lords ha sancito che per la configurazione de una responsabilità civile per colpa si sarebbe dovuta verificare l’esistenza e la correlativa violazione da parte dell’agente di un dovere (duty) di adottare ogni ragionevole cautela (reasonable care) per evitare di danneggiare coloro che si trovino in un rapporto di vicinanza (proximity) tanto da far ritenere prevedibile (foreseeable) che la azione avrebbe potuto pregiudicare il vicino (neighbour).*” In: FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 155.

<sup>189</sup> IBBETSON, David J. **A historical introduction to the law of obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

dano – com especial importância para este estudo, que se fulcra na análise das incertezas com as quais trabalha a precaução na responsabilidade civil –, e, por fim, uma valoração da política judiciária acerca da correção, justiça e razoabilidade de se impor um dever à luz do caso concreto<sup>190</sup>.

É imperioso destacar aqui que o elemento da previsibilidade (*foreseeability*) acaba por exercer uma função dúplice no âmbito da análise teórica da *negligence*: a primeira, na definição de quão remoto é o dano face ao comportamento imputado; a segunda, no tocante à definição específica da quebra ou não do dever de cuidado<sup>191</sup>.

Depois de definir se existia um *duty of care* no caso concreto que ligasse as partes litigantes, a corte passou a analisar se este dever fora quebrado, estabelecendo o critério objetivo do *prudent and reasonable man*, e se de fato havia dano. Portanto, procurou-se um critério objetivo de análise da conduta, que não se referia à subjetividade e, por isso, se afastando em alguma medida da *faute* francesa, ao definir: “*Tortious negligence is not a state of mind but rather a failure to reach a certain standard of conduct*”<sup>192</sup>.

Essa figura, cuja expressão se vinculava inicialmente à inobservância de um dever de cuidado capaz de gerar um dano, consolidou-se como a exigência de um dever genérico de cautela, cuja fluidez a faz ser encarada, na atualidade, como uma espécie de cláusula geral do direito de responsabilidade civil da *Common Law* inglesa. Apesar da ampla aptidão para superar os demais elementos ou formas específicas de *torts* no direito inglês da responsabilidade civil, deve-se destacar neste contexto que a expansão da *negligence* não implicou uma supressão ampla e absoluta dos demais *torts* específicos.<sup>193</sup>

Outro ponto importante a explorar na análise do quadro histórica do *tort law* tange à sistematização axiológica entre a responsabilidade e os padrões morais que a informam. Consoante afirma David J. Ibbetson, com a expansão das lesões proporcionadas por corporações, a ligação entre os preceitos morais e a responsabilidade civil acabou por se tornar cada vez mais inviável. O autor acrescenta que os seguros de responsabilidade civil – objeto de um breve apontamento nas etapas seguintes desta pesquisa – acabaram por também reforçar um pretense abandono da RC dos preceitos

---

<sup>190</sup> FAVA, Pasquale, op. cit.

<sup>191</sup> IBBETSON, David J., op. cit.

<sup>192</sup> CANE, Peter. **The anatomy of tort law**. Oxford: Hart Publishing, 1997. p 36.

<sup>193</sup> IBBETSON, David J. **A historical introduction to the law of obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

morais que historicamente a informaram. Nesse mesmo cenário de evolução do *tort law*, considera o autor, pode também ser identificado um abandono da individualização que informou a ciência jurídica da responsabilidade civil no período vitoriano, superado por uma abordagem mais comunitária. Logo, a noção de imputação de uma esfera de responsabilidade em virtude de tais elementos caberia mais a uma expressão social do que moral.

Ressalte-se que essa forma de observação do fenômeno da responsabilidade civil é de suma importância para o desenvolvimento do presente trabalho. Sem embargo das peculiaridades históricas da conformação da tradição anglo-saxônica da RC, é para nós importante destacar que em alguns casos de *torts* não se faz necessária sequer a prova do dano, porquanto a demanda está mais atrelada ao direito do que à compensação da suposta vítima, como já afirmou Christian Von Bar<sup>194</sup>. Daí que a noção de *torts* seja por si mesma fundamental.

A noção desenvolvida pelo autor postula que todos os modernos sistemas de responsabilidade civil no continente europeu demandam a existência de um dano para a consagração da responsabilidade. Nessa linha, Von Bar chega a afirmar: “*That condition is rarely fulfilled merely by a violation of the plaintiff's rights or his person*”<sup>195</sup>. Ainda nesse diapasão, o Autor ressalva que direitos como o direito à vida, à integridade física, à honra, à dignidade, à autodeterminação e à liberdade têm recebido significativo desenvolvimento na contemporaneidade, afirmando que “[...] *their mere infringement without further loss has been compensated*”<sup>196</sup>. Nessa perspectiva, Von Bar postula que o aumento da proteção se tornou possível ao se configurar essa violação do direito por sua própria natureza (ou *per se*) como uma forma de dano imaterial.

A aptidão absolutamente excepcional de configuração da responsabilidade decorrente de direitos de terceira dimensão constitui um dos alicerces fundantes da presente investigação. Graças ao entendimento proposto por Christian Von Bar, é possível perquirir sobre os efeitos da violação do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade civil ao se considerar o meio ambiente como imprescindível a dois

---

<sup>194</sup> VON BAR, Christian. **The common European law of torts**. Vol. 2. Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality, and defences. Oxford: Clarendo Press, 2000.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 9

<sup>196</sup> VON BAR, Christian. **The common European law of torts**. Vol. 2. Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality, and defences. Oxford: Clarendo Press, 2000. p. 9.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

direitos expressamente referidos pelo autor: o direito à vida e à integridade física.

### 3. PRINCÍPIOS COMUNS DO DIREITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL EUROPEU

---

De fato, e como ficou demonstrado, a evolução histórica do direito da responsabilidade civil acabou por conduzir à identificação de três grandes sistemas, os quais, a par de terem surgido no continente europeu, influenciaram a ampla maioria dos sistemas da responsabilidade no mundo ocidental.

Assim, se por um lado podem ser definidas prementes divergência conceituais e metodológicas entre cada um deles, seja na entabulação de uma estrutura de tipificações ou por meio de cláusulas gerais, seja na noção de *faute* ou de ilicitude e culpa, fato é que todos têm um ponto de contato que resulta da própria noção ontológica de justiça. Dito de outro modo, independentemente das premissas adotadas, o destino dos sistemas de responsabilidade é sempre o restabelecimento da justiça, ainda que os caminhos sejam diversos e mais diferentes ainda sejam os conceitos de justiça adotados ou exigidos por cada recorte geográfico e histórico.

Com o propósito de organização das regras da responsabilidade civil, muito em virtude do premente cenário da globalização, formou-se Grupo Europeu de Responsabilidade Civil (EGTL, na sigla em inglês), nomeadamente em razão de uma resolução de 26 de maio de 1989 do Parlamento Europeu. A ideia central do EGTL, em um trabalho que levou mais de uma década, não era unificar o direito de responsabilidade civil do continente, mas fornecer as bases para o desenvolvimento de cada ordenamento no sentido de uma conjectural convergência futura. Nas palavras de Bernhard Koch<sup>197</sup>, seus integrantes deveriam “[...] *build a common framework for the advancement of tort law in a common spirit, though evident with an overall interest in promoting gradual convergence of the various systems*”.

Como assinala esse autor, a característica multietnicidade do grupo europeu da responsabilidade teve importância essencial na construção de uma estrutura jurídica em que o sistema do *Common Law* e a estrutura romano-germânica puderam dialogar e construir princípios comuns, notadamente porque, apesar das enormes divergências

---

<sup>197</sup> In: KOCH, Bernard. The “principles of European tort law”. **Era Forum Review**, Berlim, v. 1, Issue 1. p. 107-124, 2007. p. 109.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



conceituais e sistemáticas, o escopo da responsabilidade civil é quase idêntico em ambos os sistemas.

Assim, os princípios do EGTL delimitam com bastante evidência que o nível de proteção<sup>198</sup> deve se basear na natureza do bem ou interesse tutelado, de modo a definir, por óbvio, que quanto maior for tal valor, mais extensiva será a proteção a ele outorgada, consoante expressa previsão estabelecida no artigo 2:102 (1)<sup>199</sup>. Sob essa perspectiva, parece-nos que o grupo não se limitou a aspectos econômicos aquando da limitação do valor do bem capaz de lhe outorgar especial proteção. Especificamente, já no item 2:102 (2) se estabeleceu um rol exemplificativo de bens a serem objeto da mais extensiva proteção, tais como a vida, a integridade corporal e mental, a dignidade da pessoa humana e a liberdade. Sobre o tema: “*Value refers, on the one hand to the ranking of an interest. The right to human life, for example, has a higher ranking than ownership of a book or the interest to gain some profit*”<sup>200</sup>.

Ficou claro que a expressão “valor do interesse” segue o propósito ético e axiológico da responsabilidade civil, contudo, dando-lhe uma nova epistemologia. Até então, a ética dessa responsabilidade esteve atrelada, em regra, à noção de culpa enquanto forma de lidar com comportamentos ilícitos; agora, esse viés ético passa a regular também a forma pela qual a responsabilidade civil irá lidar com os mais variados bens jurídicos.

Pode-se assim afirmar que a responsabilidade civil encerra um duplo propósito ético. O primeiro e clássico destina-se à avaliação da subjetividade da conduta em si e como forma de corrigir e coibir comportamentos culposos, e o novo, que agora estabelece um padrão ético de sopesamento dos valores envolvidos. Neste caso, o foco do elemento ético não se destina ao lesante, mas ao bem protegido, garantindo mais proteção quanto mais valioso for o bem. Em outras palavras, “[...] *this is evidenced by the fact that life*

---

<sup>198</sup> Art 130º-R do Tratado de Maastricht: “2. A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias”.

<sup>199</sup> A extensão da protecção de um interesse depende da sua natureza; quanto mais valioso e mais precisa a sua definição e notoriedade, mais ampla será a sua protecção. Disponível em: <<http://www.egtl.org/>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

<sup>200</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. **Principles of European tort law**. Viena: Springer-Verlag, 2005. p. 32.

*and bodily integrity, for example, are universally recognized as deserving the highest degree of protection in any given legal order, whereas compensation for pure economic loss is typically not awarded without further qualifications*<sup>201</sup>.

Isso não implica dizer, de maneira alguma, que os valores monetários/patrimoniais e de culpa foram abandonados. Ao contrário, trata-se apenas e tão somente de assegurar que a relevância jurídica do bem seja considerada aquando do estabelecimento dos níveis de proteção a eles dispensados, aí incluídos os instrumentos jurídicos que deverão ser disponibilizados como forma de afiançar essa proteção.

Ao reafirmar tal posição, os princípios do direito europeu da responsabilidade civil acabam por estabelecer uma proteção mais limitada aos interesses puramente econômicos, como expressamente prevê o item 2:102 (4). A visão que toma o bem jurídico e o seu valor e peculiaridades como elementos de indicação do nível de proteção a ele outorgado encontra respaldo também na ideia de considerar as despesas preventivas como efetivo dano<sup>202</sup>, e está bem exposta no art. 2:104. Assim, se a literalidade do texto dos princípios não confere expressamente o *status* de verdadeiro dano às despesas assumidas com o propósito de prevenir sua ocorrência, ela atribui-lhe idêntica função ao afirmar ser plenamente viável conceber uma indenização por tais despesas, imprimindo grande relevância à função preventiva da RC: *“Compensation is seen as the main goal of tort law and prevention is added as a secondary goal. The explicit reference to the prevention of harm makes clear that the authors of the Principles have been influenced by legal economists stressing the deterrent function of tort law”*<sup>203</sup>.

Nesse sentido, a proposta do EGTL endereça ao

[...]the problem whether and when expenses were made to prevent impending damage constitute recoverable damage. It is often doubtful if at all or to what extent such expenses are caused when damage is merely threatening. Nonetheless under certain conditions it appears

---

<sup>201</sup> KOCH, Bernhard. The “principles of European tort law”. **Era Forum Review**, Berlim, v. 1, Issue 1. p. 107-124, 2007. p. 112.

<sup>202</sup> As despesas realizadas com vista a prevenir uma ameaça de dano são consideradas dano ressarcível, desde que a realização dessas despesas se revele razoável. Disponível em: <<http://www.egtl.org/>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

<sup>203</sup> VAN DEN BERGH, Roger; VISSCHER, Louis. The principles of European tort law: the right path to harmonisation. In: **German working paper in law and economics**, [s.l.], paper 8. p. 522. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

reasonable that such expenses can be recovered also in order to strengthen the preventive function which tort Law can exercise”<sup>204</sup>

Também define despesas como os custos ou outros gastos, inclusive o trabalho, cujo propósito é prevenir danos. O ressarcimento de tal sorte de despesas, porém, se dá “[...] *only if they are intended to ‘prevent a threatened damage’. Damage is threatened if there is the real danger that damage could immediately occur if no preventive measures are taken. The risk of damage must thus be imminent and real from an objective point of view*”

A exposição do texto e de suas considerações engloba o questionamento acerca da possibilidade de estruturação e compreensão jurídicas da responsabilidade civil em momento anterior ao dano ou, ainda, de uma nova acepção do que é dano. Nesse sentido, é clara a intenção dos trabalhos no sentido de ressignificar o dano e o interesse juridicamente protegido. Nesse sentido, os Princípios do EGTL conduzem a um:

ampliamento della categoria degli interessi protetti e del concetto di danno risarcibile si riscontra anche nei Principles of European Tort Law predisposti dall’European Group on Tort Law. L’art. 2.-101 offre infatti una definizione di danno risarcibile in grado di ricomprendere ogni tipo di violazione di un interesse giuridicamente protetto, stabilendo che «Damages requires material or imaterial harm to a legally protected interest». Presupposto del danno risarcibile è quindi unicamente il pregiudizio subito da un interesse, materiale o ideale, tutelato dalla legge”<sup>205</sup>

Em outras palavras, é preciso avaliar se é juridicamente concebível a ideia de responsabilização na esfera civil sem que o dano tenha sido verificado. Sob outro prisma, é possível identificar um novo conceito de dano na medida em que não importa mais dizer que não há responsabilidade civil sem dano, repetida como um mantra por juristas desde as origens do instituto. Isso porque as despesas efetivadas com o intuito de mitigar ou evitar danos podem ser consideradas como tal. Isso apesar de não haver qualquer relação etiológica direta entre o comportamento do pretense lesante e os gastos efetivados pelo potencial lesado.

---

<sup>204</sup> KOCH, Bernhard. The “principles of European tort law”. **Era Forum Review**, Berlim, v. 1, Issue 1. p. 107-124, 2007. p. 37.

<sup>205</sup> BUSNELLI, Francesco D. e PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim : G. Giappichelli Editore, 2013. p. 102-103.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Logo, a despeito de contemplar a responsabilidade em momento anterior ao dano do bem efetivamente tutelado, e, portanto, desprezando-o como elemento central do direito da responsabilidade civil para determinados bens, a ideia da prevenção exposta pelo dispositivo não atende aos anseios da precaução, dada a exigência da relação direta e iminente do comportamento, omissivo ou comissivo, do potencial lesante com o potencial dano. Ou seja, é preciso ter bem definida uma relação de causalidade entre o comportamento imputado ao agente e o dano que se pretendeu evitar, o que não é possível na arena das incertezas. Ocorre que a precaução opera em um cenário no qual essas relações de causa e efeito não são suficientemente claras ou são totalmente obscuras. Desse modo, ao demandar a identificação de uma relação certa, direta e iminente, o princípio fulmina a possibilidade de aplicação das diretrizes precautórias no âmbito da RC. A questão da prevenção é de tal forma relevada que, inclusive, o art. 10:101 (“A indemnização tem também uma função preventiva”) prevê expressamente como função da responsabilidade civil.

Se na ótica da responsabilidade civil a prevenção é clara, ela também se faz presente, ao menos textualmente, na ideia de um regramento geral europeu, e especificamente no conceito de “*required standart of conduct*”, disposto a identificar a noção de falta enquanto intencional ou negligente violação de um padrão de comportamento esperado, (cf. art. 4:102). O mesmo texto define a forma pela qual esse comportamento será identificado, levando em consideração a disponibilidade e os custos de métodos precaucionais ou alternativos.

Em certa medida, essa ideia de consideração da existência de métodos precautórios choca com o próprio conceito de precaução. Isso porque, como defendido, o princípio afeto ao direito ambiental não impõe uma opção, mas sim um dever de adotar toda e qualquer medida necessária para evitar um dano baseado na incerteza.

A ideia de “disponibilidade” encerra um conceito de pleno conhecimento dos efeitos de determinada atividade, assim como dos métodos de mitigação ou extermínio das externalidades negativas a ela inerentes – o que toca justamente no cerne da ideia de precaução, em que a ideia de incerteza é fundamento basilar. Afinal, a “[...] *actual*

*ontogeny of real environmental problems is, of course, a much more complex affair, replete with feedbacks and other non-linearities”.*<sup>206</sup>

Por outro lado, a letra do dispositivo comporta a ideia de custos e de até que ponto custos elevados poderiam constituir causa de isenção de responsabilidade, atendendo sempre à concepção axiológica disposta no art. 2:102:

*The question is if, and to which extent, one can invoke as a defense the fact that appropriate precautions would have been too expensive and that He therefore was not obliged to adopt them. There is a tendency, under the influence of the “Economic Analysis (but already introduced by the Learned Hand Formula), to admit that costs of precautionary measures become “unreasonable from the moment in which they exceed the expenses which would be caused either by the direct compensation of damage or by patting insurance premiums for a corresponding coverage”*<sup>207</sup>

A ideia de compensação e análise econômica destoa do próprio texto principiológico quando considera a responsabilidade civil unicamente sob o aspecto monetário. A hermenêutica sistemática de todo o conjunto de princípios dispostos indica não só o entendimento de que existem bens e valores que, por seu conteúdo valorativo, demandam especial e mais extensa proteção, como o de uma lógica de ressarcimento pelas despesas de prevenção em homenagem à concepção implícita em todos os princípios de que alguns danos, tais como à vida e ao meio ambiente, são incomensuráveis.

Contrariar essa afirmação com uma lógica mercadológica e não econômica, mediante o argumento de que os danos são suportáveis se os custos da sua reparação ou a adoção de um seguro equivalente aos da precaução, são superiores à quantificação igualmente mercadológica do referido dano, não é adequado nem consonante com todo o texto normativo. Daí que não possamos concordar com a afirmação exposta no artigo 10:101, que destaca a função preventiva e “[...] *suggests that the preventive function of tort law, which is stressed in the Law and Economics literature, is taken seriously*”<sup>208</sup>. A considerar-se que o bem ambiental pode potencialmente assumir valor incalculável, esta

---

<sup>206</sup> NORBERG-BOHN, Vicki et al, Characterizing global environmental risks. In: **Global environmental risk**. Nova York: United Nations University Press, 2001. p. 60.

<sup>207</sup> Op. cit. p. 79.

<sup>208</sup> VAN DEN BERGH, Roger; VISSCHER, Louis. The principles of European tort law: the right path to harmonisation. In: **German working paper in law and economics**, [s.l.], paper 8. p. 3. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

concepção entra em conflito com os princípios do direito ambiental, nomeadamente porque, segundo afirma Guido Calabresi<sup>209</sup>, a RC tem duas funções: “[...] *the reduction of primary and secondary accident costs*”.

Neste contexto de estabelecimento de três troncos para o direito de responsabilidade civil, um representado pelo *tort law* anglo-saxónico, outro pelo sistema germânico, perfilhado pelo direito português, e por fim o sistema francês, o qual influencia o direito brasileiro e o italiano, percebe-se que este último recebe grande influência da disposição prevista no artigo 1382 do Código Civil Francês.

Assim, tanto a regra do artigo 1382 do Código Francês quanto aquela inscrita no artigo 2.043 do Código Civil Italiano revelam uma regra matriz norteadora: aquela de que o cidadão deve esmerar-se ao máximo por evitar a violação do direito alheio. Esse ilícito, por sua vez, contempla uma noção objetiva e outra subjetiva. O primeiro consiste na violação de um dever, nomeadamente o de respeitar a norma preexistente e que tutela o direito de outrem, e o prisma subjetivo indica a ligação dessa violação com o seu autor<sup>210</sup>. Nesse sentido:

Sotto il profilo dell'elemento oggettivo, possiamo aggiungere che la formula tradizionale, che individuava tale elemento nella lesione di un diritto previsto da una norma, si è nel tempo trasformata nella lesione di un *intérêt légitime juridiquement protégé*, allo scopo di allargare la tutela aquiliana ad ipotesi diverse dai diritti soggettivi<sup>211</sup>.

Não há dúvidas, contudo, de que o artigo 1382 do Código Civil Francês é um exemplo de cláusula geral e “*lo sviluppo del diritto applicato francese porta ad un parallelismo con i sistemi e le soluzioni adottate nell'ordinamento tedesco e italiano.*”<sup>212</sup>:

Passando ai par 823 e ss. Del BGB sappiamo che in via di principio in questo codice non si è responsabili se non in quanto si ledano con dolo o colpa,

---

<sup>209</sup> In: The costs of accidents. In: **A legal and economic analysis**, 5th printing, New Haven: Yale University Press, 1977, p 24.

<sup>210</sup> Sobre o tema ver: Mazeaud Et. Tunc. Traite theorique et pratique de la responsabilité civile ; Marty et Raynaud, Droit Civil, II les obligations ; Philippe Le tourneau, La responsabilité civile. Genevieve Viney, Les obligations,

<sup>211</sup> VISINTINI, Giovana. **Trattato breve della responsabilità civile**. Terza Edizione. Padova : Cedam, 2005. p. 423.

<sup>212</sup> VISINTINI, Giovana. **Trattato breve della responsabilità civile**. Terza Edizione. Padova : Cedam, 2005. p. 424.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

antigiuridicamente, determinati diritti che sono enumerati specificamente: la vita, l'integrità fisica, la salute, la libertà, la proprietà o un altro diritto della vittima<sup>213</sup>

De fato, a redação do código civil francês é muito mais abrangente e até certo ponto vaga quando comparada com a enumeração dos comportamentos antijurídicos contidas no ordenamento civil alemão. “*Dunque quello che caratterizza il sistema tedesco è la menzione dei beni giuridici la cui lesione fa sorgere la responsabilità ex par. 823. Questa caratteristica ha fatto dire, e si tratta di un'opinione corrente, che il sistema tedesco è imperniato sulla tipicità dei fatti illeciti.*”<sup>214</sup>

No BGB estão expressamente previstos outros direitos, de modo a permitir a afirmação de que esta tipicidade de uma tipicidade como regra não absoluta., Este cenário, portanto faculta ao juiz ampliar a responsabilidade aquilina a outros direitos que não aqueles tipicamente previstos, como se estipulasse um sistema binário de tipicidade e atipicidade, sendo os primeiros incisos referentes à tipicidade e o último à atipicidade. É fato, contudo, que o sistema da atipicidade do ilícito acaba por absorver a tipicidade, de modo que o resultado prático seria o mesmo, caso todos os incisos indicadores da tipicidade fossem suprimidos porque, com toda a evidência, as hipóteses ali previstas também são inseridas na locução “

---

<sup>213</sup> VISINTINI, Giovana. **Trattato breve della responsabilità civile**. Terza Edizione. Padova : Cedam, 2005. p. 424.

<sup>214</sup> VISINTINI, Giovana. **Trattato breve della responsabilità civile**. Terza Edizione. Padova : Cedam, 2005. p.424.

## 4. PROLEGÔMENOS ACERCA DA TELEOLOGIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

---

A única afirmação incontestável acerca da análise teleológica da responsabilidade civil é a de que inexistente unanimidade na definição de seu desiderato ou, ainda, que ela seja única ou plural. De igual sorte, pode-se afirmar também, já sem a certeza da assertiva anterior, que essa função ficaria entre a reparação, compreendida como a função clássica, a prevenção e a sanção por determinados comportamentos.<sup>215</sup>

Todavia, na perspectiva do presente trabalho e sob o corte epistemológico operado aqui, e já mencionado na introdução a este capítulo, pode-se assumir como fim último da RC o que Mafalda Miranda Barbosa já definiu como “[...] a reafirmação da personalidade de cada um”<sup>216</sup>. Assim, acrescenta a autora, a responsabilidade:

[...] não é um obstáculo à liberdade, mas a outra face da moeda que jamais deixará de acompanhar aquela, porque o homem não pode continuar a ser visto como indivíduo, mas terá de ser visto necessariamente como pessoa dotada de uma ineliminável dignidade ética, e, como tal, um ser de responsabilidade<sup>217</sup>.

Assim, cumpre-nos aqui apenas e tão somente a elaboração de um esboço acerca da tríade basilar de finalidades estabelecida pela doutrina para o direito da responsabilidade civil, de forma a focarmos-nos, em momento posterior, no debate acerca do que nos é caro neste trabalho: a viabilidade jurídica do estabelecimento de uma função preventiva autonomizada para a RC; ou seja, averiguar, embora ainda não neste ponto, se lhe pode caber a assunção de uma função precipuamente preventiva, em especial em razão da contaminação de seus elementos pelos primados dos princípios da precaução e da prevenção, com destaque para o concernente ao direito ambiental material.

Tendo por evidência que a função ressarcitória não clama por muitas digressões acadêmicas, porquanto representa a missão clássica, iniciamos nossa abordagem por

---

<sup>215</sup> Nesse sentido, BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. **Do nexos de causalidade ao nexos de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Vol I. Cascais: Principia, 2013.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 307.



aqueles que talvez, até mesmo em razão da inserção dos princípios da prevenção e da precaução no âmbito da responsabilidade civil, tenham sido os seus elementos mais controversos: a possibilidade de a ela se atribuir uma função punitiva e/ou preventiva. Também porque essas funções laterais atribuíveis à RC estabelecem entre si um diálogo íntimo.

Muito comum na lógica anglo-saxónica, a noção de punição inserta na teoria da responsabilidade civil teve sua consolidação por meio dos casos “Hucle v. Money” e “Wilkes v. Wood”, denotando uma espécie de ressarcimento a título sancionatório/punitivo. Essa modalidade, segundo Pasquale Fava<sup>218</sup>, constitui um “[...] *ausilio e complemento per le sanzioni penali in quanto in quell’epoca il sistema inglese puniva più severam ente i crimini contro la proprietà rispetto a quelli in danno alle persone.*”

Segundo a doutrina, a viabilização jurídica de uma vertente punitiva para a responsabilidade – conforme era observada nos países de *Common Law*, por meio da qual é permitida uma indenização maior do que o dano efetivamente suportado, em uma clara desvinculação entre a indenização e a razão de sua existência – conduz à conclusão de que nesses ordenamentos jurídicos a distinção entre responsabilidades civil e penal ainda não está consolidada. Isso decorre em muito da origem criminal dos *torts*, tema já referenciado a propósito da abordagem dos grandes sistemas de responsabilidade.

A possibilidade de uma função punitiva atribuída à RC, portanto, acabaria por refrear o primado da reparação como instrumento de justiça comutativa, ignorando os preceitos filosóficos que a informaram na tradição continental europeia, nomeadamente os de São Tomás de Aquino<sup>219</sup>, e a sedimentada autonomização entre responsabilidade civil e responsabilidade penal derivada da obra de Hugo Grotius.

Por outro lado, uma vez fundada em premissas axiológicas e ontológicas que impedem, *prima facie*, a emergência de uma função punitiva para a RC, no que muito difere dos países da tradição de *Common Law*, o direito continental europeu vem sendo submetido a um crescente debate acerca da viabilização do estabelecimento de uma função punitiva para a responsabilidade. Portanto, ela vem sendo apresentada como meio absolutamente idôneo de prevenção para comportamentos ilícitos.

---

<sup>218</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità Civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 219.

<sup>219</sup> Idem.

A ideia aqui tida como pilar de sustentação para uma função punitiva da responsabilidade diz respeito à existência de uma espécie de dano, o qual, dotado de características especiais, ensejaria a necessidade de punir quem o houvesse praticado. De interessante destaque é o fato de que essa “punição” também acabaria por referendar uma função preventiva geral e específica em termos subjetivos.

Ainda que meramente comutativa neste ponto da pesquisa, a própria noção de justiça inerente à responsabilidade civil representa uma repulsa ontológica, porém não absoluta, da ideia de desequilíbrio entre perda e indenização. Afinal, ao estabelecer uma medida que em muito suplanta o prejuízo causado pelo lesante e suportado pelo lesado, a RC acabaria por não restabelecer o justo, e por fomentar o injusto, não sendo suficiente para a justificar, por exemplo, o alto lucro obtido pelo lesante à custa de uma lesão pequena ao lesado<sup>220</sup>. Isso porque, diversamente do *Common Law*, o sistema de *civil law* conquistou uma plena emancipação entre o ilícito penal e o civil, muito em virtude da corrente do jusnaturalismo/jusracionalismo, como já alinhavado em páginas anteriores.

No sistema de *civil law*, seja ele alicerçado em cláusulas gerais, como nos sistemas italiano, francês e brasileiro, ou por meio de uma lógica tipificadora, de que são exemplos os direitos alemão e o português, a função atribuída à responsabilidade civil não contempla, como regra, a indenização punitiva (ou danos punitivos como é costumeiramente denominada a espécie). Na prática, ela se faz por meio da efetiva condenação do lesante a ressarcir o lesado, sendo bastante problemática a assunção, ou ainda o respaldo jurídico, de uma estrutura normativa que viabiliza ao lesado receber para além do dano efetivamente suportado.

Essa vinculação da indenização ao dano (elemento posteriormente trabalhado) também funciona como uma garantia para o lesante, de modo a assumir critérios seguros no momento do balizamento da indenização. Nesse sentido: “*In tale assetto, dunque, i danni civilistici, emancipandosi da ogni funzione sanzionatoria, restano strettamente finalizzati a riequilibrare le situazione patrimoniali (in senso ampio) dei soggetti*

---

<sup>220</sup> “*A nulla rilevarebbe la circostanza che dall’attività illecita il danneggiante abbia lucrato (talvolta in mala fede) un profitto di gran unga maggiore rispetto alle perdite cagionate. Questa questione non impatta con il sistema della responsabilità civile che tende alla compensazione delle vittime. Né si potrebbe far ricorso, come da taluno sostenuto, all’utilizzo complementare dell’azione sussidiaria di ingiustificato arricchimento in quanto la vittima viene già integralmente ristorata con l’azione risarcitoria.*” In: FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 217.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*coinvolti nell'illecito*<sup>221</sup>. Logo, a restrição da responsabilidade civil a uma função meramente ressarcitória é o resultado de um processo, bastante salutar, de autonomização entre o ilícito penal e o ilícito civil, que na lógica do direito continental europeu tardou quase dois milênios. Assim, a função precípua da RC no direito civil continental é a de restituir o lesado à condição que ostentava antes da lesão, isto é, se o comportamento ilícito não tivesse sido realizado. Isso, contudo, não é capaz de tornar o dano indene, ou seja, de o eliminar. Mas pode transportar os custos do comportamento lesivo originalmente lançados sobre os ombros do lesado, o qual, por justiça, deve suportá-los. Logo, qualquer noção que acabe por vilipendiar essa premissa basilar de concepção da responsabilidade como meio de restabelecimento de justiça acabaria por tornar-se insustentável juridicamente.

A ideia de que não cabe uma noção de punição como finalidade precípua da responsabilidade civil, a despeito de retumbantes vozes em contrário, cinge-se à assunção do princípio normativo da responsabilidade como fundamento da RC<sup>222</sup>. Nesse sentido, torna-se viável a afirmação de que, muito embora se possa reconhecer uma função punitiva na responsabilidade civil, como no caso dos danos extrapatrimoniais, essa função punitiva lateral não permite a identificação da viabilidade jurídica do estabelecimento de *punitive damages*.<sup>223</sup>

Está também assente na doutrina que a RC desenvolve uma função de regulação do mercado e orienta a atividade humana<sup>224</sup>. Assim, a condenação à indenização, ainda que estabeleça uma função eminentemente restaurativa, também produz um efeito reflexo de desestimular qualquer comportamento ilícito.

---

<sup>221</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità Civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 233.

<sup>222</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. **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 I. Cascais: Principia, 2013.

<sup>223</sup> *In verbis*: “[...] enquanto no caso dos danos patrimoniais o sentido do direito – assente na dialéctica liberdade *versus* responsabilidade – se cumpre mediante um puro mecanismo reintegrador; no tocante aos danos não patrimoniais, a reafirmação da personalidade só é pensável (ou seja, a responsabilização no seu sentido mais puro) se e quando o lesado se encontrar totalmente apaziguado. E isto só é viável com a entrada em cena de uma ideia de estrita punição, ainda que intrinsecamente associada à ideia de reparação” (BARBOSA, 2013, p. 320)..

<sup>224</sup> TRIMARCHI, Pietro. Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale. In: ALPA, Guido et al. (Ed.). **Analise economica del diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998. p. 196-211.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Se por um lado são fortes os argumentos no sentido de uma pretensa inviabilidade da configuração de uma indenização punitiva, em que pese ser mandatário reconhecer que em tema de danos extrapatrimoniais a função punitiva é preponderante, por outro é preciso notar que a doutrina avança na direção da ampliação do caráter polifuncional do instituto. Isso porquanto a responsabilidade civil

[...] tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que evolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes.<sup>225</sup>

Ainda no tocante à função punitiva atribuída à responsabilidade, e em um ponto que será o ponto nevrálgico do presente estudo, essa vertente teleológica pode justificar, segundo alguns doutrinadores italianos, a aplicação da RC, ainda que a figura do dano esteja ausente. Nesse sentido, preleciona Baratella, ao afirmar que a sua função punitiva:

*Consente di perseguire illeciti ed senza danno, spesso comunque, fonte di elevate utilità per l'agente responsabile, dall'altro, sofferisce alle insufficienze della pena pubblica – troppo spesso consistente nella sola minaccia, sovente inattuata, della privazione della libertà personale – mediante l'introduzione di rimedi affidati all'impulso del danneggiato, direttamente incidenti sul patrimonio del danneggiante: rimedi, dunque, talora più certi ed efficaci della pena pubblica.<sup>226</sup>*

Ao continuar sua exposição, dando especial destaque à responsabilidade civil sem dano e à sua inerente função punitiva, a autora defende que essa modalidade de RC ao

[...] collocarsi ad un livello intermedio tra quella sanzionatoria pubblica e quella risarcitoria privata, impone il superamento della tradizionale lettura unicamente risarcitoria del sistema di responsabilità extracontrattuale, siccome orientato a ristorare le

---

<sup>225</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 18-19.

<sup>226</sup> BARATELLA, Maria Grazia. **Le pene private**. Mião: Giuffrè Editore, 2006. p. 198.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*conseguenze dell'illecito, con preminente attenzione alla persona del danneggiato.*<sup>227</sup>

Feitas estas digressões iniciais, é conhecido que os fins colimados e efetivamente atingidos pela responsabilidade civil foram reiterados e paulatinamente alterados, conforme demonstra a análise histórica aqui esboçada. Essa abordagem nos leva a concluir que a RC deve refletir um instituto jurídico em transformação, que busca não se desadaptar do seio social que visa regular. Assim, as funções punitivas e preventivas desse campo devem ser cuidadosamente consideradas, ainda que se pretenda advogar a tese de sua premente impossibilidade jurídica, pelas razões já acima alinhavadas.

Uma das grandes alterações dessas finalidades – e vamos interromper aqui para destacar a função preventiva – deve-se a dois fatores. O primeiro, consubstanciado na análise econômica do direito, com forte influência no direito estadunidense; o segundo, na emergência do princípio da precaução no direito de responsabilidade civil.<sup>228</sup>

Esses dois elementos, segundo Pasquale Fava<sup>229</sup>, têm estimulado a reflexão sobre a função preventiva da RC, conduzindo ao debate, mais uma vez, da questão dos danos punitivos. Em sentido contrário, Mafalda Miranda Barbosa<sup>230</sup> define que, ao se considerar a análise econômica do direito, a responsabilidade civil afasta-se de sua juridicidade. Isso porque, para a escola do *law and economics*, esta passa a ser compreendida como mecanismo

[...] de internalização de externalidades sociais, mobilizando-se uma racionalidade finalística quando se tem de lidar com o instituto. Na verdade, a prevenção que se invoca não tem unicamente em vista a relação entretecida entre lesante e lesado, mas o complexo social globalmente considerado, na medida em que, subjacente àquela ideia,

---

<sup>227</sup> Idem.

<sup>228</sup> Em sentido contrário à função preventiva da responsabilidade civil, ver Barbosa (2013, p. 344): “Esvaziada da consideração da pessoalidade, a prevenção transforma um instituto jurídico num instrumento de uma tecnocracia que contraria a estrutura básica axiologicamente fundamentada, do sistema. Torna-se, por isso, imperiosa a negação incondicional da perspectiva encabeçada pela law and economics. Ligada à eficácia, a prevenção torna-se desvaliosa”.

<sup>229</sup> In: **La responsabilità Civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

<sup>230</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. **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 I. Cascais: Principia, 2013. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

bem como à de diminuição dos custos sociais, está, afinal, a finalidade primeira de maximização do bem-estar social.<sup>231</sup>

Com base nesse entendimento, a autora reafirma que a noção que tenta extrair uma função preventiva da RC como base da análise econômica do direito consiste, verdadeiramente, num simples “ [...] sistema tecnocrático de regras de distribuição de custos sociais”<sup>232</sup>. Mais adiante em sua obra, ela afirma também que essa forma de compreensão da fenomenologia da responsabilidade civil e a estruturação argumentativa a alicerçar a função preventiva acabariam por construir “[...] um sistema de direito em que o direito está ausente”.<sup>233</sup>

O fato de um fundamento alinhavado como base para a função preventiva da responsabilidade civil ser inservível a tal finalidade não pode ser reconduzida à noção de que ela é impensável juridicamente. Quando muito, significa que esse argumento é inservível, tanto que não impede a existência de outros fundamentos aptos a demonstrar o cabimento de uma função precipuamente preventiva à responsabilidade civil.

Assim, se por um lado somos compelidos a concordar com a força do argumento trazido por Mafalda Miranda Barbosa – segundo o qual uma análise puramente econômica do direito é imprestável para definir um fundamento jurídico à adoção de uma função punitiva/preventiva da RC, nomeadamente por lhe retirar toda a carga de juridicidade e a carga axiológica –, por outro, somos também obrigados a constatar não ser este o único argumento trazido pela doutrina contemporânea como fundamento para o estabelecimento de suas diversas funções. Sobretudo tendo em conta que julgamos possíveis algumas ressalvas à afirmação de não fazer sentido, em termos de direito privado, pensar em bem-estar global, sobretudo quando compreendido em sua versão contemporânea impregnada de solidariedade.

Repiso: a escola econômica não é o único fundamento para a função preventiva da responsabilidade civil. E a emergência dos princípios da precaução e da prevenção acarreta, mais uma vez, a necessidade do debate do tema, especialmente no que tange à

---

<sup>231</sup> Ibidem, p. 350.

<sup>232</sup> Ibidem, p. 351.

<sup>233</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. **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 I. Cascais: Principia, 2013. p. 355. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

noção de função. Essa noção (de função) foi bem exposta por Castanheira Neves, para quem ela significa a:

[...] exigência ou nas exigências performativas que um sistema implica quer para os seus elementos, em ordem à diferenciada subsistência, ao equilíbrio auto-organizado e ao desenvolvimento autónomo do sistema, quer para o próprio sistema enquanto tal e que igualmente lhe garanta a sua identidade perante os outros sistemas ou o meio exterior (o ambiente ou o seu “mundo”).<sup>234</sup>

Isso porque, historicamente, é indiscutível que a RC tem exercido dois grandes papéis<sup>235</sup>, o de ressarcimento e o de prevenção, ainda que este segundo apenas atuando *ex post* e não *ex ante*, por demandar, em tese, a preexistência do dano. É exatamente nesse sentido a afirmação de que existem

[...] *two main traditional functions of tort law: compensation and prevention. Neither is an end of itself. They jointly serve the societally given, and perhaps also constitutionally defined, goals of justice, efficiency, safety of product and processes, etc. These aims govern the policy decision of which damage to prevent and which damage to compensate. Compensation and prevention both stipulated that the costs fall on the accountable tortfeasor. The effectiveness of prevention depend upon the thoroughness of the enforcement and the amount of damages available* (BRUGGEMEIER, 2002, p. 3).<sup>236</sup>

Ademais, na análise das funções da responsabilidade civil, precípuas ou não, é preciso definir de que maneira influenciaram esta matéria alguns mecanismos de socialização dos custos por danos. Com efeito, é fato que a noção básica da RC de restabelecer o *status quo*, transferindo os custos e prejuízos da lesão do lesionado para o lesante, acabou por ser temperada por um sistema sempre mais amplo de seguros. Nesse cenário, os custos de eventuais danos acabam distribuídos entre todos os segurados,

---

<sup>234</sup> NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. 3 Vol. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 216.

<sup>235</sup> Para a doutrina de Andre Tunc, a responsabilidade civil ostenta cinco funções principais: punir o culpado, estabelecer uma espécie de vingança da vítima e também indenizá-la, restabelecer a ordem social e prevenir comportamentos antissociais. In: TUNC, Andre. **La responsabilité civile**. Paris: LGDG, 1950. p. 133.

<sup>236</sup> BRUGGEMEIER, Gert. **Common principles of tort law**. A pre-statement of law. Londres: The British Institute of international and Comparative Law, 2002. p. 3.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

trazendo implicações bastante sérias para a função preventiva da responsabilidade civil: *“With the merge of private liability insurance in the late nineteenth century, the fundamental tort-law principle that shifted the burden of loss from the person suffering the harm to the person responsible for it was joined by the new possibility of the tortfeasor’s spreading the damage among the insured”*.<sup>237</sup>

Logo, a estruturação de uma prática que tendeu à noção cada vez mais comum de lesantes enquanto organizações corporativas, e afiançada por uma vasta rede de seguros, permitiu a afirmação de que a responsabilidade civil escorregar-se-ia não mais em premissas morais, mas sim em critérios econômicos de distribuição dos ônus de cada atividade econômico-social<sup>238</sup>. Nesse sentido, para Ibbetson<sup>239</sup>, ainda que haja diferenças substanciais entre os sistemas modernos de responsabilidade civil, a alteração de uma justificação moral para uma social acabou por conduzir a uma estrutura de contornos medievais: *“The shift away from the personal moral justification of the tort of negligence to one more firmly rooted in public policy or societal norms moved the main stream of the law of tort back to something like its medieval formlessness”*.

É fato também que o sistema de seguros acabou por conduzir a uma expansão do sistema de responsabilidade objetiva, fazendo frente aos riscos cada vez maiores e mais constantes de uma sociedade industrial. Nesse lastro, a socialização surgiu como solução bastante razoável para a responsabilidade dos empregadores, mormente aqueles trabalhando em minas e na indústria crescente: *“In industrialized societies, no-fault liability for accidents, in combination with liability insurance, has become an alternative approach to loss distribution through fault liability for wrongdoing. The modern industrialized society “risk society” thus correlates with de insurance society (“l’état providence)”*.<sup>240</sup>

Por assim dizer, se criou um sistema de retroalimentação da responsabilidade civil. Em virtude da objetivação, contratam-se seguros. Dito de outro modo: por haver seguros, as indenizações tendem a ser mais “generosas” e mais significativas em

---

<sup>237</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>238</sup> *“As corporate and insured defendant became the norm, judges and scholars, especially in America, came to formulate the principles of liability in wholly economic, non-moral, terms”* (IBBETSON, 2009, p. 197).

<sup>239</sup> IBBETSON, D. J., **A historical introduction to the law of obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 199.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 5.



quantidade, enquanto a possibilidade quase certa de indenização acaba por conduzir a mais demandas de responsabilidade civil<sup>241</sup>. Afinal, pondera Monteiro,

[...] quando os responsáveis têm um seguro, os tribunais, conhecedores do facto e não sendo estranhos à situação dos interesses ou aos problemas humanos existentes para além das posições formais das partes, mostram tendências para condenar o responsável mesmo quando hesitariam fazê-lo se atrás dele não estivesse uma companhia seguradora particularmente solvável, ou a condená-lo numa quantia superior; o alargamento das responsabilidades provoca, por seu turno, nova extensão dos seguros, pois, para os potenciais responsáveis, a possibilidade de sofrerem uma condenação torna-se um risco grave contra o qual eles se previnem e as próprias companhias de seguro, antecipando-se às realizações da jurisprudência, aproveitam a ocasião para conseguir contratos por montantes mais elevados, o que irá facilitar a tarefa dos tribunais em impor responsabilidades mais pesadas, preenchendo os espaços vazios deixados pelo seguro, e assim, sucessivamente.<sup>242</sup>

Essa alteração tem duas fases. A primeira consiste em despir a responsabilidade civil do seu carácter individual, “[...] reportando a sua incidência sobre a coletividade [...]”, enquanto a segunda aponta para “[...] a desapareição pura e simples do instituto e a sua substituição pelos processos da garantia colectiva, isto é, por mecanismos destinados a assegurar a tomada directa a seu cargo dos riscos sociais pela colectividade”<sup>243</sup>. Cuida-se, portanto, da observação de um fenómeno de ressocialização da responsabilidade.

Aqui, ainda que sob lógica distinta e modalidade absolutamente diversa, o custo dos danos passa novamente a ser aplicado sobre a coletividade. A responsabilidade civil sai do contexto individual, com especial destaque para o património individual, disseminando-se o contrato de seguro por todos os seus albergados, quais sejam aqueles que pagam o prêmio e, indiretamente, toda a coletividade. Para tanto, o custo do prêmio também é incluído nas despesas e distribuído por todos como mais uma componente do preço de produtos e serviços. É importante ressaltar que essa evolução:

[...] não teria sido também possível sem uma profunda alteração dos pressupostos ideológicos onde o dogma da culpa ia mergulhar as suas

---

<sup>241</sup> ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Luanda: Ler e Escrever, 1999.

<sup>242</sup> MONTEIRO, Jorge F. Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 21.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 27.

raízes, a saber, da superação dos rígidos postulados individuais do liberalismo (receava-se que a imposição de novos ónus, sob a forma de novas e mais rigorosas responsabilidades, impedisse a livre iniciativa individual e, com isso, o desenvolvimento económico e o progresso social), dominantes durante o século XIX, e a sua substituição pelo “ethos” do Estado de direito social.<sup>244</sup>

Os efeitos do seguro no tocante à ciência da responsabilidade civil, para além de uma noção de sua plena substituição por um sistema de seguros<sup>245</sup>, também podem ser entendidos como uma conformação do que se convencionou denominar “*a morte dos contratos*”. Isso porque, em teoria, ela é suficientemente apta para desconstruir a já mencionada dualidade básica e didática das fontes das obrigações (contratuais e delituais).

É fato que em contraposição às teorias da morte do contrato<sup>246</sup>, segundo as quais estaria ele a ser superado pela disciplina dos *torts*, pode-se também afirmar a existência de uma doutrina da reação, muito embora seja possível afirmar que o contrato de responsabilidade civil “[...] *has sharpened the differences between the two regimes*”<sup>247</sup>. Logo, não se pode definir a morte do contrato ou da responsabilidade civil delitual, mas sim propor uma reformulação do sistema, conjugando-se o modelo clássico da responsabilidade individual com o novo sistema da coletivização das perdas.

Assim, o cenário social da multiplicação de riscos conduziu à experiência do direito continental europeu, destacadamente aos direitos italiano e francês, para uma reanálise da realidade do direito de responsabilidade civil sob o prisma constitucional, mediante a ampliação do conceito de dano, bem como à incidência cada vez mais alargada da responsabilidade por risco com o único propósito de ampliar a proteção ao lesado.

Nos Estados Unidos, as funções do instituto também foram reprogramadas, mas por meio de lentes de observação diversas, sobretudo por uma visão econômica das funções da responsabilidade civil. Porém, não com o objetivo de aumentar a tutela da

---

<sup>244</sup> ALARCÃO, Rui. **Direito das obrigações**. Luanda: Ler e Escrever, 1999. p. 153.

<sup>245</sup> Aqui o autor referencia a adoção, na Nova Zelândia, a partir de 1974, da plena substituição de um sistema de responsabilidade civil por um sistema de seguros, no ramo dos acidentes, denominado “Seguro Nacional de Acidentes”. *Ibidem*, p. 157.

<sup>246</sup> Nesse sentido ver: GILMORE, Grant. *The Death of contract*. Columbia: Ohio State University Press, 1995.

<sup>247</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligation**. Roman foundations of the civilian traditions. Cidade do Cabo: Juta & Co.,Ltd., 1992. p. 13.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

vítima, e sim com o desiderato oposto de “[...] *rendere più efficiente, efficace, e competitivo il sistema economico-industriale*”.<sup>248</sup>

A teoria da análise econômica do direito da responsabilidade civil veicula, em síntese bastante limitadora, uma lógica segundo a qual os custos das consequências de um comportamento ilícito devem ser suportados por aquele que, com menor custo, o pudesse evitar. Tal pressuposto fulmina os preceitos da razão e da justiça, que sempre imperaram na responsabilidade civil.

A escola denominada “*Law and Economics*”, com o pretense objetivo de maximizar o proveito econômico por meio da redução de custos ocasionados pela mandatória reparação de danos em virtude da responsabilidade civil, deu uma nova interpretação à noção de culpa (objetiva), dissociando-a do aspecto individual, mas primando, paradoxalmente, por instrumentos coletivos e matemáticos.<sup>249</sup>

Como mencionado no tópico sobre a emergência de um sistema de responsabilidade objetivo, muito em virtude da massificação dos danos decorrentes do cenário industrial, o número crescente de demandas, agora todas fundadas nessa noção (*strict liability*), foi submetido a uma reestruturação retrocedente fundada na análise econômica do direito da responsabilidade civil. Assim, tal corrente doutrinária, em vez do argumento da preocupação com os crescentes custos operacionais de um sistema objetivo de responsabilidade – o qual em geral implica um maior número de danos juridicamente ressarcíveis –, passou a defender a estruturação de uma complexa fórmula matemática, de inegável aspecto econômico, com vista a identificar o descumprimento do padrão de cuidado<sup>250</sup>, por meio de dados sobre os custos de prevenção e de gestão dos danos.

Assim, para essa escola, o dano derivado de um comportamento ilícito, qualificado por seus seguidores como um custo externo, apenas será ressarcido na hipótese de violação do conceito de justiça como eficiência. Nessa perspectiva, cabe ao lesado comprovar, em sua demanda, que o lesante poderia ter adotado medidas de

---

<sup>248</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità Civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 198.

<sup>249</sup> “*Trattasi di una nuova concezione della colpa, sostanzialmente finalizzata, pro industry, a contenere gli effetti dell’evoluzione in senso protettivo per la vittima promossa dalla giurisprudenza statunitense nella prima metà del XX secolo.*” In: FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 200.

<sup>250</sup> “*La regola de condotta (Stand of care) non si riferirebbe più al rapporto danneggiante-danneggiato ma verrebbe a diluirsi nel livello di attività socialmente desiderabile.*” (Ibidem, p. 207).

prevenção mais econômicas, quando comparadas ao custo externo representado pelo evento danoso, considerando-se a probabilidade de sua verificação<sup>251</sup>. Todo esse cálculo é estabelecido segundo a célebre “fórmula de Hand”, exposta por meio da noção de  $B < L \times P$ , segundo a qual as medidas de precaução “B” (*burden of precautions*) são menores do que o custo dos prejuízos “L” (*loss*), multiplicando pela possibilidade de sua verificação no caso concreto “P”.

Axiologicamente neutra e estabelecida sobre critérios unicamente matemáticos e econômicos, essa noção deriva do caso “United States vs Carrol Towing Company”, no qual o juiz Hand aferiu a existência ou não da responsabilidade de um dono de uma embarcação que, ao ser mantida atracada sem qualquer responsável, concluiu que não se pode falar em responsabilidade se os custos de prevenção são maiores do que os do prejuízo multiplicado pela possibilidade de sua ocorrência. É imperioso ressaltar que, no caso concreto, o juiz verificou a responsabilidade da empresa incumbida de zelar pelo barco.

Ademais, ainda no que toca ao corte epistemológico desta etapa da presente pesquisa, para a doutrina do *Law and Economics* afetada ao direito da responsabilidade civil, o instituto não possui uma função primordial ressarcitória. Sua essencial finalidade é garantir uma distribuição “eficiente”<sup>252</sup> dos recursos em jogo no momento da contraposição de custos internos e externos. Nesse sentido, afirma Pasquale Fava: “*In tal modo la responsabilità, la cui funzione principale consistirebbe nella riduzione dei costi dei sinistri e di quelli necessari per evitarli, verrebbe a gravare sul soggetto che avrebbe potuto impedire l’evento dannoso con il costo minore, incentivando l’azione di misure precauzionali non antieconomiche*”.<sup>253</sup>

Logo, a pretensão da análise econômica do direito, ao tentar moldar a teoria jurídica da responsabilidade civil, consubstancia-se no estabelecimento de uma fórmula de aferição centrada em critérios objetivo-econômicos, em um padrão de comportamento,

---

<sup>251</sup> Ibidem, p. 206.

<sup>252</sup> “Erige-se a eficácia (eficiência) em critério aferidor da necessidade de imputação de responsabilidade civil, numa óptica de prevenção de futuros comportamentos, e passa a olhar-se para o instituto como um sistema de incentivos para adotar um comportamento eficiente.” In: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. **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 I. Caiscais: Principia, 2013. p. 346.

<sup>253</sup> FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 206-207.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

de modo a definir com argumentação puramente matemática quais as medidas tendentes a evitar o dano e quem é o responsável por suportar seus custos, na hipótese de sua incidência. Portanto, a escola econômica do direito, na sua vertente da responsabilidade civil, acabou por conduzir novamente a uma noção não subjetiva da culpa, estabelecendo critérios meramente matemáticos da sua aplicação. Tal movimento acabou por descartar toda a noção axiológica que permeia a ciência jurídica da RC, a qual passou a ser observada sob um prisma limitado e contraproducente diante da sua historicamente constante carga valorativa de repressão de comportamentos contrários ao direito e ao restabelecimento da justiça.

Segundo a análise econômica do direito, noções de justiça e reparação deveriam dar lugar a aspectos mercadológicos. Porém, a fundamentação de que se valem os grandes doutrinadores da vertente (Calabresi e Posner) é manifestamente insuficiente para tal desiderato. Porque se baseia em uma simplista medida de administração financeira, bem como de equalização, quase sempre injusta, entre bônus e ônus de uma qualquer atividade, essa vertente analítica retira exatamente do direito seus modais deônticos mais relevantes: a justiça e a retidão.

A responsabilidade civil não se presta meramente a redistribuir custos ou, por meio de fórmulas matemáticas, a defender quem devem eles sustentar. Ela é elemento de conformação e veiculação de uma noção de justiça e de reiteradas readequações do ser ao dever ser. Nessa perspectiva, representa, portanto, uma forma de resposta sempre pronta a operar na hipótese de configuração empírica do deslize sociojurídico (contraposição entre o ser e o dever ser) materializado no ilícito.

Ademais, com foco na noção de que é a lei a definidora dos critérios e dos padrões de comportamento, a adoção de padrões e critérios outros, marcadamente ou – por que não dizer? – exclusivamente econômicos para a compreensão do sistema de responsabilidade civil e definição de responsabilidades, revela um insuperável déficit democrático. Isso porque esse deslocamento reestrutura a fundamentação da emergência da responsabilidade de forma axiologicamente indiferente e passa a definir quais comportamentos devem ser responsabilizados por determinados resultados por instrumento diferente da lei, aparelho maior e mais legítimo da configuração de um dever ser. Ou seja, é problemática a definição de quem detém a legitimidade para o estabelecimento dos comportamentos que devem ser responsabilizados, derivando essa legitimidade necessariamente democrática que, por meio de seus representantes, elabora

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

as leis que regulam a vida em sociedade. Assim, sendo certo não ter havido qualquer opção legislativa, e portanto presumivelmente democrática, na adoção de critérios puramente econômicos para a definição dos pressupostos de emergência do dever de indenizar, essa vertente não deve prevalecer.

Por outro prisma, elementos como a maximização da riqueza e o suposto uso racional dos recursos econômicos, muito embora não possam ser plenamente desconsiderados no campo de uma ciência que se presta a analisar a responsabilidade civil, não devem ser considerados como preponderantes na conformação dos pressupostos para a emergência do dever de indenizar. Devem, antes, ser observados os critérios justos de redistribuição justa dos custos dos danos e dos riscos envolvidos em determinada atividade, impondo uma internalização dos custos marginais de uma atividade.

## 5. CONSIDERAÇÕES

---

Nesta primeira parte da investigação, visou-se apresentar e analisar os principais modelos contemporâneos de responsabilidade civil, e procedeu-se a uma análise, ainda que breve, das suas finalidades básicas. Almejou-se demonstrar que os diferentes caminhos percorridos pelos diversos e variados sistemas levam o direito, ou ao menos pretendem conduzi-lo, a um destino comum: o do restabelecimento do equilíbrio jurídico abalado pela adoção, via de regra, de um comportamento violador de um dever jurídico precedente e capaz de gerar a diminuição indenizável da esfera jurídica de quem quer que seja.

Estão aqui identificados, em quase perfeita sintonia, os pressupostos de emergência do dever de indenizar os quais, pese embora diferenciem-se à medida em que os sistemas inspiram-se e retroalimentam-se uns aos outros sem contudo abrirem mão da preservação de suas peculiaridades e especificidades, em sua essência ontológica gravitam na definição de um dano, de um comportamento contrário ao direito (ilicitude), do elemento subjetivo/anímico deste comportamento e do liame etiológico (imputação) entre todos os demais elementos.

Esta compreensão sistemática uníssona presente nos sistemas ocidentais da reponsabilidade civil revelar-se-á portanto fundamental, em especial para considerar os elementos fáticos e jurídicos que serão doravante inseridos na investigação, em especial o tema central consubstanciado na identificação de um direito compreendido como base de sustentação da pretensão indemnizatória decorrente de uma lesão ambiental.

Doravante, ganhará o devido destaque a definição da esfera de abrangência dos direitos fundamentais, em especial o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado, a perquirição da abrangência dos direitos da personalidade (em igual medida à conformação de um direito geral da personalidade) como forma de identificação e consagração de uma dimensão privada do ambiente, e todos os meandros do arcabouço jurídico-normativo do direito ambiental e do direito de responsabilidade civil ambiental, em especial as influências do princípio da precaução no seio da responsabilidade civil de modo a permitir a ponderação da necessidade de investigação de uma adequada e individualizada solução de cada sistema para o problema da responsabilidade civil ambiental.

A identificação, portanto, de uma componente ambiental na esfera jurídica privada enquanto compreensão do ambiente como conformadora da personalidade surge como ponto de apoio porquanto, como afirma José de Oliveira Ascensão, a pessoa humana é a base substancial unívoca e forte das sociedades ocidentais<sup>254</sup> de modo a averiguar se em em que medida a responsabilidade civil, enquanto instrumento de tutela do direito fundamental a um ambiente hígido poderia representar mais um flanco de preservação dos direitos de personalidade, acaso identificado esta, a personalidade humana, com o ambiente que, numa primeira análise apenas seria a ela circundante.

Ademais, esta abordagem introdutória de cunho expositivo e teleológico permite-nos começar o caminho pela compreensão aprofundada do fenómeno da responsabilidade civil ambiental, iniciando com a identificação da natureza jurídica do bem ambiental como precipuamente difusa, embora com necessárias implicações na esfera marcadamente individual, de modo a compelir sua observação e estudo como elemento multifacetário e também enquanto conformador da personalidade humana a ensejar sua observação multifacetada como integrante da personalidade.

É preciso destacar, à partir daqui, que “No centro do direito de personalidade deve estar a defesa da pessoa humana como tal”<sup>255</sup>, principalmente a se considerar a não plena identidade entre os direitos fundamentais, como o ambiental, e os direitos de personalidade, a quem, sem qualquer sombra de dúvidas, dedica-se a responsabilidade civil.

Nesta quadra, o ambiente revela-se subsidiariamente como bem igualmente individual, o que tornaria necessário pensá-lo também no âmbito das relações privadas, o que tornaria cogente a averiguação de uma eventual revelação da ilicitude em termos estritos, como demandado pelo ordenamento jurídico português sob o prisma privado quando está em questão a inobservância de algum dever jurídico de índole ambiental.

Cuida-se, portanto, de expressão de um engrandecimento do rol de direitos relacionados expressamente como integrantes da personalidade, não perdendo o necessário ponto de apoio à referida categoria na pessoa humana.

---

<sup>254</sup> ASCENÇÃO. José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. **Revista Mestrado em Direito Osasco**, Ano 6, n.1, 2006, p. 145-168. p. 146.

<sup>255</sup> NÇÃO. José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. **Revista Mestrado em Direito Osasco**, Ano 6, n.1, 2006, p. 145-168. p. 149.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



Esta análise plúrima do problema da responsabilidade civil deve, conforme delimitámos na segunda e seguinte parte deste trabalho, ponderar os aspectos morais e, igualmente, o cenário social que o direito busca regular, e de que maneira as regras dos direitos fundamentais devem interagir no âmbito das relações privadas, desenvolvendo-se a perquirição da forma de aplicação das normas protetivas do ambiente no seio privado, com especial destaque para os imperativos da otimização.

A ideia doravante delineada restringe-se na identificação de uma assepsia na individualidade que contaminou os primados informadores da personalidade. Como afirma Ascensão, “*é visível o deslizar dos direitos de personalidade num sentido individualista, em que a solidariedade está de todo ausente. O indivíduo vira-se contra a sociedade.*”<sup>256</sup> Ao revés, a tônica da consagração do direito da personalidade humana como lastro jurídico normativo de uma responsabilidade civil individual e, portanto, ontologicamente privada consubstancia-se exatamente no oposto à, aqui ainda conjectural configuração de uma personalidade humana contempladora do espaço onde a personalidade, base de toda a estrutura normativa ocidental, revela-se.

O indivíduo não pode usar sua personalidade para voltar-se contra a sociedade, mas sim valer-se de uma acepção alargada dos direitos de personalidade como meio e instrumento de preservação do ambiente para não só a sua plena como igualmente de outros completa configuração das respectivas personalidades.

A ideia de que o direito tem como sujeito as pessoas, encontra seu fundamento nas pessoas e tem como fim as pessoas<sup>257</sup> não significa, portanto, que dessa compreensão esteja alijada a compreensão do ambiente como integrante da personalidade que funda todo o direito, daí porque a necessidade de aferição do ambiente e seus diálogos com a personalidade e o direito de personalidade e a natureza gregária desta própria personalidade. Nos dizeres de Ascensão: “*encontra-se aqui outra síntese dialéctica a*

---

<sup>256</sup> ASCENÇÃO. José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. **Revista Mestrado em Direito Osasco**, Ano 6, n.1, 2006, p. 145-168. p. 157.

<sup>257</sup> “O homem não só funda o Direito, como este se destina todo a servir o homem. É para a realização do homem que a ordem jurídica existe. A globalidade da sua organização, mesmo nos aspectos mais técnicos, tem o sentido de servir o homem que a integra.” ASCENÇÃO. José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. **Revista Mestrado em Direito Osasco**, Ano 6, n.1, 2006, p. 145-168. p. 160.

*traçar, entre o homem que é responsável inteiro do seu próprio destino, mas que ao mesmo tempo só se realiza pela sua integração social.”*<sup>258</sup>.

Ao referir que o outro revela-se como elemento constitutivo do eu em sua vertente ética, é preciso conceber que “*o direito deve tender como seu fim não é a realização de cada indivíduo isoladamente, no agnosticismo e indiferença pela finalidades prosseguidas; é a realização de cada homem em sociedade, numa comunidade solidária que permita a realização pessoal dos seus membros.*”<sup>259</sup>

---

<sup>258</sup> ASCENÇÃO. José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. **Revista Mestrado em Direito Osasco**, Ano 6, n.1, 2006, p. 145-168. p. 161.

<sup>259</sup> ASCENÇÃO. José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. **Revista Mestrado em Direito Osasco**, Ano 6, n.1, 2006, p. 145-168. p. 161.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

## PARTE II

## 6. CONJUNTURA SOCIAL, JURÍDICA E AMBIENTAL NA CONTEMPORANEIDADE

---

No contexto de uma já não tão nova realidade sociojurídica, em que a gestão dos riscos assume plena relevância, com a conseqüente formação de um cenário propício ao questionamento do modelo de responsabilidade frente ao novo panorama da pós-modernidade, não é razoável atribuir a um único e isolado fenômeno a emergência dos problemas de índole ambiental e de suas inerentes peculiaridades para o tema da responsabilidade civil. Tampouco se pode atribuir aos elementos sociojurídicos marcantes dessa problemática o caráter de preponderância ou relevância, porquanto a outorga, mesmo que potencial, de um novo papel ou de novos papéis à RC dimana, necessariamente, de toda uma conjuntura a ela propícia. Isso, se considerarmos as periódicas alterações levadas a efeito durante a evolução da sistemática da responsabilidade civil no decurso da história.

O suporte fático, já bem definido por Pontes de Miranda, enquanto conceito da mais alta relevância para a investigação científica<sup>260</sup>, deve necessariamente influenciar a pesquisa jurídica aqui proposta. Neste particular, sobretudo, não só ele representa a aferição do estado jurídico atual da RC no tocante ao direito fundamental ao meio ambiente, como apresenta as mais relevantes implicações desta interação, e dado que se trata de um fenômeno em essência dialógico (responsabilidade civil e direito ao ambiente) propicia uma comunicação entre categorias historicamente estanques do direito, mormente devido a um suposto divórcio em seus dois troncos básicos: o direito público, referenciado pelo direito ambiental, e o direito privado, aqui representado pela responsabilidade civil.

Devemos portanto iniciar a abordagem deste tema com a análise das interações entre as disciplinas, destacando em especial o transbordar dos direitos fundamentais para a seara privada.

---

<sup>260</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, I. 4. ed. São Paulo: RT, 1983.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

## 6.1 A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: O Meio Ambiente enquanto objeto de tutela privada

Diferenciados dos direitos humanos pelo tópico da garantia institucional e jurídica a eles outorgada, bem como pela limitação temporal e espacial a eles adjacentes<sup>261</sup> e compreendidos como “[...] direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material [...]”<sup>262</sup>, os direitos fundamentais têm na contemporaneidade um de seus aspectos mais controversos: o da sua eficácia nas relações entre particulares.

A discussão deve-se, em muito, à afirmação e conformação histórica dessa categoria de direitos, a qual, por razões óbvias, também se confunde com a própria evolução da sociedade no combate a um Estado absolutista. A noção que, portanto, sempre os permeou dizia respeito a proteções frente ao Estado, dada a verticalidade das relações deste com os particulares. Essa necessidade de posições jurídicas fundantes da própria essência da personalidade diante de possíveis desrespeitos por parte de alguém em situação de nítida vantagem posicional – daí a expressão verticalidade –, acabou por se revelar também presente nas relações entre particulares.

Dantes chamadas de horizontais, essas relações podem agora ser compreendidas sob um plano diagonal, do qual resulta a tão clássica discussão que abrange, para além da negação de efeitos privados dos direitos fundamentais, também as teorias assim denominadas *mittelbare/unmittelbare Drittwirkung*. Isto com especial destaque para os direitos, liberdade e garantias, os quais viabilizam juridicamente a promoção e a entrega a cada indivíduo de liberdades individuais e autonomia pessoal, por exemplo, consagrados na Constituição Portuguesa em sua Primeira Parte, título II, e sua pretensa distinção distinção material frente aos direitos sociais, os quais, como afirma parte da doutrina são

---

<sup>261</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra : Almedina, 1998. p. 359. In verbis: “Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. Em igual sentido, ver COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 63. In verbis: “[...] são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos Tratados Internacionais”.

<sup>262</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 7. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

destituídos do regime de protecção privilegiada (Art. 18 e 19 da Constituição Portuguesa).<sup>263</sup>

Desta feita, a despeito de erigida há várias décadas, essa noção, violadora do preceito básico de que os direitos fundamentais tinham limitação nas relações entre o Estado e o Cidadão, é majoritariamente aceita. Pode-se portanto afirmar, com relativa segurança, a existência entre particulares de uma eficácia dos direitos fundamentais<sup>264</sup>, como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado nos termos do texto constitucional brasileiro; sadio e ecologicamente equilibrado, como diz a Constituição portuguesa<sup>265</sup>; ou, ainda, o direito a um meio ambiente saudável, protegido e equilibrado, que permita não só às presentes como também às futuras gerações e outros seres vivos seu desenvolvimento normal e permanente, como apregoa a Constituição boliviana<sup>266</sup>; ou, por fim, um ambiente sã que garanta a sustentabilidade e o buen vivir (*sumak kawsay*, expressão quechua) que guarda a semântica da plenitude da vida, como preleciona a Constituição equatoriana<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra : Coimbra Editora, 2014. p. 59 e MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa in **Revista Española de Derecho Constitucional**. Nº. 18 (Septiembre-Diciembre 1986), pp. 107-138. p. 117 e 121. In verbis: “*Os direitos, liberdades e garantias englobam direitos de diferente conteúdo e até de diversas estruturas —liberdades, direitos políticos, direitos irredutíveis a liberdades ou a direitos políticos, garantías. ... Por isso, os preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis (art. 18º, nº 1) (26), ao passo que a efectivação dos direitos sociais depende da realização das incumbências do Estado e da sociedade (arts. 59º, nº 3; 60º, nº 2; 63º, nº 2; 64º, nº 3; 65º, nº 2; 66º, nº 2, etc.) da transformação das estruturas económicas e sociais, designadamente da socialização dos principais meios de produção [art. 9º, alínea d)] (27 e 28).”*

<sup>264</sup> “Atualmente a idéia de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem”. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da SILVA. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 528.

<sup>265</sup> In verbis: “Artigo 66.º (Ambiente e qualidade de vida) 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”. In: PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 2 de abril de 1979. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2018.

<sup>266</sup> “Artículo 33. - *Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.*” In: BOLÍVIA. Constitución (2009). **Constitución Política del Estado**. Ciudad de El Alto de La Paz, 7 de febrero de 2009. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)>. Acesso em: 9 maio 2018.

<sup>267</sup> In verbis: “Art. 14.- *Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay*”. In: Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Assim, a pesquisa passará necessariamente pela negação ou ainda pela releitura da premissa cujo conteúdo tem escorado os textos constitucionais, no quadro de uma concepção liberal, como veiculadora de direitos oponíveis unicamente em face do Estado<sup>268</sup>.

Nessa linha, e apesar da afirmação de que as relações entre os direitos fundamentais que permeiam as Constituições e o direito privado sempre observaram “[...] um relacionamento dialético e dinâmico de influência recíproca”<sup>269</sup>, a hermenêutica histórica, no momento da formação e construção normativa e axiológica dos direitos fundamentais, permite afirmar, sem qualquer sombra de dúvidas, que de fato tal categoria de direitos fora inicialmente endereçada ao Estado, compreendido em seu viés absoluto. Ao analisar o tema, Christian Curtis afirma, nesse contexto e de forma categórica: “*Uno de los rasgos característicos de la noción de derechos humanos es la generación de obligaciones para los Estados. A partir de esa base, una postura doctrinaria generalizada afirma que los derechos humanos sólo obligan al Estado*”<sup>270</sup>. Ou seja, é a estruturação jurídica sob o prisma histórico que fundamenta a dissidência doutrinária acerca de uma potencial eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como até aqui vem sendo tratada. E, em caso de resposta afirmativa, a forma pela qual os direitos fundamentais espriariam efeitos sobre relações tipicamente privadas.

Desta feita, e tendo como premissa básica a forma de interpretação dos textos constitucionais cujas literalidades conformam os direitos fundamentais de determinado Estado, não se controverte que os valores professados pela Constituição brasileira, assim como na maioria das Constituições pautadas pelo modelo definido como o novo

---

EQUADOR. Constitución (2008). **Constitución de la Republica del Ecuador**. Montecristi, 28 de septiembre de 2008. Disponível em: <[https://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em: 9 maio 2018.

<sup>268</sup> Nesse sentido ver: UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?” In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 263-293.

<sup>269</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 19.

<sup>270</sup> COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 345-363.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

constitucionalismo latino-americano<sup>271</sup>, são dotados de força normativa; ou seja, com aptidão para gerarem efeitos concretos e demandar atitudes positivas ou abstenções por parte do Estado, unindo-se do que se convencionou nominar de força expansiva dos direitos fundamentais<sup>272</sup>. Nessa perspectiva, adotam uma nova estruturação do modelo de Estado multicultural com o prestígio de conhecimentos, formas de pensar, agir e compreender o mundo não apenas unilaterais, mas também aptos para garantir um enfoque cujo ponto máximo talvez seja a invocação da condição de sujeito de direitos para o planeta, como definiu a Constituição equatoriana, em tópico a ser melhor avaliado em outro campo deste trabalho.

Por seu turno, e na senda do que afirma José Carlos Vieira de Andrade no tocante aos direitos, liberdade e garantias, no quadro normativo constitucional português – nomeadamente ao “[...] referir a força jurídica dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, afirma que eles vinculam entidades públicas e privadas”<sup>273</sup> – há fortes argumentos no sentido de viabilizar a afirmação da existência de certa eficácia dos direitos e garantias usualmente endereçados ao Estado também nas relações entre particulares.

A ideia aqui inicialmente adotada é a de que a limitação da eficácia dos direitos fundamentais às fronteiras da relação vertical (Estado-cidadão) implica uma censurável barreira desta categoria fluida de direitos/posições. Principalmente porque a noção de sua virtual inaptidão para regular relações privadas, orientadas pela autonomia da vontade ou pela sua ressignificada autonomia privada, deriva de uma conjectural igualdade entre partes não verificada na prática, com especial destaque para as relações do domínio ambiental na seara privada.

Conforme afirma Juan María Bilbao Ubillos: *“Si esto es así, no se entiende por qué hay que mantener a toda costa la fidelidad a una determinada concepción inmutable de estos derechos que tuvo sentido en un determinado momento, pero que resulta hoy desfasada, anacrónica”*<sup>274</sup>. Ou seja, não se descuida o aspecto temporal pelo qual se

---

<sup>271</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: *ibidem*, p. 263-293.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>273</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: *ibidem*, p. 241.

<sup>274</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 264. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



constituíam, edificavam e interpretavam os direitos fundamentais; todavia, permite-se afirmar que a alteração inequívoca da conjuntura social deve informar um novo modelo de abordagem para o mesmo fenômeno. Assim, pode-se asseverar, com amplo respaldo doutrinário, a existência e a viabilidade da interrelação dos direitos fundamentais no campo privado como resultado do fenômeno dialógico verificado entre o direito privado e o direito constitucional. Tal se dá devido à inserção nos textos constitucionais de uma noção tipicamente civilística e à interpretação de institutos também marcadamente privados por vetores hermenêuticos impregnados de carga axiológica constitucional.

Nesses termos, além de se definir a viabilidade jurídica ou, ainda, a coerência lógica desse movimento circular e retroalimentador civil-constitucional – cujo ápice, como já referenciado, seria a atribuição à natureza da condição de sujeito de direitos<sup>275</sup> –, é imprescindível a adoção da conclusão de que novos modos de ver e de pensar a relação entre o homem e o ambiente têm impregnado as Constituições da América Latina, algo que, ressalte-se, constitui território sempre profícuo no âmbito do constitucionalismo desde a promulgação da emblemática carta magna mexicana em 1917<sup>276</sup>, a qual se configurou como marco inicial da incorporação de uma série de direitos sociais no texto político.

Porque oportuna, cabe a afirmação de não estar em debate a coerência argumentativa e as bases filosóficas que permitiriam, ou não, a noção de uma relação diferenciada do tradicional antropocentrismo que sempre pautou o trato entre o homem e o meio ambiente. Ao contrário, busca-se identificar que esse é um cenário de regulação constitucional indiscutivelmente existente, ainda que sujeito a inúmeras e severas críticas.

Ademais, pode-se definir, na senda do que delimitou Konrad Hesse, uma relação de contemporaneidade dialógica entre o direito constitucional e o direito civil<sup>277</sup>, invocada na condição de instrumento da preservação da dignidade da pessoa humana. No

---

<sup>275</sup> Nesse sentido, ver EQUADOR. Constitución (2008). **Constitución de la Republica del Ecuador**. Montecristi, 28 de septiembre de 2008. Disponível em: <[https://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>: “Art. 71.- *La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*”.

<sup>276</sup> Nessa perspectiva: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. (rev. e atual). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 190. *In verbis*: “A importância deste precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o ‘longo século XIX’”.

<sup>277</sup> HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

âmbito jurídico-normativo, esse conceito realiza-se sempre que estiver assegurada “[...] à pessoa uma esfera na qual ela pode atuar como ser independente e moralmente auto-responsável, na qual ela nem é submetida à pretensão de poder de uma outra pessoa nem é transformada em meio de uma finalidade comunitária”<sup>278</sup>.

Para além disso, pode-se seguramente afirmar que os preceitos de superioridade e heterogeneidade que informaram a construção histórico-normativa da defesa dos indivíduos perante ingerências e arbitrariedades estatais também se verificam na esfera das relações privadas. Por isso se tornou necessário o estabelecimento de limites previamente estabelecidos àquele ente dotado de superioridade, limitação que se deve igualmente fazer presente nas relações entre particulares em que se verifique semelhante distorção<sup>279</sup>, porquanto “[...] *el fenómeno del poder como expresión de una situación de desigualdade es indisociable de las relaciones humanas, es inherente a toda organización social*”<sup>280</sup>. Com isso chega-se, inclusive, a questionar a precisão terminológica da noção de horizontalidade, dado que os direitos fundamentais aplicar-se-iam à esfera privada exatamente nos casos em que tal vínculo jurídico se dissociasse da igualdade que marca uma relação tida como horizontal<sup>281</sup>. Destarte, não se permite ao direito ignorar, sob os claudicantes auspícios da autonomia privada erodida frente à conjuntura da pós-modernidade, os fenômenos de poder privado, em muito similares às estruturas do poder estatal, em cujo terreno floresceram as liberdades e garantias fundamentais<sup>282</sup>.

Na linha da definição do papel do constitucionalismo para se aferir a preponderância do direito ambiental no campo da responsabilidade civil enquanto

---

<sup>278</sup> NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: DÜRIG, Günther et al. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Tradução de Waldir Alves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 52.

<sup>279</sup> Sobre o tema ver: UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 264. *In verbis*: “*El derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, de poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer la propia voluntad*”.

<sup>280</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 265.

<sup>281</sup> *Ibidem*.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 266.

instrumento de preservação da dignidade da pessoa humana e, portanto, intimamente atrelada ao conteúdo e à axiologia marcante do catálogo dos direitos fundamentais – aí, por razões óbvias, incluído o meio ambiente –, é importante definir que a Constituição brasileira de 1988, assim como a portuguesa, muito embora não veiculem preceitos tão extremistas quanto as Constituições boliviana e equatoriana, atribuem não só ao Estado como a toda a coletividade o dever da conservação ambiental<sup>283</sup>. Mais do que isso, o texto constitucional de Portugal possui uma regra sobre aplicação direta dos direitos fundamentais<sup>284</sup>, o que traz sérias implicações à forma de avaliação da esfera de responsabilidade a ser aferida no âmbito do direito ambiental, sobretudo enquanto adota a premissa doutrinária de que a “[...] *Constitución ha dejado de ser, simplemente, el estatuto del poder público para convertir-se en ‘orden jurídico fundamental de la comunidad’, de acuerdo con la conocida fórmula de Hesse*”<sup>285</sup>.

A ideia constitucional clássica, até mesmo derivada da origem histórica da afirmação positiva desses direitos<sup>286</sup>, manteve-se sempre plasmada por uma concepção da respectiva aplicação restrita à relação verticalizada Estado-cidadão. O âmbito privado ficou costumeiramente posicionado com passividade perante a vertente do supracitado dispositivo, cujo conteúdo normativo atribui à coletividade o direito subjetivo ao meio ambiente hígido.

Contudo, isso não significa que a noção de personalidade ainda ocupe uma posição central no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Hans Carl Nipperdey afirma que a noção do constitucionalismo alemão não permite sequer a identificação do indivíduo como uma entidade soberanamente isolada. Ao revés, a noção propugnada é a de o

---

<sup>283</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>284</sup> “Art. 18. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. In: PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 2 de abril de 1979. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2018.

<sup>285</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 266.

<sup>286</sup> Nesse sentido, confrontar: DE DOMINGO, Tomás. El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentaes: una aproximación desde la filosofía del derecho. **Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, Ano VII, n. 11, jan./dez. 2002.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

indivíduo “[...] estar relacionado à comunidade e estar vinculado à comunidade da pessoa sem, nisso, tanger seu valor próprio”<sup>287</sup>. Daí que já José Joaquim Gomes Canotilho<sup>288</sup> tenha afirmado que um dos mais caros direitos contemporâneos diz respeito à estruturação da influência dos direitos fundamentais no trato privado, nomeadamente porque, “[...] por razões jusfundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências que, sem essas razões, não existiriam”<sup>289</sup>.

## 6.2 Das Teorias da Eficácia Horizontal – Da Negação à Eficácia Direita (Imediata)

A noção de modelo constitucional cujas normas, em regra, são dotadas de eficácia normativa e efeito expansivo revela-se significativa, porquanto, para além de definir se de fato é possível defender uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais – na relação entre particulares –, é imprescindível aferir, em caso de afirmação positiva, de que forma esse modelo deve ser professado.

Mais do que isso, a tabela axiológica positivada em determinado texto constitucional estaria a influir na relação entre particulares, nomeadamente por meio da responsabilidade civil, em virtude, por exemplo, de um qualquer e eventual caso de vilipêndio do direito fundamental ao meio ambiente em sua vertente privada, mediante uma ressignificação da esfera de abrangência da obrigação constitucional de proteção ambiental. Isso porque, como regra e nos termos já mencionados, os direitos fundamentais e, especificamente, os relativos à higidez do ambiente em que se

---

<sup>287</sup> NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: DÜRIG, Günther; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Tradução Waldir Alvez. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 54.

<sup>288</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 295. *In verbis*: “[...] poderemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres na dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada dos contratos”.

<sup>289</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 521.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

desenvolve a personalidade ou, em tese, se desenvolveria em sua plenitude, foram edificados sob pilares que condicionavam a sua atuação ao âmbito vertical de atuação Estado-cidadão. Essa ideia é consentânea com o momento histórico da conformação dos direitos humanos no corpo dos textos constitucionais e nas noções de sociedade e Estado vigentes na altura<sup>290</sup>.

Nesse sentido, e evocando a regra geral dos direitos fundamentais ditos clássicos e veiculadores de direitos públicos subjetivos, Nipperdey afirma:

Esses direitos fundamentais, extraordinariamente importantes para o estado de direito, querem vincular o poder público, ao eles garantirem ao particular uma esfera livre do estado (*status negativus sive libertatis*) ou darem a ela uma pretensão a determinadas prestações do estado (*status positivus socialis*) ou concederem direitos à participação ativa na configuração da vida estatal (*status activus sive civitatis*). Nessa sua propriedade como direitos fundamentais no sentido de direitos públicos subjetivos eles são determinados para o tráfego do direito privado.<sup>291</sup>

Contudo, o mesmo autor identifica uma paralela função, a qual denomina de “[...] efeitos absolutos de certos direitos fundamentais [...]”<sup>292</sup>, que expressam “[...] o efeito normativo imediato de determinações de direitos fundamentais particulares em sua qualidade de direito constitucional objetivo”<sup>293</sup>. É a Nipperdey, presidente do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, que se atribui a emergência, em 1954, de uma noção de eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> Sobre o tema ver: ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 242. *In verbis*: “Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado”.

<sup>291</sup> NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: DÜRIG, Günther; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Tradução Waldir Alvez. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 58.

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>293</sup> *Idem*.

<sup>294</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Nessa linha de intelecção é possível afirmar a existência de duas grandes correntes teóricas sobre a existência e a modalidade de abrangência dos direitos fundamentais na esfera privada, entre eles o meio ambiente. A primeira delas aduz uma ausência plena e irrestrita dessa eficácia, fundamentando-se em uma noção bastante alargada de autonomia privada enquanto elemento fundamente do direito civil, tese muito bem exposta por Schwabe<sup>295</sup>.

Além disso, há a vertente doutrinária tendente a admitir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, nomeadamente por meio de três teorias. As duas principais são as de Nipperdey e sua eficácia imediata, e a terceira de Dürig, por meio da eficácia mediata. Nipperdey afirma, nesse contexto, que o “[...] reconhecimento fundamental do efeito absoluto dos direitos fundamentais não indica que cada direito fundamental tem de valer para o tráfego do direito privado”<sup>296</sup>. Contudo, no que nos importa neste momento, é importante destacar para a noção aqui esboçada: “Dignidade e direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa são os componentes integradores de um direito de personalidade geral que, com isso, é garantido pelo ordenamento jurídico como direito público subjetivo e privado”<sup>297</sup>.

Ocorre, contudo, referenciar dois pontos basilares e bastante comuns no direito público, tratados por Gomes Canotilho<sup>298</sup> como âmbitos de protecção ou normativo de garantia efetiva, este último uma condicionante da autonomia privada. Ou seja, o conteúdo imune a qualquer intervenção restritiva.

---

<sup>295</sup> Robert Alexy também expõe uma teorização sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas de modo a integrar as três teorias básicas: a da eficácia mediata, a da eficácia imediata e a da imputação. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>296</sup> NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: DÜRIG, Günther; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Tradução Waldir Alvez. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 64.

<sup>297</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>298</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmatica de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 299: “É hoje comum na literatura juspublicista a distinção entre âmbito de protecção (*Schutzbereich*) e âmbito de garantia efectiva (*Garantiebereich*). Não há, com efeito, identidade entre o chamado âmbito ou domínio de bens protegidos por um direito fundamento (‘âmbito de protecção’, ‘âmbito normativo’ e o chamado ‘âmbito efectivamente garantido’. O âmbito de protecção significa que um bem é protegido, mas nesse âmbito podem intervir medidas desvantajosas de entes públicos ou de entes privados, que, mesmo sendo lícitos, carecem de justificação e de limites. O âmbito de garantia efectiva é o domínio dentro do qual qualquer ingerência, pública ou privada, é ilícita”. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

O desiderato desta fase da investigação consiste, de forma evidente, em avaliar no contexto específico da responsabilidade civil pelos danos ambientais privados a mais adequada forma de compreensão do tema, notando desde logo a profusão de teorias. Também importa avaliar a componente da personalidade objeto de tutela da garantia efetiva na temática ambiental privada.

### 6.2.1. Da negação à Eficácia Horizontal

Embora cada vez menos vozes apregoem a ineficácia absoluta dos direitos fundamentais no trato privado, é relevante nesta pesquisa a referência à teorização em que assenta, porquanto veicularia, caso acolhida, uma noção de grande influência na seara da responsabilidade civil ambiental. Seu alicerce, segundo o preceito doutrinário, residiria na ausência de uma menção expressa, na lei fundamental alemã, da vinculação entre particulares dos direitos consagrados em seu texto, e encontra argumento na potencial supressão do direito privado pelos preceitos de direito público, bem comona perigosa concessão de elevada margem decisória ao Poder Judiciário no campo da definição dos limites da autonomia privada.

A aferição da juridicidade da teoria ganha destaque aqui em razão da potencial supressão da aplicação, entre particulares, de um importante direito integrante da pluralidade de elementos da personalidade (o ambiente), com clara indicação de fundamentalidade, o qual (direito a um ambiente hígido) pautaria a emergência, sobrelevada ou não, do dever de indenizar frente à violação de um dever jurídico constitucionalmente precedente de garantia do ambiente necessário à conservação da sadia qualidade de vida.

Neste contexto, para a teoria defensora da ineficácia dos direitos fundamentais no trato privado, estes seriam “*tão somente direitos de defesa dos indivíduos em face do Estado. Direitos fundamentais vinculariam tão somente o Estado em obrigação para com os cidadãos, sendo impensável uma relação de horizontalidade.*”<sup>299</sup>

---

<sup>299</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e** Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Por outro lado, grande parte da doutrina defensora da inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas demonstra, na realidade, não uma oposição conceitual ou científica, mas uma aceção prática da desnecessidade de sua veiculação, porquanto se viabiliza uma análoga interferência nas relações privadas por meio de institutos tipicamente privados<sup>300</sup>. O argumento, contudo, tem marcas de indiscutível debilidade, pois se funda na defesa de um sistema fechado de direito civil capaz de resolver e apresentar soluções razoáveis e justas a toda a sorte de demanda sociojurídica, rechaçando a incorporação de preceitos jurídicos que em nada o prejudicariam.

Assim, é consensual que o legislador jamais terá aptidão para estabelecer um sistema de direito positivo apto a apresentar soluções a toda a espécie de litígio e conflito de interesses. Pretender, portanto, negar a eficácia dos direitos fundamentais no trato privado, sob a argumentação de uma pseudo e falaciosa autossuficiência do direito privado, para além de assentar na falsa premissa da plena capacidade de um modelo já abandonado de direito estanque. Esta, como bem referiu Vieira de Andrade, se revela sem lógica prática, ao passo que as interconexões dialógicas entre o direito constitucional, em que marcadamente repousam os direitos fundamentais, e o direito civil, tendem a oferecer um sistema mais completo e mais eficiente para a solução dos problemas sociais, nomeadamente tendo em conta o fenômeno da segunda modernidade e da modernidade reflexiva, referido neste capítulo.

Por outro lado, e agora com maior robustez argumentativa, veicula-se a noção de que a eficácia no âmbito particular dos direitos fundamentais implicaria indesejável mitigação do preceito basilar da regulação civilística expressado na ideia de autonomia privada. Tal se traduz em uma ressignificação do instituto capaz de destruir as bases da liberdade sobre as quais historicamente se escorou a sua doutrina<sup>301</sup>. Não se descure que a autonomia privada constitui a pedra angular de toda a estruturação de direito privado;

---

**direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 263-293.

<sup>300</sup> Nesse sentido ver: UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 263-293. *In verbis*: “Para este sector, la fórmula de la Drittwirkung es inútil, porque podrían alcanzarse los mismos resultados mediante los tradicionales instrumentos del Derecho Civil”.

<sup>301</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 263-293.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



contudo, não se descarta que a autonomia privada constitui a pedra angular de toda a estruturação de direito privado; contudo, não se pode afirmar que sua correta aceção jurídico-normativa permite uma avaliação dissociada dos princípios constitucionais, em clara veiculação de normativismo ultrapassado. Neste contexto:

Por um lado, a concreta e material realização do direito faz com que as normas legais se vejam duplamente transcendidas, relativamente às possibilidades normativas que objectivam, pela simultânea e constitutiva referência aos princípios fundamentantes do direito enquanto tal (do normativamente integral sistema do direito) e ao *concretum* problemático dessa realização, e que, por outro lado, o direito que legalmente se realiza é ele próprio um *continuum* constituendo em função de uma dialéctica normativa que articula os princípios normativo-jurídicos com o mérito jurídico do problema concreto através da mediação das normas legais<sup>302</sup>.

O conteúdo normativo da autonomia privada, aqui repelida como fundamento de uma negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deve necessariamente pautar-se por maior amplitude da escala valorativa. Tal noção, fundante do liberalismo e por vezes materializadora de uma supremacia temerária da vontade individual campo da consagração do patamar mínimo civilizatório, deve ser observada de maneira diametralmente oposta, mediante o fenómeno das inter-relações com os direitos fundamentais. Até porque a própria autonomia privada traduz , também um direito fundamental<sup>303</sup>, e porque atua como instrumento de protecção mútua da personalidade. Nesse sentido:

A autonomia privada, e, em particular a liberdade contratual, para além de ser um princípio fundamental do direito civil, é também um objeto de protecção constitucional – pelo menos, de uma garantia fundamental, senão mesmo como um dos aspectos protegidos no quadro da liberdade geral de acção que é uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade<sup>304</sup>.

---

<sup>302</sup> NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 62.

<sup>303</sup> Sobre o tema ver: MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 311-344; NEVES, António Castanheira, Lições de Introdução ao Estudo do Direito, polic., Coimbra, 1968-1969. p. 152.

<sup>304</sup> MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 325.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

A noção histórica de uma autonomia da vontade, atualizada para uma concepção constitucionalmente adequada de autonomia privada, não só se mostra inapta para justificar a negação dos efeitos dos direitos fundamentais no trato privado como serve para ratificar - a partir de uma concepção dialógica, e compreendida também como um direito fundamental - um fundamento de sua contaminação por outros elementos da categoria da qual faz parte<sup>305</sup>.

Por outro lado, como bem identificou Chemerinsky<sup>306</sup> e já aqui afirmado, a negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais também é representada pelo entendimento referendado pela Suprema Corte estadunidense, cuja teoria fundante é denominada *State action*, a qual circunscreve, em regra, os direitos constitucionais à sua formulação verticalizada inicial<sup>307,308</sup>. Em apertada síntese, a teoria desconsidera (com as devidas exceções) qualquer violação dos direitos fundamentais quando não estiver presente uma conduta estatal. Esta, contudo, não se assemelha à noção mais consentânea com a atual noção estruturante dos direitos ditos fundamentais, como é o direito a um meio ambiente hígido e equilibrado.

Mais uma vez perpassa e permeia toda essa construção jurisprudencial limitadora da abrangência dos direitos fundamentais à sua verticalidade na relação Estado-cidadão a concepção alicerçada na ideia de que a limitação da eficácia horizontal desses direitos deriva de uma conjectural incompatibilidade desta forma de os observar a

---

<sup>305</sup> Ver SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum próprio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 54. *In verbis*: “O Estado passa a intervir em defesa dos mais vulneráveis, limitando e redimensionando a atuação privada. Mas a consagração da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social como princípios fundamentais das Constituições contemporâneas passa a sujeitar o exercício de qualquer situação jurídica subjetiva – e, sobretudo, das situações subjetivas patrimoniais – ao respeito dos múltiplos aspectos da personalidade de todos aqueles sobre os quais este exercício possa se refletir”.

<sup>306</sup> Nesse sentido ver: CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2006. p. 507-539.

<sup>307</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana**. Madrid: MacGraw-Hill, 1997. p. 184. No original: “Chemerinsky critica la postura dominante desde siempre en la doctrina norteamericana por haber ‘congelado’ los derechos constitucionales en su formulación inicial (frente al Estado exclusivamente)”.

<sup>308</sup> A doutrina identifica duas exceções à aplicação vertical da *State action*: a *public function exception* e a *entanglement exception*.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

partir do princípio da autonomia privada, tradicionalmente considerado o autêntico baluarte da liberdade individual<sup>309</sup>.

A fundamentação da autonomia privada como alicerce da elisão da aplicação dos mandamentos constitucionais ao âmbito das relações privadas almeja justificar um suposto impedimento para que o seu texto limite a liberdade, ainda que traduzida como apenas uma faceta da responsabilidade. Segundo a teoria, comprometer-se-ia a liberdade, tão cara ao sistema político estruturante do modelo estadunidense, se no âmbito privado as pessoas tivessem de orientar seu comportamento com base em preceitos da Constituição.

Todavia, é preciso sublinhar que, segundo a doutrina da *State action*, a noção de negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais comporta exceções cada vez mais elásticas. Conforme observa Juan María Bilbao Ubillos:

*Desde mediados del siglo XX, y siguiendo distintas vías, la Corte Suprema ha ampliado con carácter excepcional el radio de acción de las garantías constitucionales, que en principio solo establecen límites a la actuación del Estado (State action), de modo que las conductas de los particulares quedan fuera del alcance de estas garantías*<sup>310</sup>.

A crítica à teoria da *State action* revela-se na observação de que se revelou insuficiente a proteção aos direitos constitucionais baseada tanto na obrigação de ação quanto no dever de abstenção frente ao Estado, notadamente nas hipóteses de violação da esfera constitucional de certas garantias e liberdades individuais no âmbito privado. Assim, acrescenta o autor: “*Ha perdido vigencia, pues, la premisa sobre la que se construyó la doctrina*”<sup>311</sup>.

Ademais, no âmbito de observação que considera o binômio liberdade-responsabilidade é oportuno esclarecer que a limitação da esfera de atuação dos direitos constitucionalmente assegurados à esfera de relações verticais (Estado-cidadão), apesar

---

<sup>309</sup> DE DOMINGO, Tomás. El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentaes: una aproximación desde la filosofía del derecho. **Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, Año VII, n. 11, p. 252, jan./dez., 2002.

<sup>310</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao, op. cit., p. 277.

<sup>311</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado**: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana. Madrid: MacGraw-Hil, 1997.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

de parecer contemplar o sentido inverso, não contribui para incrementar padrões de liberdade nem para manter incólume a autonomia privada e, assim, contribuir para, de forma reflexa, limitar, nestes termos, a responsabilidade. Isso porque se pode afirmar que o real objetivo da consecução (vertical e horizontal) dos direitos de assento constitucional é ultimar as liberdades individuais e, por conseguinte, para alargar a responsabilidade que lhe é inerente revela-se prescindível a indagação da existência ou não de uma ação estatal para o caso concreto da perquirição acerca da violação ou não de um direito com assento constitucional<sup>312</sup>. Afirmar o contrário constituiria uma negação da própria história da evolução civilizacional ocidental<sup>313</sup>.

Daí que a doutrina estadunidense da *State action* permita a afirmação, ainda que excepcional, dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, quando, dentro de critérios estabelecidos no caso concreto, a atividade privada possa ser considerada analogicamente função própria do Estado ou o poder público esteja intrinsecamente envolvido na atividade. Essas duas hipóteses excepcionais, as quais justificam a regra da inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas por conta do malferimento do princípio da autonomia privada, permitem, desse modo, “[...] *una prolongación de esa especial tutela de las libertades constitucionales, de tal suerte que determinadas controversias surgidas entre particulares, excluidas, en principio de este ámbito, quedan comprendidas finalmente en el mismo*”<sup>314</sup>.

Após uma perfunctória análise da negação, como regra, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais segundo a doutrina da *State action*, passa-se agora à apresentação de um dos maiores expoentes da negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na doutrina alemã, Jürgen Schwabe. Ele baseia a sua teorização no argumento de que a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito horizontal é efeito natural do cunho estatal atribuído ao direito privado.

---

<sup>312</sup> Ibidem, p. 188.

<sup>313</sup> CHEMERINSKY Erwin. Rethinking State Action. *Northwestern University Law Review*, [s.l.], v. 80, n. 3, p. 507, 1985. No original: “*Western civilization has been by a steady expansion of the protection of rights. The Magna Carta protect liberties from interference by the Crown. The American Constitution was novel in that it safeguarded rights from infringements by all three branches of the national government, not just the executive. The fourteenth amendment, adopted after the Civil War, expanded the Constitution by preventing the State Governments from depriving liberty and denying equality. In this Article, I contend that the next major expansion in the protection of rights must be to limit infringements of rights made by private entities*”.

<sup>314</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 278. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

A principal crítica de Schwabe reside, portanto, na identificação da ausência de uma relação tipicamente privada, própria segundo ele de sociedades destituídas de um direito constituído. Afinal, sublinha, é “[...] a ordem jurídica e não o poder de um cidadão que sustenta que mesmo alguém mais forte se submeta à intervenção, à força privada de particulares”<sup>315</sup>. Em outras palavras, para o autor, “[...] é sempre o poder jurídico do Estado que fundamenta as competências por meio das quais a ordem jurídica confere a uma pessoa privada uma competência de influência em relação a outro particular”<sup>316</sup>. A ideia subjacente à teoria de Schwabe é a de que é o Estado que confere aos particulares a faculdade de definir as consequências jurídicas de seus comportamentos, estando presente ele, Estado, em todo e qualquer negócio jurídico.

Cuida-se aqui do que Paulo Mota Pinto<sup>317</sup> convencionou denominar de teoria da convergência estatista, assente na premissa de que o Estado é sempre o responsável pelas lesões a direitos fundamentais originárias das relações entre particulares. Assim, sob o ângulo de análise da teorização de Jürgen Schwabe, todas as pretensões, mesmo que dentro do direito civil, traduzir-se-iam em expressão do poder estatal ou de sua ineficácia.

Nesses termos, pode-se afirmar que, para o autor alemão, a autonomia privada representa tão somente o produto de um grau de permissividade estatal, entendendo-se “[...] as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado, já que a este incumbe o dever precípua de proteger os direitos fundamentais em geral”<sup>318</sup>. Este postulado, portanto, conduz à afirmação de que o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é, na realidade, apenas um problema aparente. Como argumentos favoráveis à concepção de que a lei fundamental não consagra a eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros são invocadas as lições expressas e literais dos artigos 1.3<sup>319</sup> da Lei Fundamental da Alemanha.

---

<sup>315</sup> SCHWABE, Jürgen. **O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado**. Tradução Roberto José LUDWIG. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011. p. 93.

<sup>316</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>317</sup> PINTO, Paulo Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1958.

<sup>318</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privados: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 133.

<sup>319</sup> “*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht*”. Em tradução oficial: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. In: ALEMANHA. **Lei Fundamental da República** Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

## 6.2.2 Da Eficácia Mediata e suas Teorias Informadoras

Em sentido contrário ao entendimento professado de que a eficácia dos direitos fundamentais se revela apenas no âmbito verticalizado, com a edição da Lei Fundamental de Bonn, de 1949 (marco do novo constitucionalismo europeu), passou-se a admitir que a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais funcionam como o pilar axiológico sobre o qual repousa todo o ordenamento jurídico<sup>320</sup>. A ideia esposada é a de que, a

[...] concepção simples e esquemática dos direitos fundamentais não podia, contudo, resistir imune às mudanças operadas na realidade política e social, das quais resultou a nova ordem que se convencionou chamar de “sociedade técnica de massas e em que não pode já pressupor-se a garantia da liberdade individual e social como valor primeiro e único da comunidade política<sup>321</sup>.

A adoção da posição central no ordenamento jurídico atribuída aos direitos fundamentais contempla seu engajamento como elemento objetivo constituído não só de premissas de proteção do indivíduo frente ao Estado, mas também como um sistema de valores edificado e que deve regular todos os âmbitos jurídicos<sup>322</sup>. Esse fenômeno foi denominado pela doutrina alemã de efeito irradiação ou *Ausstrahlungswirkung* dos direitos fundamentais<sup>323</sup>.

---

**Federal da Alemanha** (1949). Tradução Assis Mendonça. Berlim: deutscher Bundestag, 2011. p. 18. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

<sup>320</sup> Em tradução Oficial: “O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”. Idem.

<sup>321</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 242.

<sup>322</sup> DE DOMINGO, Tomás. El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentaes: una aproximación desde la filosofía del derecho. **Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, Ano VII, n. 11, p. 253, jan./dez. 2002.

<sup>323</sup> Nesse sentido ver, também, Ingo Wolfgang Sarlet. In: **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. (rev., atual. e ampl.). Porto Alegre : Livraria do Avogado Editora, 2015. p. 127-128: “Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Um desses elementos refere-se, invariavelmente, à eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung der Grundrechte*), decorrente diretamente da noção de avanço e complexidade da tessitura social, de modo que, ao revés do cenário de conformação dos direitos fundamentais, o Estado deixou de ser considerado monopolizador de toda e qualquer ingerência nos direitos fundamentais, devendo também assumir a atitude proativa de fazer respeitar e induzir respeito por essa categoria de direitos. Não por outro motivo, Vieira de Andrade, após brilhante identificação do cenário da contemporaneidade indica que, nesse contexto, “[...] já é possível pôr-se o problema da validade dos direitos fundamentais nas relações entre os direitos privados”<sup>324</sup>.

Todavia, a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado poder-se-ia submeter a duas teorias básicas: a da eficácia imediata de Hans Carl Nipperdey e a da eficácia mediata de Gunther Dürig, esta última objeto de análise neste tópico específico.

Segundo Schwabe, Nipperdey sustenta que “[...] dos direitos fundamentais podem ser deduzidos direitos privados subjetivos”<sup>325</sup>, enquanto Dürig define como âmbito de aplicação dos direitos fundamentais “[...] conceitos e cláusulas gerais que sejam capazes e carentes de preenchimento valorativo [...]”<sup>326</sup>, sendo que tal preenchimento poderia dar-se por meio da diferenciação entre valor ou explicitação de um valor, acentuação e aguçamento de um valor, e preenchimento ou lacuna de um valor.

Tal como mencionado, sob o viés histórico, os direitos fundamentais plasmaram-se na condição de garantias contra o Estado, sobretudo em uma primeira fase, como preceitos com fins vinculados à preservação da liberdade individual e, em etapa posterior, compreendidos como direitos subjetivos para determinadas prestações pelo Estado. A terceira fase indica uma clara aspiração dos direitos fundamentais em romper com o

---

diretrizes para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição”.

<sup>324</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.p. 243.

<sup>325</sup> SCHWABE, Jurgen. **O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado**. Tradução Roberto José Ludwig. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011. p. 92.

<sup>326</sup> Idem.

âmbito de atuação verticalizado, realizando sua aplicação no campo das relações horizontais.

Nesse contexto, é consensual na doutrina a atribuição ao caso Lüth, de 1950, da emergência jurisprudencial do que se convencionou chamar de eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*), fundada na teoria de Günther Dürig. O caso envolve a crítica formulada por Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, ao então novo filme de Veit Harlan, outrora responsável pela película *Jud Süß* (*Süß, o judeu*), emblemática propaganda antissemita produzida sob os auspícios do regime nacional-socialista da Alemanha nazi, na década de 1940. Especificamente, Lüth conclamava um boicote à obra de Harlan e, portanto, demandando ao abrigo do disposto nos artigos 826 e 1004, ambos do BGB. A ação foi originariamente reputada procedente, ordenando a Lüth que cessasse qualquer medida tendente ao boicote, sob pena de multa ou prisão. Sem embargo, a corte constitucional reputou o julgamento da corte civil inconstitucional com o argumento de ser ele inconciliável com a liberdade de expressão<sup>327</sup> prevista no artigo 5(1) da Lei Fundamental Alemã.

A ideia exposta pelo julgamento e, por conseguinte, a credencial de certidão de nascimento formal da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (ainda que mediata), revelaram-se no entendimento de que a Lei Fundamental não é uma estrutura axiologicamente neutra<sup>328</sup>, mas sim definidora de um sistema objetivo de valores capaz de reforçar a validade e aplicação dos direitos, que tem aplicação, inclusive, no direito privado. Nesse sentido:

---

<sup>327</sup> O julgamento, inclusive, menciona a liberdade de expressão como manifestação direta da personalidade humana e um dos mais importantes direitos humanos: “*Dies ist indessen nicht der Sinn der Verweisung auf die ‘allgemeinen Gesetze’. Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l’homme nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 [205]). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, ‘the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom’ (Cardozo)”. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **BVerfGE 7,198 ff.** Decisão de 15 de janeiro de 1958 do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, caso 400/51. Disponível em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115\\_1bvr040051.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1bvr040051.html)>. Acesso em: 8 jun. 2018.*

<sup>328</sup> STARCK, Christian. Human rights and private law in German constitutional development and in the jurisdiction of the Federal Constitutional Court. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne (Ed.). **Human rights in private law**. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2001. 97-112 p.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



*Von dieser Auffassung aus bestehen keine Bedenken dagegen, auch Normen des bürgerlichen Rechts als "allgemeine Gesetze" im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG anzuerkennen. Wenn das bisher in der Literatur im allgemeinen nicht geschehen ist (worauf auch Klein-v. Mangoldt, a.a.O., S. 251, hinweist), so kommt darin nur zum Ausdruck, daß man die Grundrechte lediglich in ihrer Wirkung zwischen Bürger und Staat gesehen hat, so daß folgerichtig als einschränkende allgemeine Gesetze nur solche in Betracht kamen, die staatliches Handeln gegenüber dem einzelnen regeln, also Gesetze öffentlich-rechtlichen Charakters. Wenn aber das Grundrecht der freien Meinungsäußerung auch in den Privatrechtsverkehr hineinwirkt und sein Gewicht sich hier zugunsten der Zulässigkeit einer Meinungsäußerung auch dem einzelnen Mitbürger gegenüber geltend macht, so muß auf der andern Seite auch die das Grundrecht unter Umständen beschränkende Gegenwirkung einer privatrechtlichen Norm, soweit sie höhere Rechtsgüter zu schützen bestimmt ist, beachtet werden. Es wäre nicht einzusehen, warum zivilrechtliche Vorschriften, die die Ehre oder andere wesentliche Güter der menschlichen Persönlichkeit schützen, nicht ausreichen sollten, um der Ausübung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung Schranken zu setzen, auch ohne daß zu dem gleichen Zweck Strafvorschriften erlassen werden.<sup>329</sup>*

Na aplicação do direito entre indivíduos, notadamente por meio das denominadas cláusulas gerais (*Generalklauseln*), deve-se observar com atenção seus impactos nos direitos fundamentais. Sobretudo no que se refere ao tema da responsabilidade civil em termos ambientais, a ideia é a de que sua aplicação deva considerar, também, os direitos fundamentais a um meio ambiente equilibrado e, assim, passar a reconhecer a necessidade de mecanismos aptos a contemplar e resguardar, no seio privado e com destaque para o direito da responsabilidade civil, os direitos fundamentais à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nessa perspectiva, afirma José Carlos Vieira de Andrade:

A força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiros) não se infirmaria de modo imediato, mas apenas mediamente, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os

---

<sup>329</sup> BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **BVerfGE 7,198 ff.** Decisão de 15 de janeiro de 1958 do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, caso 400/51. Disponível em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115\\_1bvr040051.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1bvr040051.html)>. Acesso em: 8 jun. 2018.

(*Wertverdeulichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*) ou em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wertschutzlückenschliessung*), mas sempre dentro do espírito privado<sup>330</sup>.

Tem-se aqui a ideia de que a tábua axiológica orientadora dos direitos fundamentais, sob pena de reduzir o direito privado a uma sombra do direito constitucional, deveria restringir-se a estabelecer marcos de observância para o legislador ordinário. Pode-se dizer, assim, que a autonomia da vontade, versão remodelada da autonomia privada, revela-se amplamente limitada por uma ordem jurídica complexa e organizada hierarquicamente, vedando-se sua aplicação ou interpretação contrária aos direitos e às garantias constitucionalmente garantidas a todos, de modo indistinto. É por isso que a autonomia, expressão de uma liberdade privada cujo fundamento é a responsabilidade, não outorga ao seu titular a faculdade de transgredir as limitações que as Constituições impõem, nomeadamente ao se ter como amplamente reconhecida a força normativa dos textos constitucionais.

Mais do que isso, ao se ter em consideração que a aplicação prática da responsabilidade civil deve observar os potenciais efeitos para os direitos fundamentais (mesmo que colaterais), é imprescindível a definição de novos modelos de responsabilização capazes de conduzir ao nível de proteção colimado pelas mais variadas ordens constitucionais. Liberdade e responsabilidade, duas realidades indissociáveis, institutos de inseparável conotação e de compreensão isolada impossível, são, portanto, moldados sob balizas ditadas pelo conteúdo normativo e axiológico dos direitos fundamentais. Desse modo, deve-se contemplar também, na teleologia de ambos os institutos, a necessidade de preservação dos direitos fundamentais, inclusive os de índole ambiental.

Nesses termos, se não há dúvida de que os direitos fundamentais impregnam as relações privadas, há, todavia, grande debate sobre a forma pela qual essa eficácia se dá, imediata ou mediatamente. Posicionadas no centro do debate que vai da negação da

---

<sup>330</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 245.

eficácia à afirmação da eficácia plena dos direitos fundamentais no trato privado estão as teorias informadoras da eficácia mediada.

O cerne ontológico da teorização reside na afirmação da necessidade de intermediação, em regra por um órgão do Estado, seja o legislador, seja o juiz, na operabilidade dos direitos fundamentais em relações privadas<sup>331</sup>. Nesse sentido, logo após afirmar que a questão da eficácia dos direitos fundamentais se situa apenas e tão somente no campo da eficácia imediata ou mediata, negando a teorização da ineficácia, Jorge Reis Novais afirma que a eficácia mediata esgota-se pelos seguintes meios:

[...] a intervenção concretizadora do legislador ordinário (legislador, civil, penal (...), a interpretação das normas ordinárias em conformidade à Constituição e um preenchimento jusfundamental dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais típicos do direito civil, bons costumes, boa-fé, ordem pública), considerado, por excelência, como os verdadeiros pontos de irrupção dos direitos fundamentais num mundo regido primariamente pelo Direito Privado<sup>332</sup>.

Como mencionado, e nos termos do adotado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, ainda na década de 50 do século XX, a tese intermédia no tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, situada entre a negação e a aplicação direta, denominada de eficácia mediata dos direitos fundamentais, teve na sua origem Günter Dürig, em 1956, dois anos antes, portanto, do famoso julgamento.

A ideia estampada na teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, consoante preleciona Daniel Sarmiento<sup>333</sup>, baseia-se no argumento da proteção da autonomia da vontade, princípio basilar da estrutura do direito privado e cuja preterição poderia acabar por esfacelar as próprias estruturas que dão sustentação ao direito privado. Em igual sentido, Claus-Wilhelm Canaris afirma que nos

---

<sup>331</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 270. *In verbis*: “Esto se consigue condicionando la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que además de estar vinculado directamente a estos derechos há de ser consecuente com el deber de protección que se deriva de la dimension objetiva de los derechos fundamentales”.

<sup>332</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 73.

<sup>333</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

[...] contratos, negócios jurídicos e outros atos de sujeitos jusprivatistas não constituem objeto de um exame direto com base nos direitos fundamentais, pois as pessoas que executam esses atos não são, como já foi exposto, destinatárias dos direitos fundamentais. Não obstante, os direitos fundamentais também exercem sua influência nesses casos<sup>334</sup>.

Vieira de Andrade assevera que na doutrina portuguesa os posicionamentos que defendem a teoria da eficácia indireta têm como objetivo acautelar um âmbito de liberdade para os particulares, intitulando-os como “[...] intervencionismo asfixiante ou um igualitarismo extremo [...]”, que atingiu a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade negocial<sup>335</sup>. Desta feita, para a teoria da eficácia horizontal mediata, a aplicação direta dos direitos fundamentais fica relegada para alguns poucos casos fora de um padrão de normalidade. Ou, como afirmou Paulo Mota Pinto, defensor dessa teoria, ela fica cingida a “[...] casos absolutamente excepcionais, por não existir cláusula geral ou conceito indeterminado adequado, uma norma constitucional reconhecadora de um direito fundamental aplica-se independentemente da mediação de uma regra de direito privado”<sup>336</sup>.

No Brasil, Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da forma de eficácia dos direitos fundamentais, atesta que estes “[...] não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico”<sup>337</sup>. Em igual sentido, diz Robert Alexy:

---

<sup>334</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 270. p. 215.

<sup>335</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

<sup>336</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 74.

<sup>337</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125. No original: “*Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante a fixação de limitações diversas. Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seria as cláusulas gerais (Generalklauseln), que serviriam de porta de entrada (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado*”

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Segundo a teoria de efeitos indiretos perante terceiros, cujos principais representantes são Dürig e o Tribunal Constitucional Federal, os direitos fundamentais, enquanto “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, ou seja, como princípios objetivos (...), influenciam a interpretação do direito privado. Essa influência deve ocorrer sobretudo na concretização das cláusulas gerais do direito privado; mas ela pode também manifestar-se em toda e qualquer interpretação de uma norma de direito privado e, em casos especiais, chega até a fundamentar decisões contra o teor literal da lei<sup>338</sup>.

Invariavelmente presente em textos constitucionais, a noção da necessidade de produção legislativa com o escopo de conferir maior eficácia aos direitos fundamentais – muito em decorrência da intencional e salutar vagueza textual própria desta espécie normativa, a qual permite a ampla atuação da mutação constitucional<sup>339</sup> – torna claro o papel do legislador como mediador da eficácia dos direitos fundamentais no trato privado. Mais do que isso, é claro na doutrina e na jurisprudência que não há mais grandes ou sérios debates sobre o tema na realidade jurídica brasileira, a qual permite, no caso específico do ordenamento constitucional brasileiro, a responsabilização do órgão ou da entidade competente na hipótese de omissão legislativa<sup>340</sup>, atribuindo-lhe notas de fundamentalidade, porquanto topologicamente insculpido no dispositivo destinado aos direitos e garantias fundamentais<sup>341</sup>.

A ideia da teoria da eficácia imediata com atribuição (mediação) ao legislador também encontra respaldo na tentativa de evitar dar ao juiz o poder de definir a dosagem de interferência dos direitos fundamentais em relações privadas teoricamente horizontais. Nesse caso, haveria uma espécie de indesejável concentração do poder de atribuir conceitos e amplitude ao conteúdo valorativo e normativo dos direitos insculpidos no

---

<sup>338</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 529.

<sup>339</sup> Sobre o tema e a noção de Constituição como organismo vivo: LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

<sup>340</sup> Curiosamente, a lei que disciplina o mandado de injunção, também compreendido como garantia fundamental do cidadão no ordenamento jurídico brasileiro, foi decretada apenas em 23 de junho de 2016, um longo período desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Trata-se da Lei nº 13.300, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.

<sup>341</sup> BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. “- Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

texto constitucional conducente a um cenário de insegurança jurídica. Sem embargo, Ubillos contrapõe-se a esse argumento vindicando um argumento reconhecidamente ineludível:

*Por qué no asumir como inevitable en un ordenamiento presidido por una Constitución normativa marcado por la vis expansiva de los derechos fundamentales esa dosis de inseguridad, de imprevisibilidad? La lógica de los derechos fundamentales conduce indefectiblemente a ese escenario, apunta a un creciente protagonismo de los jueces, un protagonismo que no conduce necesariamente al caos (en los sistemas de case law no reina precisamente el caos), pero sí a un modelo de Estado de Derecho eminentemente jurisdiccional.*<sup>342</sup>

Essa atribuição ao poder judiciário de uma dose de aptidão ou competência na definição do espectro de abrangência dos direitos fundamentais no trato privado, longe de conferir insegurança, é na realidade ,imprescindível diante da incapacidade de generalização e abstração própria das espécies normativas quando se trata de definir todos os casos a que se submeterá o ordenamento jurídico na condição de baliza de definição. O argumento aqui assemelha-se ao produzido no momento da contraposição com a noção de identificação de um direito privado estanque e capaz de produzir toda a sorte de solução para toda a sorte de conflitos, na altura vindicado como fundamento para a negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O ponto de partida do modelo dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições das democracias ocidentais. É esse direito que impede que os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto nas relações privadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado. Segundo Dürig, esse direito geral de liberdade inclui também a liberdade, de que devem gozar os participantes em uma relação de direito civil, de “evitar” as disposições de direitos fundamentais que, para a ação estatal, são incontornáveis. Sem essa liberdade de contornar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a liberdade contratual ficaria comprometida<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 272.

<sup>343</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Assim, em paralelo e em complementação à noção de uma eficácia mediata dos direitos fundamentais com interferência do legislador, assume-se a atribuição ao poder judiciário<sup>344</sup> da mediação da atribuição de concretude aos direitos fundamentais no trato privado.

### 6.2.3 Da Eficácia Imediata ou Direta

Como representante de um outro extremo de avaliação, em uma linha que segue desde a negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais até à eficácia imediata direta, situa-se a teoria de Hans Carl Nipperdey, preconizada na *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, que também conta com defensores no direito português<sup>345</sup>. Para o autor, a ameaça aos direitos fundamentais na contemporaneidade não é exclusiva do Estado, mormente porque entidades privadas são titulares de uma expressão cada vez mais significativa do poder econômico e social, sendo este dotado de oponibilidade aos indivíduos em si mesmos considerados<sup>346</sup>.

Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet delimita:

[...] as relações entre particulares são cada vez mais marcadas pelo exercício de poder econômico e social, portanto, não afastam situações de evidente desequilíbrio de poder entre os atores sociais e uma

---

<sup>344</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 247. *In verbis*: “Quer o legislador, ao fazer as leis reguladoras das relações jurídicas privadas, quer o juiz, ao resolver conflitos entre particulares (designadamente decorrentes de relações contratuais), enquanto poderes vinculados pelos direitos fundamentais, teriam sempre de ter em conta e de aplicar os preceitos constitucionais respectivos”.

<sup>345</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. Em sentido contrário, José Carlos Vieira de Andrade afirma haver prevalência das ideias de aplicabilidade mediata. *Op. cit.*, p. 247.

<sup>346</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

verticalidade similar e por vezes até mesmo mais evidente do que a encontrada nas relações entre os particulares e o Estado<sup>347</sup>.

Segundo a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais no trato privado – que no direito constitucional brasileiro encontra respaldo na dicção do parágrafo primeiro do Artigo 5º, segundo o qual “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata [...]”<sup>348</sup> –, a proteção dispensada à autonomia privada e a incidência das normas jusfundamentais nas relações entre particulares impõem o equacionamento do caso através de uma ponderação de interesses, em que um dos fatores a ser necessariamente considerado é o da maior ou menor desigualdade entre as partes. Quanto maior o desequilíbrio, mais intensa será a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais

[...] são também normas de valor que devem valer para toda a ordem jurídica, isto é, também para o direito privado. A dignidade humana continua a ser o ponto de partida, mas não como liberdade do indivíduo isolado e, sim, como livre desenvolvimento da personalidade de homens solidários integrados numa sociedade e responsáveis perante ela. Daí que alguns direitos fundamentais – embora não aqueles que só tenham sentido perante o Estado – devessem ser directamente aplicáveis nas relações entre privados<sup>349</sup>.

Sobre o tema, parte considerável e respeitável da doutrina brasileira respalda a afirmação de que a adoção da teorização da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais é uma consequência inevitável da Constituição. Isso porque, para essa vertente doutrinária, mesmo a ausência de uma norma legal regulamentadora da ordem constitucional atribuidora de um direito fundamental não tem o condão de afastar a incidência deste na órbita privada. Sobre o tema, afirma Ubillos:

---

<sup>347</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 23.

<sup>348</sup> Jorge Reis Novais, em sentido contrário, afirma que a Constituição do Brasil não possui qualquer referência à eficácia direta dos direitos fundamentais entre privados, o que, ainda em seu dizer, não impede que a teoria encontre amplo respaldo na doutrina brasileira. In: **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

<sup>349</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira, op. cit., p. 245.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



*La teoría de la eficacia inmediata implica que con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como “razón primaria y justificadora” (no necesariamente la única) de una determinada decisión. Es decir, no como “regla hermenéutica, sino (como) norma de comportamiento apta a incidir también en el contenido de las relaciones” entre particulares*<sup>350</sup>.

Para Virgílio Afonso da Silva, Nipperdey foi o autor que pioneiramente, e com maior ênfase, defendeu “[...] a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares”<sup>351</sup>. Segundo Silva, para o doutrinador alemão, os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e, neste sentido, “[...] não carecem de mediação legislativa para serem aplicados a essas relações. Mas, mais do que isso, esse efeito absoluto dos direitos fundamentais faz com que sejam também desnecessárias artimanhas interpretativas para aplicá-los em relações que não incluam o Estado como ator”<sup>352</sup>.

Em igual direção, ao exprimir o significado inicial da expressão *eficácia imediata dos direitos fundamentais no direito privado*, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que há possibilidade, e até o dever, de “[...] ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal”<sup>353</sup>. O entendimento é referenciado ainda por Gilmar Ferreira Mendes, para quem, em verdade,

[...] nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública<sup>354</sup>.

---

<sup>350</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: *ibidem*, p. 276.

<sup>351</sup> In: **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

<sup>352</sup> *Idem*.

<sup>353</sup> In: Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 28.

<sup>354</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. (rev. e ampl.). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 221. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Oportuno aqui também salientar que, desde há muito, sendo o marco temporal o ano de 2005, o Supremo Tribunal Federal (STF), a corte constitucional brasileira, define de forma clara que “[...] os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados [...]”, consoante o que se observa do julgamento do recurso extraordinário 2018-19<sup>355</sup>.

---

<sup>355</sup> : SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Ainda que sem embargo do amplo prestígio da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais no direito brasileiro, é importante consignar a crítica formulada por Claus-Wilhelm Canaris acerca da aplicação imediata dos direitos fundamentais e uma potencial obsolescência e imprestabilidade do direito privado, porquanto as relações privadas, uma vez plenamente reguladas pelas disposições jusfundamentais, prescindiriam da regulação em âmbito privatístico. Desse modo, o autor avalia:

Aplicada coerentemente, a consequência da doutrina da “eficácia externa imediata” implica que todos os direitos fundamentais conduzem, sem mais nem menos, a proibições de intervenções no âmbito das relações jusprivatistas e a direitos de defesa em face de outros sujeitos jusprivatistas. Assim eles não mais carecem de nenhuma implementação no próprio sistema de regras do Direito Privado. Mais especificamente, o recurso a cláusulas gerais se torna inteiramente supérfluo<sup>356</sup>.

Em continuação com o entendimento de uma relação excludente e destrutiva entre os direitos fundamentais e a teorização da sua eficácia direta nas relações privadas e o próprio direito privado, Canaris ratifica observando que uma aplicação consequente

[...] dessa doutrina poderia destruir tanto o direito contratual quanto o direito da responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo direito constitucional. Isso contradiz a autonomia do Direito Privado, desenvolvida organicamente no decorrer de muitos séculos, contrariando também o que diz o direito alemão, a função dos direitos fundamentais que, em princípio, de acordo com a sua gênese e em consonância com a formulação do seu suporte fático, têm por destinatário direto apenas o Estado, e não um particular<sup>357</sup>.

A noção de supressão do direito constitucional diante de uma análise da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é ainda identificada por José Joaquim Gomes Canotilho, para quem o “[...] direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – veem o seu

---

<sup>356</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 214.

<sup>357</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 214.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada”<sup>358</sup>.

Não se pode desprestigiar a convincente argumentação do doutrinador alemão sem, contudo, submetê-la a um exercício de ponderação, mormente quando mesmo ela define a possibilidade, ainda que excepcional, de o texto constitucional oferecer, por si, uma eficácia imediata aos direitos fundamentais no âmbito privado, como mencionado no Art. 9º, Inciso III, alínea 2 da Lei Fundamental, a qual estabelece a nulidade de algumas disposições sobre o prisma do direito de coalização de empregados.

Pois bem, além de consideradas as críticas, é preciso estabelecer, no campo dos objetos, que sobretudo leis e decisões judiciais, por emanarem do Estado, destinatário direto do rol de direitos fundamentais, serão necessariamente contaminadas pela eficácia direta, espraiando efeitos meramente indiretos na relação jusprivatista. Dessa afirmação nenhuma das teorias nem os debatedores do espectro de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas discorda. E é exatamente aí que a crítica à eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais às relações privadas ganha elevada contundência. Como adverte Vieira de Andrade, todavia,

[...] não deve temer-se que, por esta via, se instale um “governo dos juízes”, por estes ficarem com a possibilidade de dominar abusivamente a aplicação das normas de direito privado, substituindo-se ao legislador (e, em certa medida, aos próprios particulares), com o fundamento (afinal, um pretexto) da aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais<sup>359</sup>.

Para Ubillos<sup>360</sup>, essa eficácia horizontal direta sobre os particulares não exclui a eficácia horizontal mediata ou indireta, que se dá justamente através da lei e da decisão judicial. Afinal, a diferenciação entre ambas é tenaz e reside, como ressalta Robert Alexy,

---

<sup>358</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113.

<sup>359</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 247.

<sup>360</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: *ibidem*, p. 263-293.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

“[...] no fato de que não se sustenta que os princípios objetivos produzam efeitos na relação cidadão/cidadão por meio de uma influência na interpretação das normas de direito privado, mas porque deles fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos”<sup>361</sup>.

Assim, é preciso afirmar que as teorias da eficácia imediata e mediata dos direitos fundamentais não são excludentes. Ao revés, devem ser compreendidas como perfeitamente harmônicas e coexistindo como forma de construção de um cenário jurídico capaz de garantir uma solução mais consentânea com os valores professados perante o litígio concreto.

## 6.2.4 Teoria Integradora

Robert Alexy identifica algumas similitudes e identidades entre todas as teorias explanadoras, observando que, em maior ou menor grau, seja em Durig seja em Nippedery ou em Schwabe, elas se destinam ao juiz, de modo que, em termos práticos e jurisdicionais, os resultados de suas respectivas aplicações são equivalentes. Para o autor, não pairam dúvidas sobre a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais:

Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 530.

<sup>362</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 523-524.

Desta feita, também escorado na premissa de que “[...] as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão”<sup>363</sup>, sua construção traz como parâmetro a noção da teoria dos valores do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, segundo a qual “[...] as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores”<sup>364</sup>.

Tal ordem, ainda de acordo com Alexy, deve sofrer a substituição da noção de valores pela de princípios, atribuindo à questão da forma de eficácia dos direitos fundamentais uma conotação de “[...] problema de construção”<sup>365</sup>. Para tanto, afirma ser “[...] possível distinguir três teorias acerca da questão da construção: uma de efeitos indiretos perante terceiros, uma de efeitos diretos e uma de efeitos mediados por direitos em face do Estado”<sup>366</sup>. Nenhuma delas, pontua, “[...] transpõe os direitos fundamentais dirigidos contra o Estado para a relação cidadão/cidadão por meio de uma simples troca de destinatários”<sup>367</sup>.

Ademais, as teorias abordadas por Alexy também têm uma similitude de ordem prática, o que acaba por conduzir à estrutura da base teórica do autor para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. No sentido dado pelo autor:

Todas elas permitem levar em conta o fato de que, na relação cidadão/cidadão, ambos os lados são titulares de direitos fundamentais. Todas elas aceitam uma modulação da força de seus efeitos. Para todas elas a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de sopesamento<sup>368</sup>.

Assim, para as três teorias estudadas, a ideia central é a de que “[...] o sopesamento pode levar a regras relativamente genéricas, de acordo com as quais, em determinados âmbitos do direito privado, determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida”<sup>369</sup>. Isso permite a Alexy afirmar que são

---

<sup>363</sup> Ibidem, 524.

<sup>364</sup> Idem.

<sup>365</sup> Ibidem, p. 528.

<sup>366</sup> Idem.

<sup>367</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da SILVA. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 532.

<sup>368</sup> Idem.

<sup>369</sup> Idem.

equivalentes nos seus resultados práticos, o que não retira a relevância da sua construção acerca da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em três níveis: “[...] o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados”<sup>370</sup>.

Segundo o autor, a teoria dos efeitos indiretos está situada no nível do dever estatal, cabendo ao Estado “[...] o dever de levá-las em consideração tanto na legislação civil quanto na jurisprudência civil”<sup>371</sup>. No tocante aos direitos em face do Estado, correspondente ao segundo nível, afirma Alexy: “O dever que o juiz tem de levar em consideração a ordem de valores dos direitos fundamentais, quando da interpretação e aplicação das normas de direito civil, não implica, por si só, que ele, se agir contra esse dever, viole os direitos fundamentais, na forma de direitos subjetivos”<sup>372</sup>.

Por fim, o terceiro nível reside nos efeitos dos direitos ditos fundamentais nas inter-relações estabelecidas entre sujeitos privados. Evidentemente, a construção desse terceiro nível não passa pela troca de destinatário, nem tampouco que “[...] os direitos do cidadão em face do Estado sejam, ao mesmo tempo, direitos do cidadão contra outro cidadão”<sup>373</sup>. Nessa perspectiva,

[...] um cidadão não pode, por exemplo, ter um direito em face de outro cidadão a que este crie ou deixe de criar determinadas leis; de outra parte, e como todos os representantes da teoria dos efeitos diretos sublinham, isso é o impossível porque as normas de direitos fundamentais têm, em razão da dupla titularidade de direitos fundamentais, uma outra "intensidade de efeitos na relação cidadão/cidadão se comparada com a da relação cidadão/ Estado”<sup>374</sup>.

Surge então uma terceira possibilidade, explicada por Alexy, com lastro na análise do caso *Blinkfuer*, envolvendo a Springer e a revista que dá nome ao caso, cujo ponto nevrálgico se cingia à juridicidade de um boicote à publicação pela editora. Ao

---

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 533.

<sup>371</sup> *Idem*.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 534.

<sup>373</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da SILVA. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 538.

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 539.

analisar detidamente o caso, o Tribunal Constitucional Alemão salientou: “[...] há um direito do editor da revista *Blinkfuer*, em face da Editora Springer, a que ela se abstenha de defender o boicote. Esse direito é equivalente a uma obrigação da Editora, em face do editor da revista, de se abster de defender o boicote”<sup>375</sup>. E conclui o autor:

[...] os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares que são necessários em razão da existência desses princípios, mas que não o seriam na sua ausência. Isso é um efeito direto dos direitos fundamentais perante terceiros. Nesse sentido, a teoria dos efeitos indiretos tem como consequência necessária um efeito direto<sup>376</sup>.

Destarte, podemos identificar uma divergência básica entre as teorias. Por um lado, a teoria da eficácia mediata, na hipótese de lacuna legislativa ordinária, negará a aptidão aos direitos fundamentais a orientar as relações de âmbito privado com apoio nas normas constitucionais; por outro, a teoria da eficácia imediata “[...] aplicará o direito fundamental constitucionalmente consagrado na sua dimensão de vinculação jurídica mais ambiciosa, isto é, na qualidade de direito subjectivo oponível a outros particulares”<sup>377</sup>. Dito de outro modo, ou se reconhece a eficácia direta dos direitos fundamentais ou se nega plenamente qualquer ingerência desta classe de direitos nas relações particulares<sup>378</sup>.

Nessa concepção, a teoria de Robert Alexy define uma noção cujo conteúdo normativo almeja integrar todas as mais célebres teorias informadoras da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso porque, expressamente, todas têm elementos de convergência.

---

<sup>375</sup> Idem.

<sup>376</sup> Ibidem, p. 540.

<sup>377</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 75.

<sup>378</sup> Nesse sentido, ver: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da SILVA. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



## 7. PONDERAÇÕES PARCIAIS

---

No cenário jurídico da contemporaneidade não é mais defensável a alegação de que a eficácia dos direitos fundamentais estaria condicionada à verificação de uma relação jurídica vertical, restando indene de qualquer dúvida a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares. Ainda que a realização dos direitos fundamentais se dê por intermédio “[...] de lei ordinária, interpretação conforme a Constituição e densificação jusfundamentalmente orientada das cláusulas gerais [...]”<sup>379</sup>, comungamos do entendimento de Jorge Reis Novais de que a teoria da inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações particulares não goza de respaldo jurídico normativo.

Nessa linha, e tendo em consideração que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais implica o “*abandono de um olhar que reveja e conceba esses direitos, numa estrita relação (de verticalidade) perante o Estado, como direitos meramente oponíveis em face deste*”<sup>380</sup> e fazendo necessário um pequeno apanhado das teorias explicadoras da temática, como forma de sistematização do pensamento condutor à solução para o problema que o presente estudo se presta a analisar, observa-se que Gunther Durig defende, a partir do “Caso Luth”, a eficácia indireta dos direitos fundamentais por meio de sua função de preenchimento das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados típicos do direito privado. Já para Hans Carl Nipperdey, a indubitável eficácia horizontal dos direitos fundamentais assenta em uma relação direta devido à configuração de direitos subjetivos privados para todos os indivíduos<sup>381</sup>. Para o autor, há um efeito normativo direto cujo conteúdo impregna as disposições juscivilísticas. Por fim, e como mencionado, Jurgen Schwabe defende uma terceira vertente, na qual a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deriva de uma noção de vinculação de direitos de defesa cuja proteção

---

<sup>379</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 74.

<sup>380</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda Barbosa. RODRIGUES, João Pedro. Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do status quo ante?, **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXVII, 2011, p. 319 e ss. Coimbra : Coimbra Editora, 2011. p. 333.

<sup>381</sup> Nesse sentido ver BARBOSA, Mafalda Miranda Barbosa. RODRIGUES, João Pedro. Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do status quo ante?, **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXVII, 2011, p. 319 e ss. Coimbra : Coimbra Editora, 2011. p. 334.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

incumbe ao Estado, de modo que toda e qualquer violação desses direitos deve ser-lhe imputada, porquanto é sua atribuição conceber as normas de direito privado.

O primeiro ponto a ser debatido, quando está em causa a viabilidade da aptidão de os direitos fundamentais gerarem efeitos pragmáticos no âmbito do direito privado e, no caso em debate, de todo o arcabouço jurídico normativo relativo ao meio ambiente e sua inter-relação com o direito da responsabilidade civil, é a definição, seja na seara vertical, seja na horizontal, de todas as partes envolvidas na titularização dos direitos fundamentais<sup>382</sup>. Desse modo, em quaisquer das suas acepções e em quaisquer de suas teorias fundamentadoras será necessária, durante a perquirição da extensão das inter-relações dos direitos fundamentais, a modulação de seus efeitos, tomando em consideração invariavelmente uma ideia de sopesamento, como bem definiu Robert Alexy, com especial destaque para as relações de direito privado, ao afirmar, conforme anteriormente mencionado, que em âmbitos específicos do direito privado determinados direitos fundamentais poderão ceder em grande medida ou mesmo totalmente: “Assim, por exemplo, nenhuma das construções exclui a possibilidade de que a liberdade de testamento esteja desvinculada do princípio da igualdade”<sup>383</sup>.

Não há dúvidas de que a construção jurídica da abrangência do conteúdo normativo dos direitos fundamentais permite afirmar a viabilidade jurídica da exigência por um particular frente a outro do seu direito fundamental ao pleno e saudável desenvolvimento da sua personalidade. Nomeadamente, ao viabilizar que esse direito

---

<sup>382</sup> Sobre a existência de direitos fundamentais dos Estados, ver: BRASIL. Decreto 1.570, de 13 de abril de 1937. Promulga as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre asilo político, assinadas em Montevideo a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferência Internacional Americana. Presidência da República: Rio de Janeiro, 13 abr. 1937. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d1570.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d1570.htm)>. *In verbis*: “Art. 3º - A existência política do Estado é independente do seu reconhecimento pelos demais Estados. Ainda antes de reconhecido, tem o Estado o direito de defender sua integridade e independência, prover a sua conservação e prosperidade, e conseqüentemente, organizar-se como achar conveniente, legislar sobre seus interesses, administrar seus serviços e determinar a jurisdição e competência dos seus tribunais. O exercício destes direitos não tem outros limites além do exercício dos direitos de outros Estados de acordo com o direito internacional. Art. 4º - Os Estados são juridicamente iguais, desfrutam iguais direitos e possuem capacidade igual para exercê-los. Os direitos de cada um não dependem do poder de que disponha para assegurar seu exercício, mas do simples fato de sua existência como pessoa de direito internacional. Art. 5º - Os direitos fundamentais dos Estados não são suscetíveis de ser atingidos sob qualquer forma”.

<sup>383</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 533.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

fundamental se dê em um ambiente hígido<sup>384</sup>. Nesse sentido, Mafalda Miranda Barbosa afirma, também com base no que dispõe o Art. 18.º n.º 1 da Constituição Portuguesa que

o direito privado sofre o impacto dos direitos fundamentais, que aí valem, como direitos subjectivos, independentemente de qualquer mediação que os "privatize" ou que, em sede metodológica, os assumam como parâmetro da interpretação jurídica das normas de direito privado.<sup>385</sup>

Em continuação, Mafalda Miranda Barbosa indica que

A determinação do sentido e da relevância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deve, impreterivelmente, ter em conta a intencionalidade própria do direito privado, cujos princípios estruturantes são também constitucionalmente reconhecidos e, mesmo fora desse hemisfério, devem ser compreendidos, para lá da sua inegável transpositividade, como dimensão suprapositiva que encarna na própria ideia de direito e, assim, no reconhecimento da dignidade ética da pessoa humana<sup>386</sup>

A despeito de tudo, nesta fase da investigação das teorias informadoras da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é importante destacar que, em termos pragmáticos, não se revelam grandes divergências delas decorrentes. Como já mencionou José Carlos Vieira de Andrade, a

---

<sup>384</sup> Ver: AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 203. *In verbis*: “O dever de respeitar (ou não violar) o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que justifica uma posição subjetiva de um titular difere, portanto, do dever de respeitar o meio ambiente, sendo que aquele importa considerar que particulares também devem respeitar direitos de outros particulares”.

<sup>385</sup> Nesse sentido ver BARBOSA, Mafalda Miranda Barbosa. RODRIGUES, João Pedro. Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do status quo ante?, **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXVII, 2011, p. 319 e ss. Coimbra : Coimbra Editora, 2011. p. 335.

<sup>386</sup> Nesse sentido ver BARBOSA, Mafalda Miranda Barbosa. RODRIGUES, João Pedro. Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do status quo ante?, **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXVII, 2011, p. 319 e ss. Coimbra : Coimbra Editora, 2011. p. 337.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

[...] análise concreta das soluções resultantes das diversas posições defendidas mostrava que as teorias, para além de estarem de acordo quanto à existência de uma vinculação, surgiam mitigadas, procurando cada uma conciliar ou adaptar a sua tese central com os princípios ou situações que eram, afinal, os que fundavam a argumentação das outras. Por vezes, todas as teorias, partindo de pressupostos distintos ou operando por vias diversas, chegavam ao mesmo resultado prático<sup>387</sup>.

Também é relevante destacar aqui as críticas de que a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais desnaturaria e faria com que toda a estrutura juscivilista se revelasse despicienda. Sobre o tema, assevera Alexy,

[...] essa objeção ignora que os princípios de direitos fundamentais não determinam uma única solução para cada caso. Há inúmeros casos no âmbito do direito civil para os quais há mais de uma solução compatível com os direitos fundamentais. Nesses casos, as normas de direito civil têm uma importância basilar. Além disso, essa objeção ignora que, com frequência, não é claro o que os princípios de direitos fundamentais requerem em um caso de direito civil<sup>388</sup>.

A ideia parece-nos definir, no mais crítico dos casos, que a construção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tida na contemporaneidade como um “nódulo dogmático”<sup>389</sup>, pode também ser identificada como vetor de interpretação do direito, servindo não como diminuição ou destruição do direito civil, mas única e exclusivamente como meio de referendar as opções legislativas interpretadas à luz dos valores professados pelo rol de direitos fundamentais. Nesse sentido<sup>390</sup>, a decisão jurisdicional estará, inicialmente, vinculada “[...] ao direito civil vigente, na forma de leis,

---

<sup>387</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 246.

<sup>388</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 541.

<sup>389</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda Barbosa. RODRIGUES, João Pedro. Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do status quo ante?, **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXVII, 2011, p. 319 e ss. Coimbra : Coimbra Editora, 2011. p. 332.

<sup>390</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda Barbosa. RODRIGUES, João Pedro. Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do status quo ante?, **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXVII, 2011, p. 319 e ss. Coimbra : Coimbra Editora, 2011.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

de precedentes e da dogmática comumente aceita. Se ele quiser se afastar disso, em virtude de princípios de direitos fundamentais, ele tem que assumir o ônus argumentativo”<sup>391</sup>.

---

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 540.

## 8. DA SOCIEDADE DE RISCOS E DA SEGUNDA MODERNIDADE

---

Com a afirmação de que os direitos fundamentais, entre eles aqueles relacionados com a proteção do ambiente em que o homem está inserido e do qual invariavelmente faz parte, são oponíveis ao Estado impõe-se também a observância e aplicabilidade destes direitos no âmbito particular. Ademais, cabe ainda a verificação e a perquirição de uma possível abordagem para além do plano estritamente jurídico que permita, como requisito inafastável para o desenvolvimento desta pesquisa, a compreensão do fenômeno sociológico que é, hodiernamente, regulado pelas estruturas normativas da responsabilidade civil.

Assim, se por um lado podemos afirmar que os preceitos basilares dos direitos metaindividuais são oponíveis, mesmo que potencialmente, em maior ou menor grau, nas relações entre particulares, por outro, é imprescindível demonstrar que elementos permeiam, no plano dos fatos, essa relação jurídica contaminada por dispositivos historicamente endereçados à relação vertical entre Estado e cidadão. Isso porque é igualmente imprescindível a internalização pelo direito, em especial pelo direito da responsabilidade civil em sua vertente ambiental, de elementos fáticos móveis identificados como objeto de pesquisa apenas no campo das ciências naturais. Sobretudo porque esses elementos, especialmente os riscos ambientais, passam a ter significativa repercussão também no campo político, informando e influenciando com cada vez maior relevância as escolhas do espectro jurídico e político.

Tal acepção e compreensão do fenômeno social da contemporaneidade regulada pelo direito da responsabilidade civil ambiental implica, necessariamente, uma abordagem do tema “risco”, elemento cujo manejo a teoria da justiça distributiva, nos termos já aqui referidos, atribuiu ao instituto da responsabilidade civil. Nessa perspectiva, e reconhecendo uma vastíssima literatura no sentido de sua definição, risco aqui é assumido como “[...] a situação ou evento em que determinado valor humano (mesmo os seres humanos em si mesmos) é colocado em risco e sendo por isso fonte de incerteza” (tradução livre)<sup>392</sup>. A noção basilar tocante à definição de risco toca, portanto, a noção de

---

<sup>392</sup> JAEGER, Carlo J. et al. **Risk, uncertainty and rational action**. London: Earthscan, 2001. p. 20.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

incerteza; assim, risco, incerteza e precaução, este último enquanto princípio, são preceitos irremediável e intensamente repetidos neste trabalho.

É a partir deste ponto, portanto, que devemos passar à demonstração das noções, amplamente conhecidas no mundo acadêmico acerca da denominada sociedade do risco, consoante a teorização levada a cabo por Ulrich Beck, em meados dos anos 1980, pouco tempo antes do desastre nuclear de Chernobyl. Para o sociólogo alemão,

Na sociedade de risco, o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a autorreflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da “racionalidade”. No autoconceito da sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais restrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria<sup>393</sup>.

Nessa perspectiva, não há alternativa ao direito que não enfrentar um novo cenário social em que o progresso científico se torna um problema, ainda que a princípio apenas potencialmente. A noção de uma sociedade permeada de riscos, alguns incalculáveis, traz consigo a necessidade da gestão desses riscos como forma de consagrar, no âmbito prático, direitos de índole fundamental, como o direito ao ambiente, também na sua vertente privatística. O objetivo, portanto, é definir se e de qual forma o direito civil dialoga com a nova realidade sociojurídica ambiental tendo por padrões básicos a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a sociedade de riscos.

Ao definir as implicações dos riscos perante a ordenação da tessitura social, com destaque para a responsabilidade civil, Teresa Ancona Lopez, sobretudo no que tange ao progresso tecnológico, observa que tais “[...] descobertas e transformações visam, obviamente, melhorar a vida de todos no planeta Terra. Porém, tudo isso comporta, paradoxalmente, grandes riscos e perigos para a civilização”<sup>394</sup>. Continuando sua exposição, a autora afirma que:

---

<sup>393</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Tradução Magda LOPES. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social**. São Paulo: Editora da Unesp, 1997. p. 21.

<sup>394</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 105. Jan/dez 2010., p. 1223, jan./dez. 2010.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

A sociedade de risco, como quer Beck, é a sociedade da era industrial acrescida das inovações científicas e tecnológicas, cujos efeitos são imprevisíveis. Na verdade, os riscos sempre existiram, mas estes são os chamados novos riscos, que poderão levar a danos graves e irreversíveis às pessoas e ao meio ambiente, são os riscos do progresso. Beck mostra que a força motriz da sociedade de classes pode ser resumida em uma frase: “Tenho fome!” E, na sociedade de riscos: “Tenho medo!” Na era do risco, as ameaças com as quais nos confrontamos não podem ser atribuídas a Deus ou à natureza, mas à própria “modernização” e ao “progresso”<sup>395</sup>.

Há, portanto, segundo o padrão de observação de Beck, um giro epistemológico na forma de encarar e, ainda, de identificar os conflitos principais de uma sociedade marcada pelo desenvolvimento tecnológico, que é capaz de outorgar às atuações humanas um potencial lesivo dificilmente calculável. Daí o pressuposto de que:

[...] a incerteza que domina a sociedade contemporânea e que ameaça tornar inoperante uma responsabilidade em relação ao futuro seja incluída na teoria ética, daí surgindo um novo princípio como prescrição prática: “é necessário dar mais ouvidos à profecia da desgraça do que à profecia da salvação”. Há, dentro do Princípio Responsabilidade, um dever para com o futuro, com a humanidade, para que esta humanidade continue a existir<sup>396</sup>.

Mas, então, quais as maiores implicações deste novo cenário social na conformação da responsabilidade civil? Como é sabido, a responsabilidade civil reveste-se de um elevado conteúdo ético ao estabelecer como premissa básica de sua atuação a resposta por um comportamento tido como inadequado pelo ordenamento jurídico. Assim, as implicações de um cenário de proliferação de riscos têm forte influência na definição do padrão ético que irá condicionar o estabelecimento dos comportamentos reputados, pelo direito, como inconvenientes. Deste modo, a sociedade de riscos estabelece uma nova forma de observar o cenário social a ser regulado, com especial destaque aqui para o direito da responsabilidade civil, e um novo padrão ético em que a responsabilidade dos atores perante o ambiente assume contornos centrais.

A ideia de uma sociedade de riscos sob o prisma do que foi definido por Beck e nos moldes do prelecionado por Carla Amado Gomes identifica uma nova forma de

---

<sup>395</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 105, p. 1225, jan./dez. 2010.

<sup>396</sup> *Ibidem*, p. 1225.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



percepção humana dos perigos gerados e/ou potencializados pelas condutas levadas a cabo. Seguindo essa abordagem, talvez o principal desses pontos seja o fato de esse risco – e, portanto, o temor por ele gerado – ser “intensamente democrático”<sup>397</sup>. Quer isso dizer, portanto, que esses riscos, maiores em quantidade e mais graves sob a perspectiva de seu potencial lesivo, ainda que incerto, não se circunscrevem a determinados grupos sociais, espalhando efeitos deletérios na forma pela qual devem ser observados e geridos. A ideia de medo, decorrência aritmética de uma profusão de riscos graves, serviu por sua vez para a consagração de uma heurística do medo, em especial também à formulação de um princípio da responsabilidade. Segundo Hans Jonas, o

[...] enorme impacto do Princípio Responsabilidade não se deve somente a sua fundamentação filosófica, mas ao sentimento geral, que até então os mais atentos observadores poderão permitir cada vez menos de que algo poderia ir mal para a humanidade, inclusive o tempo poderia estar em posição no marco de crescimento exagerado e crescente das interferências técnicas sobre a natureza, de pôr em jogo a própria existência. Entretanto, se havia comentado que era evidente a vinda da chuva ácida, o efeito estufa, a poluição dos rios e muitos outros efeitos perigosos, fomos pegos de cheio na destruição de nossa biosfera<sup>398</sup>.

No âmbito do direito ambiental ordenado por uma nova diretriz ética da responsabilidade, todos os componentes do cenário viabilizador da vida passam a integrar o círculo afeto à responsabilidade do agente. Afinal, para “Ser é necessário existir, e para existir é necessário viver e ter deveres; porém, (...) somente uma ética fundada na amplitude do Ser pode ter significado”<sup>399</sup>.

José Rubens Morato Leite aponta a Revolução Industrial, no século XVIII, como o embrião do que se chama hoje de sociedade de risco, “[...] potencializada pelo

---

<sup>397</sup> GOMES, Carla Amado. A idade da incerteza: reflexões sobre os desafios de gerenciamento do risco ambiental. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais** (Coord.). São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>398</sup> JONAS, Hans. **Memórias**. Madrid: Losadas, 2005. p. 352.

<sup>399</sup> \_\_\_\_\_. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006. p. 17.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

desenvolvimento tecnocientífico e caracterizada pelo incremento da incerteza quanto às consequências das atividades e tecnologias empregadas no processo econômico”<sup>400</sup>.

Nessa linha, é preciso admitir, em primeiro lugar, enquanto premissa a orientar toda a construção teórica deste ponto da pesquisa, e conforme já definiram Mary Douglas e Aaron Wildasky, que a percepção dos ditos riscos representa não mais que uma “*construção coletiva*”. Muito embora acerca desse pressuposto ambos os autores prelecionem que a “[...] ideia de que a percepção pública do risco e seus níveis aceitáveis são construções coletivas que, um pouco como linguagem e um pouco como o julgamento estético, é difícil de aceitar”<sup>401</sup>. Para além disso, é preciso ainda ter em mente, consoante o que postula Carla Amado Gomes, que o risco é um “[...] veículo fácil de afirmação de movimentos populistas e um instrumento perigoso nas mãos de regimes autoritários”<sup>402</sup>.

Sem embargo do posicionamento dos autores e com o fim de se prosseguir a identificação dos ônus contemporâneos (riscos) a serem manejados pelo instituto da responsabilidade civil, deve-se ter em consideração também que “[...] a seleção dos riscos para o público é menos baseada na profundidade da evidência científica ou na probabilidade do perigo, mas depende da voz de quem predomina na avaliação e no processo da informação sobre as questões de perigo”<sup>403</sup>.

Todavia, ainda que se assuma o diagnóstico de que a seleção dos riscos é talvez mais cultural do que técnica, abandonar o aspecto científico na definição de quais os riscos ambientais a que ora se submete a comunidade mundial não parece adequado, nem tampouco viável, para a tentativa de avaliação contextual do objecto presente investigação jurídica. Nesse quadrante, observa-se que a construção de um modelo de sociedade pautado por incertezas científicas (riscos), abordada por Beck, introduz no seio da sociologia a concepção do termo “sociedade de risco” no momento em que expõe um

---

<sup>400</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental na sociedade de risco**: uma visão introdutória. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 14.

<sup>401</sup> DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risk and culture**: an essay on the selection of technical and Environmental Dangers. Berkeley: University of California Press, 1997. p. 186. No original: “[...] *the idea that public perception of risk and its acceptable levels are collective constructs, a bit like language and a bit like aesthetic judgment, is hard to take*”.

<sup>402</sup> GOMES, Carla Amado. A idade da incerteza: reflexões sobre os desafios de gerenciamento do risco ambiental. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 274.

<sup>403</sup> HANNIGAN, John. **Sociologia ambiental**. Tradução de Annahid BURNETT. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 161.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

prisma de observação diferenciado sobre a modernidade com foco em estabelecer uma nova compreensão sobre a crise ambiental contemporânea<sup>404</sup>. A noção ganha ainda mais importância ao se ter em consideração o significativo desnível na outrora minimamente paritária disputa de forças entre a capacidade antrópica de consumo/destruição de recursos naturais e a aptidão de regeneração natural do ambiente. Nesse sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] se há alguns séculos o poder de intervenção do ser humano no meio natural era limitado, prevalecendo essa relação de forças em favor da natureza, hoje a balança se inverteu de forma definitiva. A relação de causa e efeito vinculada à ação humana, do ponto de vista ecológico, tem uma natureza cumulativa e projetada para o futuro<sup>405</sup>.

Para o sociólogo alemão, dentro do modelo contemporâneo de produção, em conjunto e de forma indissociável da produção de riqueza, há uma submissão da humanidade a riscos dantes inimagináveis, os quais colocam em risco não só as presentes gerações, mas também as futuras. A ideia central de toda a teorização é a de que na suplantação da sociedade industrial se erigiu uma sociedade de riscos, em cujo seio, contudo, a repartição dos riscos e a sua eventual efetivação como efeito deletério das condições e *status* jurídicos não obedece aos padrões de distribuição de malefícios orientada por critérios sociais e geográficos, como ocorreu, por exemplo, na denominada primeira modernidade.

*Inequalities in class and risk society can therefore overlap and condition one another; the latter can produce the former. The unequal distribution of social wealth offers almost impregnable defensive walls and justifications for the production of risks. Here a precise distinction must be made between the cultural attention to risks and their actual diffusion. Class societies are societies where, across all the gaps between classes, the main concern is the visible satisfaction of material needs. Here, hunger and surplus or power and weakness confront each other. Misery needs no self-confirmation. It exists. Its directness and visibility correspond to the material evidence of wealth and power. The certainties of class societies are in this sense the certainties of a culture of visibility: emaciated hunger contrasts with plump satiety; palaces*

---

<sup>404</sup> BECK, Ulrich. **Risk society**: towards a new modernity. Londres: Sage Publications Inc., 1992. p. 19.

<sup>405</sup> SARLET, Ingo. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 35.  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*with hovels; splendor with rags. These evident qualities of the tangible no longer hold in risk societies. What escapes perceptibility no longer coincides with the unreal, but can instead even possess a higher degree of hazardous reality. Immediate need competes with the known element of risk. The world of visible scarcity or surplus grows dim under the predominance of risks. The race between perceptible wealth and imperceptible risks cannot be won by the latter. The visible cannot compete with the invisible. Paradox decrees that for that very reason the invisible risks win the race<sup>406</sup>.*

Apenas a título elucidativo, e como elemento de ligação desta nova estrutura organizacional social com os preceitos, necessidades e elementos da órbita do direito ambiental, é preciso ressaltar que Ulrich Beck inclui nesses riscos os de tipificação nuclear e, conseqüentemente, também os riscos genéticos. Em termos precisos:

*Anyone who conceives of modernization as a process of autonomized innovation must count on even industrial society becoming obsolete. The other side of the obsolescence of the industrial society is the emergence of the risk society. This concept designates a developmental phase of modern society in which the social, political economic and individual risks increasingly tend to escape the institutions for monitoring and protection in industrial society. Two phases can be distinguished here: first, a stage in which the effects and self-threats are systematically produced but do not become public issues or the center of political conflicts. Here the self-concept of industrial society still predominates, both multiplying and “legitimizing” the threats produced by decision-making as “residual risks” (the “residual risk society”). Second, a completely different situation arises when the dangers of industrial society begin to dominate public, political and private debates and conflicts. Here the institutions of industrial society become the producers and legitimators of threats they cannot control. What happens here is that certain features of industrial society become socially and politically problematic. On the one hand, society still makes decisions and takes actions according to the pattern of the old industrial society, but, on the other, the interest organizations, the judicial system and politics are clouded over by debates and conflicts that stem from the dynamism of risk society<sup>407</sup>.*

Assim, pode-se concluir que a configuração de uma sociedade de riscos, nos moldes propostos, caracteriza-se pela submissão do bem ambiental e, por conseguinte, toda a coletividade, às incertezas, especificamente, às dúvidas acerca dos resultados de

---

<sup>406</sup> BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. Londres: Sage Publications Inc., 1992. p. 44-45.

<sup>407</sup> BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, LASH, Scott. **Reflexive modernization**. Politics, tradition and aesthetics in the modern social order. Londres: Polity Press, 1995. p. 5.  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

determinadas atividades humanas. Tais inseguranças dão-se em relação às consequências de ações que a ciência atual não é capaz de valorar nem, por vezes, sequer identificar. Dito de outro modo, o desenvolvimento tecnológico humano produziu um cenário de não saber sequer o que não se sabe (*hard uncertainty*)<sup>408</sup>.

Assim, a afirmação teórica da identificação de uma sociedade de riscos evidencia que, mais complexo do que ter a certeza científica de quais efeitos ainda não foram suficientemente aclarados, é a possibilidade de nem sequer se conhecer o que precisa de ser esclarecido cientificamente para que se possa assegurar a segurança ecológica garantida pelo direito positivado. Nessa sociedade, os riscos assumem dimensões que não podem ainda ser mensurados, e os impactos de alguns eventos, como as mudanças climáticas e o uso de organismos geneticamente modificados<sup>409</sup>, são uma incógnita para o meio social.

Concomitantemente à configuração desse cenário de incertezas (plenas ou parciais) e/ou de certeza sobre riscos (ou até mesmo em decorrência deles) emergiu a conscientização social pela salvaguarda do bem ambiental e dos recursos naturais. Não restam dúvidas de que o discurso ecológico assumiu proporções que lhe garantiram papel político-social de destaque, inclusive com a criação de partidos cujo lema principal é a defesa do meio ambiente<sup>410</sup>. Formou-se então um cenário aglutinador de dois elementos até certo ponto complementares: a) a identificação de um modo de produção amplamente distribuidor de riscos (conhecidos e também incertos), no escopo da denominada segunda modernidade, e b) uma preocupação social cada vez maior com o meio ambiente.

A distinção sobre qual desses fenômenos é anterior é bastante insidiosa e de nenhuma relevância para a questão enfrentada por esta investigação. E não por outro motivo será apenas mencionada. Mas, à guisa de uma breve contextualização, vale lembrar que a teorização do risco nos termos aqui colocados se deu no lastro de uma série

---

<sup>408</sup> Ver: CASSUTO, David N.; SAMPAIO, Romulo S. R. Keeping it legal: transboundary management challenges facing Brazil and the Guarani. **Water Internacionais**, [s.l.], v. 36, n. 5, p. 661-670, Sept. 2011., No original: “*For example, development issues present a soft uncertainty challenge. Potential threats are, for the most part, knowable and their potential impacts are calculable. Climate change impacts, by contrast, present a problem of hard uncertainty. The dimensions of the threat are not yet measurable and the impacts remain unknown. In other words, threats posed by development present a known unknown while climate change presents multiple challenges predicated on unknown unknowns*”.

<sup>409</sup> Ver: AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

de acidentes ambientais e ocupacionais ampliados, ocorridos entre o pós-guerra (1945) e o final da década de 1980, em diferentes regiões do mundo. Entre eles, são exemplos emblemáticos as bombas de Hiroshima e Nagasaki (1945); a doença de Minamata, ilha no Sudoeste do Japão, cujas águas foram contaminadas por mercúrio e outros metais pesados (1954); a nuvem de dioxina na cidade de Seveso, na Itália, após explosão de uma fábrica de produtos químicos (1976); o incêndio de Vila Socó, em Cubatão/Brasil (1984), e a própria catástrofe nuclear de Chernobyl/Ucrânia (1986).

Desse modo, a realidade vinda à tona na década de 1980 tornou determinante a formalização de um arcabouço jurídico-normativo capaz de lidar com a maior acuidade atribuída ao bem ambiental (consideradas as suas características e peculiaridades) e com a configuração de uma sociedade que não se mostra apta a manejar os riscos que ora produz e aos quais, portanto, se submete.

É neste momento histórico – na fase posterior ao período industrial clássico – que surge a nova sociedade identificada por Ulrich Beck – a sociedade de riscos –, que “[...] representa a tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, (...) marcada pelo risco permanente de desastres e catástrofes”<sup>411</sup>. Cenário que nem mesmo os mais notáveis sociólogos foram capazes de prever, conforme delimitou Anthony Giddens:

Tanto Marx como Durkheim viam a era moderna como uma era turbulenta. Mas ambos acreditavam que as possibilidades benéficas abertas pela era moderna superavam suas características negativas. Marx via a luta de classes como fonte de dissidências fundamentais na ordem capitalista, mas vislumbrava ao mesmo tempo a emergência de um sistema social mais humano. Durkheim acreditava que a expansão ulterior do industrialismo estabelecia uma vida social harmoniosa da divisão do trabalho e do individualismo moral. Max Weber era o mais pessimista entre os três patriarcas fundadores, vendo o mundo moderno como um mundo paradoxal onde o progresso material era obtido apenas à custa de uma expansão da burocracia que esmagava a criatividade e a autonomia individuais. Ainda assim, nem mesmo ele antecipou plenamente o quão extensivo viria a ser o lado mais sombrio da modernidade. Para dar exemplo, todos os três autores viram que o trabalho industrial moderno tinha consequências degradantes, submetendo muitos seres humanos à disciplina de um labor maçante, repetitivo. Mas não se chegou a prever que o desenvolvimento destrutivo de larga escala em relação ao meio ambiente material. Preocupações ecológicas nunca tiveram muito espaço nas tradições de pensamento incorporadas na Sociologia, e não é surpreendente que os

---

<sup>411</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2 ed. (rev. atual. ampl.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 2.  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

sociólogos hoje encontrem dificuldade em desenvolver uma avaliação sistemática delas<sup>412</sup>.

A proposição ideológica sobrevinda com o advento da modernidade era de que o homem assumira o controle da natureza e as questões ambientais permaneceriam como um elemento reflexo dos progressos sociais. Ou seja, uma questão de segundo ou terceiro plano e que, destarte, não merecia uma avaliação mais pormenorizada.

Ocorre que a conjugação dos dois fatores indicados permitiu a Ulrich Beck o estabelecimento de uma teoria sociológica pautada por uma alteração epistemológica, a qual colocava em causa o poder da ciência para gerir suas criações, bem como suas inerentes consequências socioambientais e a noção de progresso até então dominante. Para além disso (incapacidade humana de gerir os riscos), a ideia central de ambas as teorias parece sugerir que, mais do que não saber lidar com os riscos, a modernidade pode ser identificada como uma das causas de tal natureza de eventos.

Essa alteração da interpretação do contexto social, econômico, cultural e ambiental passou pelo reconhecimento de um panorama de produção e de distribuição indiscriminada de riscos, que conduziu à identificação de uma sociedade contemporânea, pós-industrial – a sociedade de riscos. Diante dessa nova concepção social, às batalhas sociais que historicamente permearam o desenvolvimento humano, e que outrora se limitavam à distribuição das riquezas oriundas do trabalho humano (transformação da natureza) e, portanto, gerada pelo sistema produtivo, agora se acrescenta uma componente socioambiental, qual seja a luta pela justa e adequada distribuição dos riscos.

Para Beck, essa modificação na estrutura lógica da distribuição deveu-se a dois fatores. O primeiro, decorrente da redução objetiva das carências materiais a partir da produção tecnológica. O segundo fator está consubstanciado no fato de que no caminho do crescimento exponencial das forças produtivas, riscos e ameaças potenciais surgiram numa extensão até então desconhecida<sup>413</sup>. O fenômeno da exposição indiscriminada do

---

<sup>412</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da Unesp, 1990. p. 16-17.

<sup>413</sup> BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. Londres: Sage Publications Inc., 1992. p. 19. No original: “*It occurs – as is recognizable today – where and to the extent that genuine material need can be objectively reduced and socially isolated through the development of human and technological productivity, as well as through legal and welfare-state protections and regulations. Second, this categorical change is likewise dependent upon the fact in the course of*”

meio social aos riscos da segunda modernidade foi muito bem sintetizado por José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, que afirmaram: “No contexto societal de emergência do capitalismo industrial, ao mesmo tempo em que eram proporcionadas condições de desenvolvimento tecnológico, apropriação de bens e livre acumulação econômica, a sociedade era exposta a uma crescente proliferação de ameaças originadas de diversas fontes”<sup>414</sup>.

Especificamente, em abordagem ainda inicial, deve-se entender que a teoria beckiana divide a formação de uma nova estrutura social em duas etapas. A primeira delas, denominada sociedade industrial (primeira modernidade), e a segunda a sociedade de risco (segunda modernidade). Assim, os novos riscos enfrentados pela sociedade contemporânea pós-industrial caracterizam-se pelo caráter intergeracional, não se enquadrando no esquema clássico da responsabilidade nem no sistema de seguros privados, chegando-se a afirmar que o perpetrador do dano e a vítima, mais cedo ou mais tarde, serão o mesmo indivíduo<sup>415</sup>. Consoante sustenta Ulrich Beck,

[...] os riscos ecológicos e de alta tecnologia que têm perturbado o público há alguns anos, e que serão o foco do que se segue, têm uma qualidade nova. Nas aflições que produzem eles já não estão vinculados ao seu local de origem – a planta industrial. Por sua natureza, eles colocam em risco todas as formas de vida neste planeta. As bases normativas de seu cálculo – o conceito de acidente e seguro, precauções médicas e assim por diante – não se encaixam nas dimensões básicas destas ameaças modernas. Plantas atômicas, por exemplo, não são seguradas ou seguráveis pela iniciativa privada. Acidentes atômicos não são mais acidentes (no sentido restrito da palavra “acidente”). Eles duram gerações. Os afetados incluem mesmo aqueles que ainda não vivem no tempo ou no lugar onde ocorreu o acidente, mas que venha a nascer anos mais tarde e longe dali<sup>416</sup>.

---

*the exponentially growing productive forces in the modernization process, hazards and potential threats have been unleashed to an extent previously unknown”.*

<sup>414</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2 ed. (rev. atual. ampl.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 11.

<sup>415</sup> BECK, Ulrich, op. cit..

<sup>416</sup> BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. Londres: Sage Publications Inc., 1992. p. 22. No original: “[...]/ the ecological and high-tech risks that have upset the public for some years now, which will be the focus of what follows, have a new quality. In the afflictions they produce they are no longer tied to their place of origin – The industrial plant. By their nature they endanger all forms of life on this planet. The normative bases of their calculation – the concept of accident and insurance, medical precautions, and so on – do not fit the basic dimensions of these modern threats. Atomic Plants, for example are not privately insured or insurable. Atomic accidents are accidents no more (in the limited sense of the word “accident”). Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



Esta alteração na lógica temporal e de causa e efeito, com brutais implicações na teoria da responsabilidade civil contemporânea, deriva da identificação, pelo sociólogo alemão, de que o contexto de uma sociedade de riscos imputa a todos a condição de causa e efeito da subordinação integral da humanidade aos riscos da pós-modernidade. Mais do que isso, conduz à formulação de uma sociedade reflexiva<sup>417</sup>, dado que a ciência, em que se depositavam as esperanças de solução de eventuais problemas, não mais se revela apta a solvê-los. Nessa perspectiva, Maria Celina Bodin de Moraes, ao avaliar a expressão “sociedade de risco”, nota que seu sentido:

[...] não se vincula diretamente às crescentes hipóteses de risco – entendidas, por exemplo, como o aumento real no número de acidentes –, mas “às sociedades que se organizam para fazer frente ao incremento daquelas hipóteses, introduzidas principalmente pelos avanços tecnológicos e pela intensa interferência humana no meio ambiente”<sup>418</sup>.

Mas qual é a definição concreta de risco que permite avançar nesta investigação? Qual seria o objeto a ser manejado por uma responsabilidade civil de cunho marcadamente distributivo?

Como já sugerimos, sob a ótica de Ulrich Beck, a denominada “primeira modernidade” plasmou a ideia já ultrapassada de que a natureza se revela como algo estranho ao ser humano e que precisa de ser compreendida como uma fonte infindável de matérias-primas para o processo industrial de geração de riquezas. Nas palavras de Beck, sob este contexto societal, a natureza “[...] é uma fonte inesgotável de recursos para o processo de industrialização, natureza como mero conceito daquilo que é estranho, daquilo que está fora da sociedade e precisa ser controlado”<sup>419</sup>.

Ocorre que essa impassibilidade diante da natureza se revelou equivocada, sobretudo em razão do fenômeno nomeado crise ecológica<sup>420</sup> (na acepção biológica do

---

*They outlast generations. The affected even include those not yet alive at the time or in the place where the accident occurred but born years later and long distances away”.*

<sup>417</sup> PIERSON, Christopher. **Conversas com Anthony Giddens**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

<sup>418</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 322-323.

<sup>419</sup> BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2003. p. 21.

<sup>420</sup> Ver: LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Inovações em direito ambiental**. Florianópolis: Fundação José Arthur Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

termo), dando origem à denominada segunda modernidade ou sociedade de riscos. Essa crise, a despeito de evidenciar e exacerbar as vulnerabilidades ambientais da nova modernidade, não é acompanhada pela necessária adoção de medidas científicas, políticas e jurídicas de manejo dos riscos criados e da distribuição de responsabilidades por eles.

Assim, pode-se extrair da obra beckiana que os riscos caracterizadores dessa sociedade se traduzem em três categorias básicas: 1) risco acumulado; 2) risco de acidentes de larga escala e 3) riscos invisíveis e não quantificáveis. A primeira das categorias tende a evidenciar os riscos advindos da deposição ininterrupta de substâncias deletérias no bem ambiental com efeitos cumulativos e, portanto, diluídos na escala temporal. A segunda, por sua vez, refere-se às comumente chamadas catástrofes ambientais, como acidentes nucleares, por exemplo. Por derradeiro, a terceira categoria de riscos é a dos ditos riscos invisíveis, os quais representam a expressão máxima da sociedade de riscos consubstanciando aqueles não ainda suficientemente identificáveis e, não por outra razão, ainda não perceptíveis. Todas as três modalidades estão a demonstrar que a sociedade contemporânea se coloca sob riscos (possibilidades de dano) para os quais não há ainda uma resposta jurídica adequada.

Bodin de Moraes acrescenta que a sociedade de riscos gera um sentimento de angústia no seio social, que é aprofundado “[...] diante do descompasso existente entre a velocidade do progresso tecnológico e a lentidão com a qual amadurece a capacidade de organizar, social e juridicamente, os processos que acompanham esse progresso”<sup>421</sup>. Daí a necessidade emergente da exposição de um sistema jurídico diferenciado de responsabilidade civil ou, como preferiu Ulrich Beck, o estabelecimento de uma nova interpretação causal:

Uma interpretação causal deve ser adicionada, o que torna isto parecer ser um produto do modo industrial de produção, um efeito colateral sistemático de modernização. Em riscos socialmente reconhecidos, portanto, as autoridades e os agentes do processo de modernização,

---

Boiteux, 2000. p. 13. No original: “É inegável que atualmente estamos vivendo uma intensa crise ambiental, proveniente de uma sociedade de risco, deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida. Parece que esta falta de controle da qualidade de vida tem muito a ver com a racionalidade do desenvolvimento econômico do Estado, que marginalizou a proteção do meio ambiente”.

<sup>421</sup>MORAES, Maria Celina. Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito Estado e Sociedade**, [s.l.], v. 9, n. 29, p. 237, jul./dez. 2006. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

juntamente com todos os seus interesses particulares e dependências são presumidos, e são colocados em uma conexão direta, no padrão de causa e efeito, com sinais de danos e ameaças que são socialmente, materialmente, espacial e temporalmente bastante destacados<sup>422</sup>.

De fato, como verificado em toda a história do direito – aqui entendido como um fenômeno social definidor de condutas aceitas em determinado local e num período de tempo definido<sup>423</sup> –, as concepções vinculadas ao tema da responsabilidade civil e de seus pressupostos de emergência sempre ganharam o atributo da dinamicidade. Ou seja, sob o prisma histórico, houve significativa alteração nas formas e requisitos para a conformação jurídica do dever de indenizar, ainda que de forma lenta. Por exigência da própria alteração temporal das estruturas sociais, diga-se, ela é modificada periodicamente (vide alteração da responsabilidade subjetiva para a objetiva) com o objetivo maior de procurar oferecer uma resposta mais justa, adequada e eficiente.

Isso porque a responsabilidade civil tem a “[...] finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes”<sup>424</sup>. Assim, deve atender aos anseios da necessidade ecológica de uma sociedade de risco, como bem mostraram José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, ao considerarem que: “[...] o direito é posicionado em condição de crítica com relação à sua eficácia e ao grau de sua funcionalidade na organização de respostas jurídicas e adequadas para atender as qualidades especiais dos efeitos negativos da crise ecológica nas sociedades contemporâneas”<sup>425</sup>.

---

<sup>422</sup>BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. Londres: Sage Publications Inc., 1992. p. 27. *In verbis*: “A causal interpretation must be added, which makes this appear to be a product of the industrial mode of production, a systematic side effect of modernization. In socially recognized risks, therefore, the authorities and agents of the modernization process along with all their particular interests and dependencies are presumed, and are placed in a direct connection, in the pattern of cause and effect, with signs of damage and threats that are socially, substantively, spatially and temporally quite detached” (tradução livre do autor).

<sup>423</sup> Ver: LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 20: “O direito é o conjunto das normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo momento pelo grupo ao qual se pertence”.

<sup>424</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. (rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002). Aument. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 1, p. 25.

<sup>425</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Transdisciplinaridade e a proteção jurídico ambiental em sociedades de risco: direito, ciência e participação. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004. p. 119.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Até ao presente, notou-se que a ideia da justiça distributiva espalhou seus efeitos sob a responsabilidade civil. Essa lógica da distribuição adequada de responsabilidades encontra aplicação exemplar na configuração de riscos da segunda modernidade (em suas três vertentes).

O risco, entendido como a possibilidade de ocorrência de um evento danoso, em especial os riscos invisíveis, elementos marcantes da segunda modernidade, precisa de ser gerido de forma adequada; mais precisamente, necessita de ser gerido sob a ótica distributiva e não mais diante do proeminente viés ressarcitório e reparatório classicamente atribuído à responsabilidade civil. Afinal, como mencionado por José Rubens Morato Leite e Matheus Almeida Caetano, nesse complexo campo “[...] aflora um novo Direito, o qual pode ser intitulado: Direito Ambiental Reflexivo. Essa complexidade jurídico-ambiental evolui para novos contornos de responsabilização civil por danos ambientais”<sup>426</sup>.

A ideia inclui necessariamente, para além da compreensão de uma estrutura social de gestão de riscos, também a compreensão do conceito de problemas ambientais de segunda geração, como exposto por José Joaquim Gomes Canotilho<sup>427</sup>. Nos precisos termos do constitucionalista português, a segunda geração dos problemas ambientais “[...] relaciona-se com os efeitos que extravasam a consideração isolada dos elementos constitutivos do ambiente e as implicações dos mesmos”<sup>428</sup>. Ainda sobre o tema, escreve Patryck de Araújo Ayala :

A realidade dos atuais problemas ambientais encontra-se muito bem representada pelos efeitos das mudanças climáticas globais: efeitos imprevisíveis, de larga escala, invisíveis, de grande potencial ofensivo, e que redefinem este contexto de uma sociedade de riscos, uma sociedade que é contemporânea e que reforça os liames de solidariedade

---

<sup>426</sup> LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade civil por danos ambientais na sociedade de risco: um direito reflexivo frente às gerações de problemas ambientais. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord.). **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 274.

<sup>427</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>428</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito ao ambiente como direito subjectivo. **Boletim da Faculdade de Direito**. Tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. Coimbra, 2005. p. 47. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

e da corresponsabilidade de tal modo que nunca se teve notícia anterior<sup>429</sup>.

É inegável, portanto, que a configuração de um cenário de riscos – que, por sua vez, possibilita a revisitação categórica dos problemas ambientais, pondo-se a exigir uma reclassificação em gerações de problemas ambientais – deve estabelecer não uma superação dos riscos de primeira geração pelos de segunda geração, senão uma abordagem dialógica para as gerações de problemas ambientais, nos moldes do estabelecido pelas gerações de direito. De tal modo que pode estabelecer também, mas não só, implicações para a teoria jurídica que fundamenta a responsabilidade civil. Nesse sentido, já define José Joaquim Gomes Canotilho a emergência da responsabilidade de longa duração, decorrente da interação entre os problemas ecológicos de primeira e de segunda geração, estabelecendo-a como uma nova categoria dogmático-constitucional, a qual convoca

[...] quatro princípios básicos intrinsecamente relacionados: o princípio do desenvolvimento sustentável (art. 66.º/2), o princípio do aproveitamento racional dos recursos (art. 66.º/2/b), o princípio da salvaguarda da capacidade de renovação e estabilidade ecológica destes recursos (art. 66.º/2/d) e o princípio da solidariedade entre gerações (art. 66.º/2/d)<sup>430</sup>.

---

<sup>429</sup> AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental da sustentabilidade e os princípios de um direito ambiental de segunda geração na PNMA. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord.). **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 244.

<sup>430</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos – Polytechnical Studies Review**, [s./l.], v. VIII, n. 13, 007-018, p. 13-14, 2010. Ainda sobre o tema, o autor afirma: “A responsabilidade de longa duração pressupõe a obrigatoriedade não apenas de o Estado adoptar medidas de protecção adequadas, mas também o dever de observar o princípio do nível de protecção elevado quanto à defesa dos componentes ambientais naturais. Embora a Constituição Portuguesa não consagre *expressis verbis* este princípio, ele vem servindo de parâmetro e de *standard* material no ordenamento jurídico da União Europeia (no âmbito do ambiente, da saúde, do emprego). Coloca-se, desde logo, o problema de saber se existe um direito a um mínimo de existência ecológico<sup>13</sup>. Talvez seja mais rigoroso, no contexto conceptual do direito português, falar de um núcleo essencial de um direito fundamental ao ambiente e à qualidade de vida. Este núcleo essencial pressupõe, desde logo, a procura do nível mais adequado de acção, ou seja, que a execução das medidas de política do ambiente tenha em consideração o nível mais adequado de acção, seja ele de âmbito internacional, nacional, regional, local ou sectorial (art. 3.º/f da Lei de Bases do Ambiente). A Constituição não exige, porém, a protecção máxima do ambiente como pressuposto ineliminável da salvaguarda do núcleo essencial do direito ao ambiente se com isso se pretende significar a proibição de qualquer intervenção humana prejudicial ao ambiente. Mas Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Em termos mais precisos e específicos à função da responsabilidade civil na gestão dos riscos, em especial na temática ambiental que por si só demanda a configuração de uma estrutura de RC diferenciada<sup>431</sup>, ou ainda de forma até certo ponto mais audaciosa, Delton Winter de Carvalho atribui a ela uma aptidão impregnada das inter-relações com a sociedade de riscos e com os problemas ambientais de segunda dimensão. Assim, esse cenário tornaria possível a compreensão da responsabilidade como forma de gerir riscos ambientais, o que se convencionou denominar teoria do risco abstrato<sup>432</sup>. Em igual sentido, Annelise Monteiro Steigleder indica que a forma de compreensão clássica do direito não equaciona os problemas ambientais de segunda dimensão:

---

já é razoável convocar o princípio da proibição de retrocesso no sentido de que as políticas ambientais – desde logo, as políticas ambientais do Estado – são obrigadas a melhorar o nível de protecção já assegurado pelos vários complexos normativo-ambientais (Constituição, tratados internacionais, direito comunitário europeu e leis)<sup>14</sup>. A proibição do retrocesso não deve interpretar-se como proibição de qualquer retrocesso referido a normas concretas ou como proibição geral de retrocesso. Não se pode falar de retrocesso quando forem adoptadas medidas compensatórias adequadas para intervenções lesivas no ambiente, sobretudo quando estas medidas contribuírem para uma clara melhoria da situação ambiental. De qualquer modo, há hoje determinantes heterónomas – constitucional e internacionalmente impostas – possibilitadoras da delimitação normativa constitucional do nível adequado de protecção. Situam-se aqui – na qualidade de determinantes heterónomas – os princípios de desenvolvimento sustentável, do aproveitamento racional dos recursos, da salvaguarda da capacidade de renovação ecológica e do princípio da solidariedade entre gerações”.

<sup>431</sup> BENJAMIM. Antonio Herman de Vasconcelos. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. **BDJur**, [s.l.] [s.d.]. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A\\_Responsabilidade\\_Civil.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A_Responsabilidade_Civil.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2017. *In verbis*: “No tema do meio ambiente (...) não é nada fácil definir, com precisão, as fronteiras do universo de vítimas, seja: a) pela operação *sui generis* da causalidade (o dano só se manifesta anos ou décadas após o fato original); seja b) pela própria arquitetura da relação jurídica ambiental, que envolve sujeitos ainda não nascidos (gerações futuras). Não é raro o dano ambiental deixar de se manifestar de imediato, atuando no plano intergeracional, sendo suas consequências mais terríveis detectáveis somente no futuro. Assim ocorre, p. ex., com a exposição *in utero* e com a degeneração genética. O comportamento danoso, dessa maneira, atinge até aqueles que ainda não nasceram ou sequer foram concebidos. Num tal cenário de causa-efeito de grande complexidade, fica inviabilizada a determinação *ex ante* dos sujeitos atingidos, bem como a avaliação da magnitude do dano, dano esse que é coletivo, envolvendo sujeitos presentes e futuros, vítimas desprevenidas e inconscientes, por isso mesmo completamente indefesas, da degradação ambiental” (p. 13).

<sup>432</sup> CARVALHO, Délton Winter da. A teoria do dano ambiental futuro: a responsabilização civil por riscos ambientais. **Revista Direito e Ambiente**, Lisboa, n. 1, p. 80, 2009. *In verbis*: “A inserção do futuro na reflexividade dos processos de decisão jurídica impõe-se através da comunicação do risco no Direito, exigindo deste não apenas uma noção restrita e dogmática do risco, cuja função [mais repressiva do que preventiva] é a de atribuir a responsabilização civil sem a necessidade de provar a culpa para a condenação daquele que ocasiona um dano ambiental. A formação de uma nova noção de risco detém, principalmente, a função de dar condições estruturais para que o Direito produza processos decisivos que, para investigar, avaliar e gerir os riscos ambientais, se antecipe a ocorrência dos danos ambientais”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

O direito clássico, centrado no indivíduo e na proteção da propriedade privada, a partir de regras rígidas e hierarquizadas, não dá conta da crise ambiental e do problema da repartição destes riscos civilizatórios, os quais produzem danos ambientais irreversíveis e invisíveis, tanto no que diz respeito à constatação do dano como no que tange à demonstração da causalidade. Em consequência da racionalidade científica que forjou o pensamento jurídico contemporâneo, o direito trata o ambiente de forma fragmentada, patrimonializada, e, no que se refere à responsabilidade civil, exige a certeza do dano e a prova cabal do nexo de causalidade, desconsiderando que os riscos projetam-se para o futuro, pelo que têm algo de incerto e irreal. Com isto, o direito concorre para ocultar as origens e as consequências da degradação ambiental, em nada contribuindo para a interiorização das externalidades do processo produtivo<sup>433</sup>.

Sendo a técnica de nomenclatura utilizada questionável, eis que Delton Winter de Carvalho a estabelece como um dano ambiental futuro<sup>434</sup>, quando a imensa maioria da doutrina francesa, vanguarda na teorização de uma responsabilidade civil sem dano, referenda a compreensão do risco como um dano. Assim, não se trataria de um dano potencial ou hipotético, mas verdadeiro dano consubstanciado na formação de um risco inaceitável. O tema, contudo, é analisado com mais detalhe nos próximos capítulos.

O fato é que é precisamente para a gestão desses riscos, os de segunda dimensão, que se permite a discussão sobre a viabilidade ou não de um viés precipuamente preventivo atribuído à responsabilidade civil ambiental<sup>435</sup>, ou permitir-se-ia a ampliação

---

<sup>433</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental do direito brasileiro. 2. ed. (rev., atual. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 67.

<sup>434</sup> CARVALHO, Délton Winter da. A teoria do dano ambiental futuro: a responsabilização civil por riscos ambientais. **Revista Direito e Ambiente**, Lisboa, n. 1, p. 86, 2009. *In verbis*: “[...] o dano ambiental futuro é a expectativa de dano de caráter individual ou transindividual ao meio ambiente. Por se tratar de risco, não há necessariamente dano atual nem necessariamente a certeza científica absoluta de sua ocorrência futura, mas tão somente a probabilidade de dano às futuras gerações. Nestes casos, a constatação de alta probabilidade ou probabilidade determinante de comprometimento futuro da função ecológica ou da capacidade de uso humano dos bens ecológicos ensejaria a condenação do agente às medidas preventivas necessárias (obrigações de fazer ou não fazer), a fim de evitar danos ou minimizar as consequências futuras daqueles já concretizados”.

<sup>435</sup> Nesse sentido: “É justamente sobre esses riscos de natureza abstrata que recairá o princípio da precaução, de forma a reconhecer-se hodiernamente uma função preventiva à responsabilidade civil em matéria ambiental, uma vez que o risco da imputação desestimula a prática poluidora/degradante, evitando-se a própria ocorrência do dano ambiental”. In: LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade civil por danos ambientais na sociedade de risco: um direito reflexivo frente às gerações de problemas ambientais. In: LOPEZ, Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

do conceito de dano, mormente afeto à noção de personalidade e sua amplitude de componentes. Afinal, como afirma Cunhal Sendim:

A par do ressarcimento dos danos ambientais através da consideração das restrições de vizinhança e a possível tutela concedida pelas situações jurídicas de personalidade, é claro que a problemática da imputação dos danos causados às pessoas e às coisas através do ambiente e dos danos causados directamente à Natureza se reconduz, naturalmente, ao instituto da responsabilidade civil<sup>436</sup>.

A problematização da responsabilidade civil em termos ambientais, consideradas as peculiaridades do risco, bem como os aspectos da personalidade, como exposto por José de Sousa Cunhal Sendim, traz à ribalta tópicos visceralmente atrelados segundo a perspectiva de observação deste trabalho: responsabilidade civil, risco e direitos da personalidade.

Não por outro motivo é consensual na doutrina que, diante das peculiaridades do direito ambiental, em termos de RC exige-se, ainda que a observação aqui apontada se refira à causalidade, “[...] a imputação dos danos ambientais através de um princípio de responsabilidade pelo risco”<sup>437</sup>. A ideia do diálogo entre a responsabilidade civil e as estruturas do direito ambiental deve, necessariamente, perpassar a análise desses institutos jurídicos, com especial destaque para a personalidade, mormente quando compreendido como “[...] dotada de uma dimensão espaço-temporal correspondente à dimensão da colectividade a que o sujeito pertence”<sup>438</sup>. Daí que seja necessária a compreensão do direito do ambiente como um direito de personalidade.

---

Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. (Coord.). **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>436</sup> SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através da restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 38.

<sup>437</sup> SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através da restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 39.

<sup>438</sup> *Ibidem*, p. 35.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



## 9. CONSIDERAÇÕES

---

Definiu-se, até o presente momento, mais proximamente, a concepção do direito para um meio ambiente equilibrado como integrante do acervo do conjunto jurídico-normativo conformador dos direitos fundamentais e humanos e portanto, de inegável aplicação prática seja nas relações verticais Estado-cidadão, quanto nas relações privadas, sejam elas horizontais ou diagonais.

Este trabalho, contudo, de desenvolvimento da real dimensão do direito ao meio ambiente e suas interrelações com o direito privado será retomado na próxima parte da pesquisa, ao passo que se pretende avaliar sua categorização não só como direito fundamental, de conotação indiscutível, mas também de sua potencialidade para se circunscrever-se pelo rol de direitos da personalidade, nomeadamente por meio de sua inserção no que se convencionou denominar direito geral da personalidade.

Quer-se, assim, referendar o abandono positivista de uma proteção da personalidade tipificada à medida em que mesmo o Código Civil Português afirma de forma categórica, em seu artigo 70, nº 1, que “*a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral*”.

Neste momento, todavia, já não restam dúvidas, portanto, acerca da impossibilidade de, em primeiro plano, destituir a personalidade humana do ambiente em que se insere, que é necessário ao seu pleno desenvolvimento e, igualmente, de reconhecer-se a componente ambiental como parte não fulcral da humanidade, porquanto é inviável juridicamente negar ao direito ao ambiente adequado aplicação direta/imediata frente às relações particulares, embora se reconheçam as raízes históricas da conformação jurídica do direito ambiental, assim como de todos os direitos fundamentais concebidos como garantias face ao Estado.

Ademais, foi preciso acrescentar ao cenário fático-jurídico elucidado a componente social da configuração de uma sociedade de riscos (incertezas) e a necessária ou ainda meramente conceitual socialização desses mesmos riscos (de relevantíssimo efeito no direito da responsabilidade civil) e, na análise da responsabilidade civil, as implicações da complexidade da tessitura social inerente aos meios de produção contemporâneos, como por exemplo aquando do estabelecimento do requisito causal necessário à emergência do dever de indenizar com eventual identificação da

incapacidade da responsabilidade civil para gerir e controlar este quadro de potencial lesivo (em extensão e intensidade) incalculável.

Não está em causa construir um cenário de responsabilização indiscriminada com fundamento na solidariedade social, porquanto isso contrariaria ontologicamente o direito de responsabilidade civil, compreendido em qualquer dos seus sistemas; trata-se apenas de, neste momento do trabalho, o qual ainda se encontra em sua porção inicial, de indentificar de forma precisa o objeto do estudo em todas as suas especificidades.

Já aqui se pode garantir que o cenário da eficácia horizontal dos direitos ambientais pode tender a destituir a responsabilidade civil de um papel de gestora social dos riscos, papel esse atribuído exclusivamente a instrumentos de direito público, ainda que esta última opção possa conduzir à subtração do incentivo, inerente ao direito de responsabilidade civil, da adoção de medidas preventivas e precaucionais frente aos riscos. A tendência sedutora de inflar a responsabilidade civil, atribuindo-lhe eficácia em cenários fáticos não a ela correlatos e finalidades divorciadas de sua essência teleológica, conclui-se aqui, pode acabar por fazer perecer seu cerne estruturante.

Ademais – e é este mais um passo desta investigação –, reconhece-se a centralidade da Responsabilidade Civil na pessoa e, uma vez consolidada esta noção, é preciso definir de que forma o direito da responsabilidade civil é influenciado pelo direito ambiental, e avaliar sua aptidão para se consagrar, pela aceção deste como direito fundamental e potencialmente como direito de personalidade, de um meio ambiente sadio e equilibrado, conforme é reconhecido pela maioria, senão a totalidade, dos ordenamentos jurídicos civilizados.

## PARTE III

## 10. O SER PESSOA

---

Hodiernamente, e como regra, toda a juridicidade e teleonomologia<sup>439</sup> do direito radica na pessoa<sup>440</sup>, daí surgindo o inegável debate acerca do que se entende por pessoa<sup>441</sup>, compreendida como categoria ontológica e ente para quem e por quem todas as espécies jurídico-normativas são (na contemporaneidade do campo) pensadas e moldadas<sup>442</sup>.

Todavia, a definição do ser é ontologicamente problemática na ciência do direito. Como bem prelecionou Cabral de Moncada, a noção de direito revela-se na compreensão de um dever-ser<sup>443</sup>, sendo inclusive o entendimento e a definição do “ser” tormentosos<sup>444</sup> para essa ciência que, de forma bastante ambiciosa, tenta estabelecer critérios, padrões e diretrizes ideais de um dever-ser. E, para tanto, necessariamente deve definir como seu antecedente lógico os contornos delimitadores do ser cujas premissas de dever estabelecerá.

Nesse diapasão, cumpre-nos destacar que o debate filosófico da definição conceitual de pessoa, em que o direito tem a pretensão de estabelecer um padrão ideal de ser, tem sua origem histórica na Antiguidade greco-romana. Ainda que na altura fosse a pessoa considerada não em sua individualidade, mas em função do todo<sup>445</sup> e dos papéis

---

<sup>439</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>440</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de Vasconcelos. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 6. *In verbis*: “A pessoa humana constitui o fundamento ético-ontológico do Direito. Sem pessoas não existiria Direito. O Direito existe pelas pessoas e para as pessoas. Tem como fim reger a sua interação no Mundo de um modo justo. As pessoas constituem, pois, o princípio e o fim do Direito”.

<sup>441</sup> Nesse sentido, ver: FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>442</sup> A antiguidade clássica, segundo afirma Diogo Costa Gonçalves, considera o homem em razão de sua singularidade como “[...] o centro do cosmos, possuindo um elevado conjunto de perfeições que o colocavam num grau elevado – o mais elevado! – na hierarquia dos seres, ao mesmo tempo que porção ou cópia do logos universal” (op. cit, p. 22).

<sup>443</sup> MONCADA, Luiz Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**: doutrina e prática. V. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1965. p. 34: “O direito é um dever-ser, pertence ao mundo do ‘dever-ser’ não ao mundo do ser”.

<sup>444</sup> Ainda para Cabral de Moncada: “O dever ser não se define, assim como não se define o ser” (idem).

<sup>445</sup> MONCADA, Luiz Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado** – Parte histórica. Vol. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 12. *In verbis*: “Este idealismo tinha ainda nos seus pressupostos muito de naturalismo, no sentido de nele ficarem ainda absorvidos o homem e a sua Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

sociais<sup>446</sup> desempenhados por cada integrante dessa categoria jurídica, esse debate conduziu à elaboração de um sentido “[...] sociopolítico e jurídico, na justa medida que designa uma função, um papel do sujeito individual, mas não designa nem identifica qualquer realidade ontológica”<sup>447</sup>. Desse modo, aponta Diogo Leite de Campos, na Antiguidade clássica o ser humano “[...] aparecia como um ‘objecto’ do ‘Estado’, classificando-se pela sua situação neste. O ‘Estado’ (a cidade), emanação da totalidade cósmica, consumia o social, o político e o religioso numa unidade natural que absorvia inteiramente o homem”<sup>448</sup>.

Diante da premente constatação da ausência de afirmação da individualidade da pessoa naquele período<sup>449</sup> e de seu descompasso com a formação da concepção de personalidade contemporânea, atribui-se à filosofia cristã<sup>450</sup>, com origem em Grócio, a definição de pessoa como categoria ontológica<sup>451</sup> considerada em sua personalidade<sup>452</sup>.

---

vontade na substância dum todo indistinto, perante cuja lei, de natureza física ou intelectual, as leis do direito e do Estado não conservavam afinal nenhuma espécie de autonomia”.

<sup>446</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 13. *In verbis*: “Também na sociedade grega clássica faltava a pessoa/sujeito, na medida em que a “pessoa” era determinada pelas situações concretas em que se integrava, independentemente da referência a uma (inoperante) subjetividade”.

<sup>447</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 23.

<sup>448</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. **Dereito – Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, Santiago de Compostela, v. II, n. 2, p. 69, 1993.

<sup>449</sup> *In verbis*: “Para a Antiguidade Clássica, o ser humano aparecia como um ‘objecto’ do ‘Estado’, classificando-se pela sua situação neste. O ‘Estado’ (a cidade), emanação da totalidade cósmica, consumia o social, o político e o religioso numa unidade natural que absorvia inteiramente o homem. Direitos contra o Estado? Impensáveis! No século XIX assistimos a um ser humano que volta a ser enquadrado, apesar dele próprio, na ordem (‘natural’) da natureza, de raça etc., mecanismos sociais, naturais que lhe seriam anteriores e o transcenderiam – e que “recusam”, não na teoria ou (e) na prática, os direitos da pessoa”. (CAMPOS, Diogo Leite de, op. cit. 2004, In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 159.

<sup>450</sup> Luiz Cabral de Moncada estabelece o conceito de filosofia cristã “[...] como um conceito puramente histórico, para significar um conjunto de atitudes, problemas e soluções desses problemas, adoptadas e perfilhadas a partir precisamente duma visão religiosa do mundo e do homem: o Cristianismo. A Filosofia Cristã é, assim, a Filosofia construída e vivida, existencialmente realizada, como pensamento, pelo novo homem cristão.” In: **Filosofia do direito e do Estado** – Parte histórica. Vol. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 47. Também nesse sentido, CAMPOS, Diogo Leite de (2004, op. cit., p. 14 e seguintes): “A busca da individualidade autónoma foi estranha às culturas oriental e grega clássica, sendo tal ideia típica da religião cristã”.

<sup>451</sup> GONÇALVES, Diogo Costa, op. cit., p. 24. *In verbis*: “A noção de pessoa é, em justiça, uma criação da teologia cristã”.

<sup>452</sup> Nesse sentido, BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Isso se deu mediante a quebra do monismo e sua substituição pelo dualismo entre *physis* e *hypostasis*<sup>453</sup>. Com efeito, segundo Diogo Costa Gonçalves, “[...] foi necessário surgir o cristianismo para que a teologia cristã dotasse de conteúdo metafísico o conceito de pessoa, e superasse a visão monista da realidade, subjacente à antropologia antiga”<sup>454</sup>.

Nesse sentido, Mafalda Miranda Barbosa argumenta:

O protestantismo, ao colocar o ser humano em relação directa com Deus, sem a mediação da igreja, constituiria, então, um marco decisivo na progressiva autonomização do indivíduo que, sendo primeiramente moral, acabaria por se reflectir em termos políticos e ser acompanhado, culturalmente, pelo iluminismo que no humanismo emergente encontrava um de seus alicerces.

É a partir daí, também, que se identifica, como realidade ontológica, a plena e íntima diferenciação entre o ser humano e todo o demais que é (existe)<sup>455</sup>, a qual, como se demonstra ao longo deste trabalho, terá fortes implicações no trato com o ambiente<sup>456</sup>, assim como fica clara a conjugação da concepção platônica de ser com a doutrina cristã da Trindade<sup>457</sup>. Nessa primeira fase a noção é apresentada de fora, “[...] fechada,

---

personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Vol. II. Cascais: Principia Editora, 2013. p. 1310. *In verbis*: “A emancipação do indivíduo viabilizava agora o que a imersão no cosmos tinha impedido, a afirmação de direitos polarizados no sujeito, que a ele pertencem como decorrência da sua natureza moral livre”.

<sup>453</sup> GONÇALVES, Diogo Costa, op. cit., p. 26. *In verbis*: “Para a noção de natureza, reserva-se, assim, a universalidade ou essência da realidade. Para a noção de pessoa, a realização própria, num sujeito determinado, dessa natureza ou realidade universal. Pessoa torna-se, assim, a forma especial ou particular de ser de uma determinada natureza”.

<sup>454</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 24.

<sup>455</sup> *Ibidem*, p. 29: “O homem, na visão cristã do mundo, era o único ser querido por Deus em si mesmo. A individualidade, portanto, não era um problema, uma dificuldade. E não o era não só por se haver quebrado a visão monista clássica da realidade, mas sobretudo porque a individualidade aparece como uma máxima perfeição na própria ordem do ser. Querido por Deus em si mesmo, a noção de pessoa vai ajudar a teologia a explicar a imagem e semelhança do Homem com o Criador. Se a semelhança com Deus se pode perder com o pecado, a imagem divina do homem é a sua própria estrutura ontológica: o homem é imagem de Deus porque é pessoa, como Deus é pessoa”.

<sup>456</sup> Nesse sentido, Gregorio Peces-Barba Martínez, ao referenciar Confúcio, expõe que também na tradição oriental pode ser identificada a dicotomia ente humano e não humano. *In verbis*: “[...] como grande, como perfecto y que se distingue de la naturaleza y de los restantes animales”. In: **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. Madrid: Dykinson, 2002. p. 21.

<sup>457</sup> TAYLOR, Charles. **Sources of the self**: the making of the modern identity. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 127-128. *In verbis*: “The doctrine of creation ex nihilo is thus married with a Platonic notion of participation. Created things receive their form through

incomunicável (...) a natureza humana racional singulariza-se na existência concreta de cada ser pessoal que, pertencendo-se a si mesmo, é autónomo e independente”<sup>458</sup>.

Todavia, a evolução na concepção e aceção de pessoa historicamente centrada na teologia e filosofia cristãs, em que tudo é criado em função do ser humano<sup>459</sup>, passa a unguir o indivíduo de atributos de imanência e transcendência. Em sentido paralelo à imanência da pessoa, a transcendência veicula o aspecto relacional da ontologia humana. Sobre o tema, Mafalda Miranda Barbosa preleciona:

O homem solitário, predador de si mesmo e dos outros homens, mais não é do que uma visão empobrecida e desdignificante de cada um. Uma visão deturpada que, abrindo porta ao formalismo e arbítrio totalizante, implicará, a um tempo, a alienação do direito e bem assim a conceptualização em moldes inconantes com o dado ontológico<sup>460</sup>.

Em igual sentido, António Pinto Monteiro afirma que, na contemporaneidade:

[...] o homem-indivíduo cede lugar para o homem-pessoa, pressuposto decisivo, valor fundamental e fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo, no qual tem de ser reconhecida uma

---

*God, through their participation in his ideas. Everything has being insofar as it participates in God. Augustine, in explaining the Christian notion of the ontological dependence of things in Platonic terms, here as elsewhere makes a synthesis with striking new possibilities. The conception of an order of creation made according to God's thoughts merges with the great Johannine image of creation through the Word, and hence links Platonism with the central Christian doctrine of the trinity. If everything participates in God and everything is in its own way like God, then the key principles underlying everything is that of participation or Likeness itself. But the archetype of Likeness-to-God can only be God's Word itself, begotten from him and of one substance of him, i. e., the Second Person of the Trinity, by whom all things were made”.*

<sup>458</sup> GONÇALVES, Diogo Costa, op. cit., p. 28.

<sup>459</sup> Sobre o tema, ver: LOVEJOY, Arthur O. **The great chain of being**: a study of the history of an idea. Cambridge: Harvard University Press, 1933. p. 126. *In verbis*: “*The ‘physico-theology’ so much beloved by the writer of works of edification, deistic as well as orthodox, was in intent a proof of the existence of God; but it was in effect a glorification of man. For it rested in great part upon the supposition that all other created beings exist for man’s sake. Tout est créé pour l’homme is at once the tacit premise and the triumphant conclusion of that long series of teleological arguments which constitutes so large a fraction of the philosophical output of the eighteenth century - and is one of the most curious monuments of human imbecility”.*

<sup>460</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **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. V. II. Cascais: Principia Editora, 2013. p. 1331.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

esfera pessoal, de participação e decisão e, simultaneamente, uma esfera social, de solidariedade e corresponsabilidade<sup>461</sup>.

Ainda sob esse foco de observação, destaca-se no quesito da conformação jurídica do questionável, porém necessário em termos pragmáticos, dogma do ser – o qual naturalmente tem fortes implicações nas problematizações filosóficas – também o tema da não coisificação ou reificação da pessoa cuja dignidade deve ser tutelada. Esta dignidade, portadora de conteúdo fluido e expansivo sob a perspectiva histórica<sup>462</sup>, para além de ser um atributo cujo conteúdo deve permear a vida humana, pode ser entendida como elemento identificador da própria pessoalidade. Assim, mais do que se atribuir dignidade à pessoa, é possível compreender que é pessoa quem está constituído em dignidade<sup>463</sup>.

Seguindo a senda da consolidação conceitual da pessoa desde a Antiguidade clássica, e que perpassa a teologia cristã<sup>464</sup>, a filosofia moderna conduz a uma alteração semântica que faz com que o conceito de pessoa passe a referenciar uma realidade psíquica e não mais o seu conteúdo ontológico<sup>465</sup>. Nesse sentido, ganha destaque a aceção de ser exposta por Descartes, a qual, no entender de Charles Taylor, internalizou

---

<sup>461</sup> MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 39-40.

<sup>462</sup> “A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores do período clássico e medieval, para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais súbito teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.” In: BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 231. Em igual sentido, Ana Paula de Barcellos define a dignidade da pessoa humana como “[...] um campo livre para a deliberação política”. In: Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159, jul./ago./set. 2000.

<sup>463</sup> Tomás de Aquino, em digressão à origem da noção de pessoa dentro da veia teatral da personagem, define que a própria noção de pessoalidade se confunde com a dignidade. Nesse sentido: “*Pues, porque en las comedias y tragedias se representaba a personajes famosos, se impuso el nombre de persona para indicar a alguien con dignidad. Por eso en las iglesias empezó la costumbre de llamar personas a los que tienen alguna dignidad. Por lo cual algunos definen la persona diciendo que es la hipóstasis distinguida por la propiedad relativa a la dignidad.*” In: **Suma de teología I, Parte I**. 4. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001. C. 29, a4, p. 327.

<sup>464</sup> Fernando Araújo faz elucidativa análise da tradição religiosa na conformação da diferenciação do homem que acabou por redundar na sua capacidade solitária e estanque de titularizar direitos, denunciando uma ambiguidade cristã sobre a forma de encarar os animais. In: **A hora do direito dos animais**. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>465</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



a acepção moral de pessoa<sup>466</sup>, assim como Locke<sup>467</sup>, Hume, Kant e Hegel, Nietzsche e Kierkegaard.

Nesse estágio, destaca-se que, para a doutrina, a noção da filosofia moderna sobre o conteúdo da pessoa pode ser apreendida tanto pela intrassubjetividade quanto pela intersubjetividade<sup>468</sup>, veiculando uma fluidez tão pouco densa e tão frágil a ponto de tornar ininteligível sua definição e de tornar ininteligível seu significado imperioso para a formulação da norma<sup>469</sup>.

De outra banda, a antropologia contemporânea divide-se entre o existencialismo de Sartre e Heidegger e o personalismo.

Difundindo a soma dessas premissas histórico-filosóficas da sua emergência na Antiguidade greco-romana às mais variadas visões da filosofia moderna, perpassando a filosofia e a teologia cristãs, a visão do homem para o direito pode ser entendida, segundo Diogo Costa Gonçalves, em uma vertente tripartida.

A primeira, do homem como “*distinctum subsistens*”<sup>470</sup>, entendido como ente que é em sua singularidade<sup>471</sup> e, portanto, denotador de uma noção de ser categorialmente diversa do reconhecimento de que tudo é (pois, se não for, não existe), mas sendo em

---

<sup>466</sup> *In verbis*: “Descartes gives Augustinian inwardness a radical twist and takes it in a quite new direction, which has also been epoch-making. The change might be described by saying that Descartes situates the moral sources within us”. TAYLOR, Charles. **Sources of the self: the making of the modern identity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 143.

<sup>467</sup> *In verbis*: “Locke took the really uncompromising stance, the one which set the terms in which the punctual self was to be defined through the Enlightenment and beyond. He went beyond Descartes and rejected any form of the doctrine of innate ideas. This is usually seen as an epistemologically grounded move” (Ibidem, p. 231).

<sup>468</sup> *In verbis*: “Colocada na intersubjetividade, pessoa tenderá a designar um estado psíquico, uma realidade emotiva, uma situação de consciência reflexiva ou cognitiva do Homem que, por sua vez, é centro da realidade moral, o fim de si mesmo, a medida de todas as coisas ; pessoa é a subjectividade absoluta. Colocada na intersubjetividade, pessoa tenderá a dissolver-se no colectivo ou a só ser relevante na colectividade. As relações sociais ocupam todo o espaço antes ocupado pela metafísica e o homem mais não é que uma relação social filosoficamente relevante”. GONÇALVES, Diogo Costa, op. cit., p. 34.

<sup>469</sup> *In verbis*: “A noção de pessoa acaba por ganhar uma dimensão valorativa, torna-se um conceito-valor, que ninguém sabe o que é, mas ao qual todos recorrem para fazer derivar as mais variadas quanto contraditórias conclusões” (Ibidem, p. 35).

<sup>470</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 40. *In verbis*: “Há na realidade humana um *quid* particular que se não verifica em qualquer outro ente: sendo, como qualquer outro ente, o acto de ser, no Homem, é singularmente diferente”.

<sup>471</sup> A noção de ser-do-ente implica a assunção de um raciocínio dissociador daquilo que é do ato de ser. Ou seja, existe no ente, entendido como tudo o que existe ou “é”, um sujeito e um ato. Algo que é o próprio ser da coisa.

graus diferentes, englobando a concepção de que o ser de determinados entes é axiologicamente menos relevante do que o ser de outros<sup>472</sup>. Nesse sentido de sublimação, não de qualquer ser, mas de um ser em especial, o ser humano, é imperioso adotar o entendimento, ainda que por razões diversas, de que o ser-do-ente humano (pessoa) independe de qualquer manifestação com consciência psicológica<sup>473</sup>, ao contrário do que afirmava Descartes mediante a sobrestimação do seu *cogito*.

Para a ciência jurídica, a manifestação e expressão mais clara da irrelevância da consciência para o ser pessoa é a de que a existência desta é insignificante para a definição da personalidade. Reconhecendo-se expressamente como sujeitos de direitos pessoas destituídas de um grau mínimo de consciência e, portanto, privadas de qualquer grau de assimilação psicológica de seu ser enquanto ato, de fato, não retira de si a condição de pessoa, a qual só deixa de existir aquando da ocorrência da morte. Isto é, só se deixa de ser pessoa quando se abandona o próprio ato de ser, sem nenhuma qualificação adicional de sua atividade; daqui decorre a necessária conclusão de que tão somente o simples ato de ser do ente humano é, também, constitutivo de sua personalidade. Ou, como definiu Diogo Costa Gonçalves, o homem aqui é “*distinctum subsistens*”<sup>474</sup>.

É aqui também, embora não unicamente<sup>475</sup>, que a noção de ser do ente humano se encontra com a teoria jurídica da responsabilidade (igualmente a civil). Afinal, a

---

<sup>472</sup> Segundo Diogo Costa Gonçalves (op. cit.), o que distingue o ser do homem do ser dos demais entes é a sua intensidade.

<sup>473</sup> *In verbis*: “A consciência de si não é essencial à pessoa nem a permite definir”. Idem.

<sup>474</sup> “O Homem é subsistens porque aparece, face aos demais entes, como um todo individual que subsiste num único acto de ser. Algo que existe em si mesmo, completo e acabado, e, por isso, distinto de qualquer outra realidade. Mas, sendo subsistens, o Homem é *distinctum subsistens*. Quando afirmamos *distinctum*, não estamos somente a dizer que o homem é diferente dos outros entes. Entamos, sobretudo, a referir aquela singularidade do acto de ser.” In: GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p. 44.

<sup>475</sup> Mafalda Miranda Barbosa, para além do autopertencimento que caracteriza a pessoa, define que a afirmação da responsabilidade como viés da responsabilidade também se fundamenta no aspecto relacional da configuração da pessoa. Nesse sentido: “Inteligida à luz da personalidade, a autonomia, de que o direito subjectivo é expoente, deixa de ser pensada em termos meramente negativos. Implica, pelo contrário, que na sua actuação livre o sujeito não esquece os laços que o unem ao tu (...) Donde resulta que o conteúdo do direito seja igualmente preenchido por deveres e que seu exercício seja indissociável de uma nota de responsabilidade”. In: **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causa ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Vol. II. Cascais: Principia Editora, 2013. p. 1335.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

liberdade, em sua verdadeira acepção, reside no próprio ato de poder ser o que é e, sendo senhor do ato de ser entre outros atos, deve assumir responsabilidades<sup>476</sup>.

Cumpra-nos aqui destacar que a liberdade de ser, pelo simples fato de ser o que é, não se molda ou conforma na concepção de um *jus in se ipsum savigniano*, utilizado por Gonçalves como justificação da não existência de um direito subjetivo de personalidade, porquanto essa liberdade de ser não é ilimitada, e também porque o ser humano pode sim ser objeto de direito. Liberdade e responsabilidade são, portanto, facetas de uma mesma moeda.

Mas não só a visão enclausurada do ser enquanto ato de ser de um sujeito que é se traduz em elemento constitutivo suficiente da afirmação da integralidade de sua realidade ontológica, o que conduziria o homem a afirmar-se como pessoa pelo simples fato de existir – uma espécie de ser humano absoluto<sup>477</sup>. A esta noção, para que se construa uma acepção larga de personalidade, soma-se (embora não só ela) a afirmação do ser pessoa em um aspecto relacional<sup>478</sup> que constitui uma espécie de “ser-humano-social”<sup>479</sup>. Cabral de Moncada define:

A ideia de personalidade reclama a de outras personalidades. A essência desta verdade pode talvez definir-se melhor dizendo: o Eu pressupõe e reclama o Outro; o ego, o alter. Ninguém pode sentir-se plenamente eu, pessoa, senão em frente de outros eus, outras pessoas ou personalidades. Não podemos pensar o nosso eu sem nesse mesmo pensar ir já implícita a ideia do eu alheio: o tu ou o ele<sup>480</sup>.

---

<sup>476</sup> “Na autopertença radica também a sua autonomia e o senhorio sobre os seus próprios actos. Neste senhorio se funda a responsabilidade e, por isso, só o homem é capaz de culpa e mérito” (GONÇALVES, Diogo Costa, op. cit., p44).

<sup>477</sup> Sobre o tema, Diogo Leite de Campos define: “Os direitos da personalidade encontram, assim, a sua última destinação: instrumentos de relações de poder, em que cada indivíduo, igual só a si mesmo, resgatado da eticidade dos costumes, supramoral, se quer soberano absoluto de todos os outros, inclusive só de seu próprio corpo e do seu espírito – usando, para isso, repito, os seus direitos”. In: **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 161.

<sup>478</sup> “O homem só se conhece a si mesmo, só é capaz de se definir numa relação. Quando o homem pergunta a si mesmo não como é, mas quem é, a resposta será sempre a revelação do conjunto de relações que o definem (...) a resposta à pergunta “quem sou eu?” é sempre, para todos, uma relação e, neste sentido, a relação é o próprio Homem.” In: GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 47).

<sup>479</sup> CAMPOS, Diogo Leite de, op. cit., p. 162: “Há que determinar o justo equilíbrio do individual e do social, na dimensão do ser-que-vive-com-os-outros”.

<sup>480</sup> MONCADA, Luiz Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado: doutrina e prática**. Vol. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1965. p. 39.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Dessa observação se extrai a noção de que só se é no outro. Em igual sentido, Mafalda Miranda Barbosa afirma que ao “[...] ser em si alia-se o ser com o outro, que se reconhece no semelhante, tributário da mesma dignidade, com quem estabelece uma ponte comunicante”<sup>481</sup>. Cuida-se do que Diogo Costa Gonçalves retratou como *distinctum subsistens* relativo. Essa noção relacional do direito subjetivo de personalidade e sua reapreciação, como definiu o autor, foi assim sintetizada: “A paridade ontológica dos seres humanos exclui que se estabeleçam entre eles relações de poder. (...) Composto internamente também pelo dever ético-jurídico perante a outra parte, transforma-se em poder-dever; de instrumento de poder, converte-se em veículo de colaboração”<sup>482</sup>.

Complementando tal teorização, é imperioso destacar que essa relação, imprescindível à afirmação do ser pessoa (tanto quanto o próprio ato de existir), para atingir o *status* de condicionante de um ser qualificado pelo direito (pessoa), contamina-se pela circunstância de qualquer relação<sup>483</sup>. Esta é aqui compreendida como premissa da configuração da própria condição de pessoalidade, devendo ser regulada, ou ao menos precisa de ser regulada, por uma estrutura de direito<sup>484</sup> e pela escala axiológica que o molda e justifica<sup>485</sup>.

A concepção meramente tripartida da análise estrutural do homem mediante a veiculação de um aspecto relacional valorativamente indiferente não contempla, portanto, o viés axiológico<sup>486</sup>. Ressalte-se que esse aspecto é, também, identificador e fundamentador da própria categoria ontológica da pessoalidade, na medida em que o

---

<sup>481</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Do nexa de causalidade ao nexa de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Vol. II. Cascais: Princípa Editora, 2013. p. 1331.

<sup>482</sup> CAMPOS, Diogo Leite de, op. cit., p. 163.

<sup>483</sup> TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Cambridge: Harvard University, 2000.

<sup>484</sup> *In verbis*: “Nada nos diz ser impossível que algum dia, nas relações entre os homens, tanto dentro quanto fora do estado, não possa vir a reger uma forma de normatividade ou lei, talvez a do amor, superior e melhor que o direito.” In: MONCADA, Luis Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**: doutrina e prática. Vol. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1965. p. 342.

<sup>485</sup> Sobre o aspecto moral da identidade moderna, TAYLOR, Charles, op. cit.

<sup>486</sup> É importante destacar aqui que, para Pedro Pais de Vasconcelos, a negação, ainda que fulcrada em direito positivo, ou seja, na desvalorização axiológica do outro mediante a negação de sua condição de pessoa, ou como pessoa de segunda categoria, não tem o condão de afastar sua pessoalidade. Nesse sentido, pondera o autor: “Se algum legislador, juiz ou funcionário decretar ou decidir excluir, extinguir ou deixar de reconhecer a personalidade de uma pessoa humana, nem por isso a sua personalidade deixa de existir. Continua, tal como antes. Apenas terá sido desrespeitada, se a pessoa for tratada como não-pessoa, como animal ou como coisa, nem por isso deixa de ser o que é: uma pessoa, com toda dignidade que lhe é inerente”. In: **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 6.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

caráter relacional imprescindível à veiculação de seu ser deve ser temperado com uma vertente eminentemente axiológica<sup>487</sup>, devido à possibilidade, historicamente confirmada, de relações pessoais nas quais exista a negação ou mitigação da condição de ser pessoa de outrem<sup>488</sup>.

É preciso que essa relação, configuradora do ser pessoa, seja compreendida em sua bilateralidade sob prismas morais de afirmação da pessoalidade de outrem<sup>489</sup>. Dito de outro modo, o prisma relacional de identificação do ser é, necessariamente, axiológico. Repise-se: é preciso anexar a dimensão axiológica nas dimensões de composição do ser como elemento, donde decorre o respeito pelo outro e, por conseguinte, por tudo o for necessário ao pleno desenvolvimento do seu ser semelhante. Tal identificação, aqui manifestada na incompletude meramente individualística da pessoa não se traduz, todavia, na negação da pessoalidade que lhe é inerente<sup>490</sup>.

Em termos ambientais, e da conformação de uma noção alargada de pessoa em três prismas básicos (do ato de ser, da relação identificadora do ser e da noção moral

---

<sup>487</sup> “O homem é incapaz de se realizar plenamente no isolamento. Necessita do outro, da abertura dialogante. Esse imperativo está, porém, distante de uma visão utilitarista, em que o outro é tido como meio de satisfação de necessidades ou um instrumento colaborante na prossecução do bem comum. Não se ignora que muitas vezes é esse o papel da intersecção subjetiva. Mas, jamais a aproximação ao tu poderá implicar a sua objectivação. Desde logo porque a imperiosa urgência da presença do outro na vida de cada um resulta anterior à experiência primeira da autopercepção do eu. Dito de outro modo, só olhando para o nosso semelhante somos capazes de nos reconhecer e, por isso, o olhar derramado sobre ele deverá estar maculado pela ideia da sua ineliminável dignidade ética. Com que a nós mesmos, e dialecticamente, passamos a conceber.” In: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **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 Editora, 2013. p. 1331.

<sup>488</sup> Nesse sentido, ver TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: \_\_\_\_\_ et al. **Multiculturalismo**. Lisboa: Piaget, 1998. p. 45. Para o autor a identidade configura-se “[...] pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorrecto dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que o rodeiam reflectirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos.”

<sup>489</sup> A par do problema da desigualdade temos claramente um problema de não reconhecimento das diferenças culturais e de subjugação do homem pelo homem, de modo que essa relação que confirma a noção de ser enquanto relação com o outro deve ser necessariamente informada por um padrão de respeito ao ato de ser daquele sob o qual se fundamenta a sua própria pessoalidade.

<sup>490</sup> *In verbis*: “A pessoalidade que se convoca, não encerrando o homem sobre si mesmo, abre-o ao outro pelo estabelecimento de pontes de solidariedade. Mas essa solidariedade não é gregária, pelo que não condena o homem, livre do individualismo, à totalização societária”. In: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **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 Editora, 2013. P. 1332).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

desta relação), observa-se que o meio ambiente demonstra sua essencialidade na configuração jurídica da pessoa. Isso porque, ainda que na própria ontologia do ser (primeiro nível) e como demonstração da acepção fenomenológica de Martin Heidegger, assim como no aspecto axiológico relacional de respeito ao outro, ele inclui a existência do ambiente no ato de ser, e também, sob um prisma moral, o respeito pelo ambiente do outro,.

## 11. PESSOA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

---

Carregada de antropocentrismo, a visão clássica da tutela juscivilística dos direitos costuma atribuir à pessoa humana e ao seu inerente direito de personalidade o *status* de fonte de todos os valores ou, ainda, “[...] núcleo da valoração jurídica”<sup>491</sup>. Tanto que Diogo Leite de Campos inicia sua obra acerca da reapreciação da categoria questionando se os direitos da personalidade não serão “[...] o núcleo intocável do Direito contemporâneo?”<sup>492</sup>

Neste tópico cuidamos, dentre outros temas, de uma interpretação, agora de fato questionável também no sentido de estabelecer a pessoa – cuja apresentação teórica anterior em nenhum momento se pretendeu esgotar – como único centro gravitacional possível de toda a sorte e modalidade de regramentos juscivilísticos.

Nesse sentido, a ideia é exatamente compreender o fenômeno identificado por Diogo Leite de Campos com o objetivo de evitar a transmutação dessa categoria jurídica (os direitos da personalidade), inicialmente pensada como salvaguarda e, por vezes, transformada em potente instrumento de agressão contra outras iguais personalidades, inclusive da componente ambiental que a conforma<sup>493</sup>.

Neste contexto, é imprescindível, portanto, que se construa uma relação dialógica entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, em especial no tema afeto ao ambiente. Também porque:

Não se pode conceber a vida – com dignidade e saúde – sem um ambiente natural saudável e equilibrado. A vida e a saúde humanas (ou como refere o *caput* do art. 225 da CF88, conjugando tais valores,

---

<sup>491</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. L, n. 1 e 2, p. 30.

<sup>492</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. **Dereito – Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, Santiago de Compostela, v. II, n. 2, p. 61, 1993.

<sup>493</sup> Nesse sentido, Diogo Leite de Campos afirma: “De instrumentos de defesa do ser humano contra o onipotência do soberano e contra a agressão dos outros, estão sendo transformados em expressão da onipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o eu e os outros”. In: Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. **Dereito – Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, Santiago de Compostela, v. II, n. 2, p. 61, 1993. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

a *sadia qualidade de vida*) só estão asseguradas no âmbito de determinados padrões ecológicos. O ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares da condição humana, além de ser essencial à sobrevivência do ser humano como espécie natural<sup>494</sup>

Segundo a lógica jusnaturalista, os ditos direitos da personalidade traduzir-se-iam em direitos inatos, vinculados às características próprias da pessoa humana, de modo que seu reconhecimento e respeito seja efectivo nas relações verticais, horizontas e diagonais.

Já para os juspositivistas, a catalogação no ordemanento e a outorga de instrumentos de protecção jurídica pelo direito positivo são os pressupostos dos quais deriva o necessário respeito aos direitos da personalidade<sup>495</sup>. Nesse sentido, Oliveira Ascensão marca três aspectos do direito de personalidade: o direito de personalidade em sentido estrito, consubstanciado na base da personalidade; os direitos à individualidade, relacionados à sua definição social e à sua privacidade; e, ainda, os direitos ao desenvolvimento da personalidade, com relação genérica às liberdades<sup>496</sup>.

Não por outro motivo, é bastante comum na doutrina a identificação dos direitos da personalidade com os direitos humanos. Neste contexto, Capelo de Sousa<sup>497</sup> salienta a identidade de conteúdo entre os direitos da personalidade previstos no Código Civil Português e os direitos fundamentais previstos na Constituição Portuguesa. José Joaquim Gomes Canotilho, em outra interpretação, apesar de reconhecer que significativa porção

---

<sup>494</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e protecção do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

<sup>495</sup> DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961. p. 18. In verbis: “*não é possível denominar os direitos da personalidade como ‘direitos inatos’, entendidos no sentido de direitos respeitantes, por natureza à pessoa*”

<sup>496</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 342, abr-jun 1998, p. 121-129. p. 128. In verbis: “*1. os direitos de personalidade em sentido estrito ou direitos à personalidade. Asseguram a base da personalidade, como os direitos à existência e à integridade física. 2. os direitos à individualidade. São direitos pelos quais o homem se demarca socialmente. Mas compreende-se também a esfera tão importante da privacidade, dando ao homem as condições para realização do seu projeto pessoal. 3. os direitos ao desenvolvimento da personalidade. Compreende-se aqui genericamente as liberdades. O acento é agora dinâmico: a personalidade é também um projeto, que o homem deve realizar em comunhão mas também em autonomia*”

<sup>497</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 621. “*Ora, o art. 70º do Código Civil consagra um direito geral de personalidade, que, pelo acervo de bens e valores jurídicos tutelados, reveste natureza fundamental e é análogo ao regime dos direitos, liberdades e garantias previstos no Título II da Parte I da Constituição*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



dos direitos de personalidade corresponde igualmente aos direitos fundamentais, elucidada que a construção de um direito geral da personalidade<sup>498</sup>, em contraposição a uma construção pluralista ou de tipicidade de direitos de personalidade, acentuou a similitude entre as categorias, porquanto “*cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos da personalidade e vice-versa.*”<sup>499</sup>.

A ideia da confluência dos conceitos e a categorização dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais deriva necessariamente da sua intrínseca relação com a condição humana, característica essencial de ambos os direitos, sejam os fundamentais sejam os da personalidade. Têm em comum as referidas categorias a catalogação de um conteúdo mínimo, um patamar irrenunciável de liberdades, prestações positivas e prerrogativas próprias da condição humana<sup>500</sup> e ao seu pleno desenvolvimento, pelo que é bastante aceitável falar-se em identidade ou, ao menos, em extrema similitude, mesmo quando reconhecida uma extensão maior e mais diversificada aos direitos fundamentais.

Com efeito, existem “*direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal*”<sup>501</sup>. A ideia e finalidade de ambos é, portanto, estabelecer uma trincheira de proteção à “*dignidade do seu titular, a sua dignidade enquanto pessoa, não uma pessoa em geral, nem um membro da humanidade, mas aquela pessoa única, individual e individuada, irrepetível e infungível.*”<sup>502</sup>

Como mencionado, há vozes dissonantes, seja identificando os direitos da personalidade como espécies de direitos fundamentais, ou ainda, no que se revela bastante importante neste trabalho, como sendo os direitos de personalidade a expressão entre particulares dos direitos humanos, sem que, contudo, haja perfeita identidade entre

---

<sup>498</sup> Sobre a construção de um direito geral de personalidade cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil. Teoria geral.** Coimbra : Coimbra Editora, 1998. p. 79. Para o autor, a entabulação de um direito geral de personalidade não se revelaria necessária, pois é suficiente a definição de direitos especiais da personalidade.

<sup>499</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constituição e Teoria da Constituição.** 4. Ed. Coimbra: Almedina, p. 390.

<sup>500</sup> Nesse sentido cf. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 80 e seguintes.

<sup>501</sup> DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade.** 1 ed. Campinas : Romana Jurídica, 2004, p. 24.

<sup>502</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade.** Coimbra : Almedina, 2006. p. 57.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

ambas as categorias. Neste contexto, todavia, é importante destacar que, ainda que sob a ótica da doutrina brasileira, “*a pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana*”<sup>503</sup>

Os direitos fundamentais<sup>504</sup>, portanto, seriam posições jurídicas consolidadas no texto constitucional (daí que se afirme inexistirem direitos fundamentais quando não está presente um texto constitucional) focadas em seu momento histórico de formação na limitação do poder estatal<sup>505</sup> e, portanto, dada a razão histórica da sua atribuição, revelariam uma espécie de flanco de defesa individual nas relações verticais com o Estado, assumindo portanto um condão marcadamente público inicialmente estranho ao objeto aqui estudado da responsabilidade civil. Já os direitos de personalidade estabelecer-se-iam no âmbito das relações privadas e, portanto, seriam objeto de tutela; a sua violação caracterizaria a imprescindível ilicitude peculiar do ordenamento jurídico português. Nesse sentido, Oliveira Ascensão, afirma que o “*facto dos direitos de personalidade terem fundamento comum na proteção constitucional da personalidade não significa que a sua definição e regime estejam rigidamente constitucionalizados*”.

Estas lições, ainda que não sejam o escopo primordial do trabalho, permitem concluir, como já se consolidou no âmbito jurisprudencial, doutrinário e juspositivo, pela coexistência absolutamente conciliável da configuração de um direito fundamental ao meio ambiente, assim como da sua inserção no âmbito dos direitos de personalidade, com todas as implicações na teorização da conformação da ilicitude necessária à emergência do dever de indenizar, segundo disposições do Art. 483.º do Código Civil Português.

Neste mesmo sentido, cumpre afirmar: ainda que se considere o direito a um meio ambiente equilibrado como “*um direito mediato diante dos demais direitos da personalidade, podemos dizer que no tocante ao direito ao meio ambiente se aplicam*

---

<sup>503</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004. p. 50.

<sup>504</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 347. In verbis: “Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechnormen).”

<sup>505</sup> Nesse sentido ver: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-47. In verbis: “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*todos os atributos concorrentes aos direitos da personalidade*<sup>506</sup>, de modo que, apesar de salutar, a discussão acerca da categorização do ambiente, seja como direito fundamental, seja como direito integrante do rol dos direitos configuradores da personalidade, implica necessariamente a mesma configuração prática no âmbito do direito de responsabilidade civil, ou seja, a outorga ao bem ambiental de toda a proteção jurídica normativa que é outorgada ao direito de personalidade.

Aqui, temos de esclarecer que, por vinculação aos valores da pessoa que densificam toda a estrutura normativa, a tutela do ambiente (considerada como direito fundamental, ou como direito da personalidade)

deve ser concebida de forma unitária, dado o seu fundamento, que é a unidade do valor da dignidade da pessoa. É facilmente constatável que a personalidade humana não se realiza através de um esquema fixo de situação jurídica subjetiva – o direito subjetivo –, mas sim por meio de uma complexidade de situações subjetivas que se podem apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo ou como autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado; enfim, qualquer acontecimento ou circunstância (*rectius*, situação) juridicamente relevante<sup>507</sup>

Enquanto direito fundamental ou enquanto direito da personalidade, a garantia humana ao desenvolvimento inserido em um ambiente sadio e equilibrado é um direito indiscutivelmente outorgado a todos, e meramente com base na sua condição humana.

Os direitos da personalidade, reputados em sua vertente clássica como pressupostos de todos os demais, existiriam unicamente para e pelo homem, considerado em sua pessoalidade<sup>508</sup>. Isso porque essa modalidade de direitos, nomeadamente, “[...] mantém um nexo orgânico com a pessoa e se identifica com bens de maior valor

---

<sup>506</sup> FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.p. 151.

<sup>507</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro : Renovar, 2010. p. 126.

<sup>508</sup> Sobre o tema: KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. LXXVIII, n. 78, (SEPARATA), p. 203. *In verbis*: “Se não quiser seguir-se uma interpretação que considera todas as coisas como pessoas, só se falará de personalidade, em sentido rigoroso, a respeito da criatura humana. O que não significa que criatura humana e pessoa sejam a mesma coisa. É que criatura humana, como mera substância, também existe no isolamento, enquanto que a pessoa, ao contrário, só existe ‘entre’ as criaturas humanas, razão por que o direito nunca vale para uma criatura humana isolada, mas apenas para uma ‘relação’ entre criaturas humanas, ou destas últimas com as coisas – numa palavra, para pessoas”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

suscetíveis de domínio jurídico: os modos de ser, físicos ou morais, da pessoa”<sup>509</sup>. São, portanto, direitos sem os quais “[...] todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”<sup>510</sup>. Esses axiomas, todavia, podem ser delimitados ou definidos como expressão de um fenômeno histórico (conquanto considerada sua relativa novidade jurídica<sup>511</sup>) porque dotados de uma conformação vinculada a limites geográficos e temporais e, assim, ostentadores da característica inerente à dinamicidade social cujo desenvolvimento não é linear<sup>512</sup>.

Esta afirmação torna-se também relevante a partir do momento em que se percebe que todo o direito de personalidade (uma das espécies de direitos conferida para e pelo homem como forma de proteção da personalidade) expressa e corresponde a um valor ou a um conjunto de valores de alguma forma ligados à ideia cristã. Está em causa uma perspectiva de valores que posteriormente se consolidou em direitos plenamente divorciados da solidariedade, em uma espécie de consagração de posições jurídicas contra, ou de certa forma oponíveis, à sociedade e ao Estado, como que desenhando um conflito entre o “*ser*” individualizado e o seu contexto histórico social, materializado na expressão latina *erga omnes* que os caracteriza.

---

<sup>509</sup> MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28.

<sup>510</sup> DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 24.

<sup>511</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 91. *In verbis*: “Da precedente análise parece-nos resultar que a ideia de direito geral de personalidade, apesar das suas raízes históricas bem fundadas, v.g., na acção de *hybris* grega e na *actio iniuriarum* romana, constitui um precipitado histórico-jurídico relativamente recente, só possível a partir da convergência e sedimentação de diversos fatores, dos quais destacamos o avanço de uma maior subjectivação no espectro jurídico, a consolidação das ideias de direitos inatos, de direitos fundamentais e de direitos subjectivos, a crescente igualação dos estatutos jurídicos pessoais e a necessidade de complementação dos direitos especiais de personalidade”.

<sup>512</sup> A ideia, doutrina ou teoria dos direitos da personalidade surgiu a partir do século XIX, sendo atribuída a Otto Von Gierke a paternidade da construção e denominação jurídica. Porém, já nas civilizações antigas, começou a se delinear a proteção à pessoa. Em Roma a proteção jurídica à pessoa, no que concerne a aspectos fundamentais da personalidade, como a *actio iniuriarum*, era dada à vítima de delitos de injúria. Esta poderia ser qualquer agressão física como, também, a difamação, a injúria e a violação de domicílio.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Fato é que a vertente antropocêntrica dominou, desde o Iluminismo, a construção do conteúdo dos direitos da personalidade<sup>513</sup>, ainda que o grupo hodiernamente compreendido como integrante da personalidade não fosse denominado como tal. Porém, essa concepção de condão marcadamente limitador foi, aos poucos, sendo abandonada. É que a própria noção da ontologia das coisas é entendida pela filosofia como fruto de uma construção humana<sup>514</sup>. Ou seja: a esfera valorativa, cujo conteúdo determina a extensão e profundidade dos direitos da personalidade, experimenta contínua, porém inconstante, alteração e, hoje, tende a estabelecer-se em atenção às características da complexidade<sup>515</sup> do tecido social.

Por outro lado, relativamente a essa inerente dinamicidade, é possível afirmar: a imobilidade do direito é apenas aparente, dado que, quando tomado o referencial social, nota-se que ele caminha com a sociedade na mesma direção. Melhor dizendo: os valores professados pelo direito caminham com a sociedade, dela nunca se distanciando. Nessa perspectiva, quem trava com eles (sociedade e valores) uma relação elástica e tormentosa é o direito e, até certo ponto, seu salutar robustecimento.

Nesse contexto, como bem observou Hans-Georg Gadamer, ao analisar as bases filosóficas de Martin Heidegger, “[...] todo o sentido do ser e da objetividade só se torna compreensível e demonstrável a partir da temporalidade e historialidade da presença”<sup>516</sup>. Desta sorte, portanto, a interpretação dos denominados direitos de personalidade e sua inelutável vinculação ao âmbito simultaneamente corpóreo psíquico e

---

<sup>513</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

<sup>514</sup> MONCADA, Luis Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**: doutrina e crítica. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1966. p. 346. *In verbis*: “Certamente, o homem não cria, ele, o mundo do nada. Mas com sua presença no meio do ser empírico da realidade, faz surgir um mundo do nada”. Esse mundo “criado” a partir da presença do ser humano é, portanto, “[...] o mundo dos sentidos e significações valiosos por ele comunicados às coisas através do esforço prometeico da sua autorrealização, interpretando-as e iluminando-as com a própria luz sua autêntica existência”.

<sup>515</sup> Nesse sentido: MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre; Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 495. “A complexidade é um problema, é um desafio, não é uma resposta. O que é a complexidade? (...) Num primeiro sentido, a palavra *complexus* significa aquilo que está ligado em conjunto, aquilo que é tecido em conjunto. E é este tecido que se deve conceber. Tal como a complexidade reconhece a parte da desordem e do imprevisível em todas as coisas, também reconhece uma parte inevitável de incerteza no conhecimento. É o fim do saber absoluto e total. A complexidade tem a ver, ao mesmo tempo, com o tecido comum e com a incerteza”.

<sup>516</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávia Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 387.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

moral do ser humano<sup>517</sup>, revela-se a partir de uma perspectiva histórico-cultural de observação. Recorde-se que, em sua origem, esses direitos expressam valores eminentemente individualistas, e limitavam-se à compreensão do *ethos* da pessoa humana tendo em atenção que a delimitação e a concretização do conteúdo do bem jurídico da personalidade, no âmbito da sua tutela no direito civil, somente se poderia dar “[...] com recurso aos dados a esse respeito fornecidos por certas ciências antropológicas e pela consciência sociocultural do respectivo tempo e do lugar em que se coloca o problema de aplicação do direito”<sup>518</sup>.

Sem embargo, a percepção histórica, da qual decorre sua eminente dinamicidade, revela que poderá revestir-se de uma certa “miragem” a definição do conteúdo dos direitos de personalidade. À medida que se avança, esse conteúdo permite o vislumbre de novas ideias e novas concepções, projetando no infinito o que se quer (fruto de uma insatisfação permanente e saudável que é característica do ser humano), à medida que se consolida o que outrora se quis e já se obteve, trilhando uma senda crescente de níveis mínimos de dignidade, valor indissociável dos direitos de personalidade<sup>519</sup>. Essas duas facetas (proposição e sedimentação) do conflito histórico da construção contínua e progressiva dos direitos de personalidade (consolidação e projeção) caminham lado a lado.

Assim, por estar em “[...] conformidade com as conquistas do processo histórico-cultural que assinala o progresso da sociedade civil”<sup>520</sup>, o conteúdo dos direitos de personalidade não é idêntico ao que foi outrora e, por certo, não equivalerá ao de amanhã. Igualmente, sua conformação deve considerar, na contemporaneidade, a complexidade societária<sup>521</sup>, bem como os aspectos filosóficos do “*ser*” pessoa a quem deve tal conformação.

---

<sup>517</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. (rev. atual. amp.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

<sup>518</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 118.

<sup>519</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>520</sup> REALE, Miguel. Constituição e o Código Civil. **Migalhas**, [s.l.], 22 maio 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI3080,51045-A+Constituicao+e+o+Codigo+Civil>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

<sup>521</sup> MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre; Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 98: “[...] no universo físico, biológico, sociológico e antropológico há uma problemática complexa do progresso. Complexidade significa Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Delimitar a vinculação dos direitos de personalidade ao “*ser*” pressupõe que “[...] o que o ser significa terá de ser determinado a partir do horizonte do tempo. A estrutura da temporalidade aparece assim como a determinação ontológica da subjetividade”<sup>522</sup>. Também Luís Cabral de Moncada delimita a pluralização do ser enquanto categoria ontológica, definindo-o de modo a abranger um espectro muito mais abrangente do que outrora<sup>523</sup>, expresso de forma sintética na locução de que há muitas realidades que não existem. E isso não lhes retira realidade, pelo que os conceitos de ser e existir não se confundem <sup>524</sup>.

Esta explanação acerca da vertente axiológica dos direitos de personalidade e sua vinculação com as características histórico-sociológicas<sup>525</sup> e os valores fluidos da dignidade da pessoa humana permite definir os parâmetros da caminhada do “*eu*” ao “*nós*” trilhada pelo direito de personalidade, bem como identificar a influência do processo histórico de sua conformação inicial no sentido da defesa de agressões estatais e da considerada ideia de liberdade passando para a solidariedade. Nas palavras de Ricardo Lorenzetti, na contemporaneidade os direitos da pessoa “[...] começam a ter uma nova entidade. Se enlaça aqui o Direito Público, que aporta sua teoria dos direitos humanos e fundamentais, e o Direito Privado, com direitos personalíssimos”<sup>526</sup>.

A complexidade da tessitura social contemporânea tende a não permitir que se admita apenas um centro gravitacional para o ordenamento jurídico civilístico, nomeadamente, o homem como pólo magnético da consagração dos direitos de personalidade. Isso, todavia, em momento algum implica que o homem, considerado em

---

que a ideia de progresso comporta incerteza, comporta sua negação e sua degradação potencial e, ao mesmo tempo, a luta contra essa degradação. Em outras palavras, há que fazer um progresso da ideia de progresso, que deve deixar de ser noção linear, simples, segura e irreversível para tornar-se complexa e problemática. A noção de progresso deve comportar autocrítica e reflexividade”.

<sup>522</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávia Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 389.

<sup>523</sup> MONCADA, Luis Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**: doutrina e crítica. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1966. p. 106. *In verbis*: “O ser e o sendo da existência são infinitamente plurais e variegados, e a realidade que nos envolve, infinitamente múltipla e extensa em todas as suas direções para onde possamos olhar, tanto do lado da matéria como do lado da alma e do espírito, sem que jamais possam ser postos limites à sua exploração pelo homem. Vivemos num mundo cada vez mais misterioso e profundo, expressão duma realidade que nem por ser cada vez mais inacessível à razão, é menos real e tangível”.

<sup>524</sup> Idem.

<sup>525</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

<sup>526</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 137.

sua personalidade e para a teoria juspositivista, deixe de ser o centro de uma imputação, senão apenas que se passa a considerar no âmbito da sua personalidade, também, as condições da sua existência, que incluem o ambiente. Nesse sentido:

Entre os bens abrangidos pela tutela geral da personalidade referida no art. 70.º do C. Civ. contam-se também os elementos componentes da relação existencial do homem com a Natureza. Com efeito, para a sua própria sobrevivência e para o seu desenvolvimento, o homem necessita de um permanente equilíbrio com a Natureza, que vai desde um habitat próprio ao interfluxo de energias humanas e naturais, elementos estes que constituindo e envolvendo a personalidade humana desta são inseparáveis<sup>527</sup>.

Por outro lado, é possível afirmar que, em contraposição a uma noção de permanência do ser humano como centro único de imanência do direito, uma sociedade complexa parece não admitir a configuração de um núcleo único. Mais do que isso, ela demanda a configuração de vários centros de emanção do direito objetivo, inclusive no que toca à personalidade. O próprio Estado de direito social representa a configuração multinuclear, na medida em que reconhece o direito do todo e do indivíduo. Enquanto todo, todos são iguais; enquanto indivíduos, todos temos o direito à diferença<sup>528</sup>.

Por outro lado, ainda que desconsiderado o seu aspecto histórico, pode-se seguramente afirmar que o núcleo duro dos direitos de personalidade veicula imperativos éticos que albergam desde o próprio corpo (vida, integridade, liberdade), elemento essencial do “*ser*”, a proteção ao nome, à imagem ou à inviolabilidade da vida privada, elementos essenciais à dignidade deste “*ser*” compreendido em sua individualidade. Assim, o âmago dos direitos se revela na perspectiva ontológica da pessoa, em contraposição a uma visão relacional do ser.

---

<sup>527</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo, op. cit., p. 295.

<sup>528</sup> Nesse sentido ver: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à diferença**. 3. ed. (rev. atual. ampl.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009; e GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Ver também Rabindranath V. A. Capelo de Sousa que, ao afirmar que a consagração de um direito geral de personalidade dá-se como expressão da consagração da diferenciação humana, postula: “O homem contemporâneo, embora reconheça a necessidade de igualação num conjunto de condições básicas (v. g., na educação e na saúde), passa a reclamar, ciente de sua individuação, um direito à diferença que contemple a especificidade da sua personalidade”. In: **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 84.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



Cuida-se, portanto, de uma sorte de direitos outorgados em virtude da própria existência humana e da dignidade que dela se espera. Dito sob outro enfoque, constituem pressupostos inegociáveis, sem os quais a vida digna não seria viável. São, portanto, elementos caracterizadores e preservadores deste “*ser*” que, além de o conformarem, delimitam a esfera de proteção preenchida pelos direitos da personalidade.

Destaque-se que os direitos de personalidade veiculam e se atrelam a um conjunto de pressupostos inafastáveis que permitem a plenitude da expressão da personalidade humana e do seu caráter gregário. Nesse sentido, o direito da personalidade, “[...] composto também pelo dever ético-jurídico perante a outra parte, transforma-se em poder-dever; de instrumento de poder, converte-se em veículo de colaboração”<sup>529</sup>. Ou seja, a noção que fundamentou toda a historicidade dos direitos da pessoa, em seu viés meramente defensivo de agressões dos outros (seja o Estado, seja o particular), vincula-se também ao aspecto relacional que, como dito, também conforma a afirmação da própria personalidade. Cuida-se, assim, do encontro do direito com a noção filosófica afirmada para e em razão do outro, de modo que este outro, necessário à própria afirmação do “eu mesmo”, passa a densificar e a moldar a interpretação e extensão que o direito outorga à personalidade.

---

<sup>529</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. **Dereito – Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, Santiago de Compostela, v. II, n. 2, p. 74, 1993.

## 12. ACEPÇÕES DO SER CONFORMADOR DA PERSONALIDADE

---

Considerando a vinculação dos direitos da personalidade como expressão do “*ser*” juscivilisticamente tutelado, é importante observar que o “*ser*” do homem pré-histórico não era concebido (assim como as civilizações indígenas atualmente não se concebem) como algo distinto da natureza<sup>530</sup>. O “*ser*” essencial dessas comunidades passa ao largo do “*ser essencial*” europeu iluminístico dominante, cuja concepção se sedimentou com a revolução científica conjugada com o pensamento ocidental, por meio dos quais o homem passou a se ver individualizado e dissociado do ambiente que o cercava<sup>531</sup>.

Portanto, as sistematizações dos direitos de personalidade e de seu conteúdo são

[...] tributárias da ideia renascentista de um *ius in se ipsum* e receberam (...) o influxo da distinção filosófica greco-cristã entre *Physis* e *Ethos* que, na sua ontologia do homem, discernia o *homo phoenomenon* do *homo noumenon* a que Kant e Krause viriam a dar novo impulso com a construção dicotômica das ideias de personalidade física e de personalidade moral<sup>532</sup>.

---

<sup>530</sup> Esse fenômeno de dissociação é latente, como já alhures mencionado, no próprio processo de afirmação do ser humano, aqui compreendido como ato de existir do homem, e sua configuração como alguém dotado de condições e estruturas especiais; enfim, ungido de algo que o diferencia de tudo que o cerca. Sobre o tema, em especial como essa tradição ocidental trouxe implicações ao trato com o meio ambiente, ver SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. Ed. Tradução Alvaro Augusto Fernandes. Lisboa : Gradiva, 2012. p. 289. *In verbis*: “As atitudes ocidentais relativamente à natureza surgiram de uma mescla do povo hebreu, tal como estão representadas nos primeiros livros da Bíblia, e da filosofia dos gregos antigos, em particular Aristóteles. Em contraste com outras tradições antigas, como, por exemplo, as da Índia, tanto as tradições hebraicas como gregas consideravam o ser humano o centro do universo moral; na realidade, não apenas o centro, mas, com muita frequência, a totalidade das características moralmente significativas deste mundo. A história bíblica da criação, relatada no Génesis, põe a nu a perspectiva hebraica do lugar especial que os seres humanos ocupam no plano divino”.

<sup>531</sup> CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecología**: de las razones a los derechos. Granada: Comares, 1994. p. 13: “*El hombre prehistórico no se conoce como alguien distinto de la naturaleza; con la revolución científica y capitalista de la Modernidad occidental, - cuya base está en Bacon (saber es poder) y en Descartes (dueños e poseedores de la naturaleza) – el hombre se ve como distinto de la naturaleza*”.

<sup>532</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 123.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

A ideia exposta aqui é a de que a conformação do ato de ser do homem com a sua própria personalidade caminhou de mãos dadas rumo à definição da especificidade humana quando comparada com o ambiente que nos cerca. Isto implica dizer que haveria, necessariamente, mais comparação entre o homem e a natureza – bem como uma indiscutível superioridade daquele perante esta – do que comunhão. Efectivamente, segundo o modo de viver e de pensar ocidental, que ainda persiste em muita da ciência jurídica contemporânea, “[...] o mundo natural existe para o benefício dos seres humanos (...) e (...) apesar da sua severidade, esta tradição não exclui a preocupação pela natureza, desde que essa preocupação se possa relacionar com o bem-estar humano”<sup>533</sup>.

Nesse sentido, aponta Capelo de Sousa:

Quando esta disposição abrange na personalidade humana a personalidade “física” e a personalidade “moral”, esta à velha maneira grega e kantiana, a distinguir a Física (*Physis*) da Ética (*Ethos*) e a tutelar quer o homem considerado como sujeito às suas determinantes físicas (*homo phoenomenon*), quer o homem representado como uma personalidade independente dessas determinantes porque dotado de liberdade (*homo noumenon*)<sup>534</sup>.

Assim, não é exagero dizer que a concepção histórica do conteúdo do direito da personalidade da qual o ambiente foi inicialmente amputado revela-se como expressão de um contexto social de exploração e de domínio, com base numa noção sacralizada<sup>535</sup> do ato de ser humano, seja do homem pelo homem, da mulher pelo homem<sup>536</sup> e, como consequência, da natureza pelo homem<sup>537</sup>.

---

<sup>533</sup> SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. Tradução Alvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 2012. p. 291.

<sup>534</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 115-116.

<sup>535</sup> Nesse sentido, ver MENDONÇA, Marta. Haverá seres humanos que não são homens? A propósito da teoria da personalidade de Singer e Horster. **Revista portuguesa de bioética: cadernos de bioética**, Coimbra, Ano XVIII, n. 2, p. 171-186, set. 2007. *In verbis*: “O autor (Singer) pretende pôr em causa uma tese relativamente consensual, que considera insuficientemente fundada: a tese que afirma que a vida humana é sagrada ou inviolável. Pôr em causa esta tese significa, segundo Singer, denunciar que este enunciado assenta numa discriminação inaceitável entre os seres humanos e os restantes seres vivos” (p. 173).

<sup>536</sup> Nesse sentido: SINGER, Peter, op. cit.

<sup>537</sup> BOOLCHIN, Murray. **The ecology of freedom: the emergence and dissolution of hierarchy**. Palo Alto: Chesire, 1982.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

O perfil histórico dos valores a que se vinculam os direitos da personalidade expressam uma visão de um “*ser*” individualizado, civilizado e pouco animalesco e, portanto, distante do meio natural e tipicamente descrito como selvagem. Talvez essa noção, divorciada tanto do ambiente quanto do outro que o cerca e o conforma em sua própria personalidade, como já aqui afirmado, tenha permitido a Diogo Leite de Campos afirmar que os direitos de personalidade, “[...] de instrumentos de defesa do ser humano contra o onipotência do soberano e contra a agressão dos outros, estão sendo transformados em expressão da onipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o eu e os outros [...]”<sup>538</sup>, materializando a expressão do jurista português contra as injustiças que hão-de continuar a existir<sup>539</sup>.

Em contexto contemporâneo, e de forma a denotar a alteração conceitual do conteúdo da personalidade<sup>540</sup> juscivilisticamente tutelada, Capelo de Sousa entende que o contributo ético-filosófico fulcral para a concepção de personalidade e os valores nela encerrados é a ideia de que o ser humano se revela “[...] em permanente relação com os outros homens, com o mundo e consigo mesmo, assumindo aí especial relevo o mundo de valores a que ele aderiu, a ponto de lhe estruturar, moldar e significantizar a personalidade”<sup>541</sup>. Em igual sentido, Arthur Kaufmann define que a pessoa é sempre “[...] co-instituída pelos outros; não, porém, através da subsunção deste outro à objectividade empírica, mas no sentido de que uma pessoa só se compreende como tal em referência ao papel dos outros e de que estes também só logram compreender-se como pessoas a partir do papel daquela”<sup>542</sup>.

---

<sup>538</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. **Dereito – Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, Santiago de Compostela, v. II, n. 2, p. 61, 1993.

<sup>539</sup> *Ibidem*.

<sup>540</sup> Nesse sentido, ver também KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXVIII, n. 78, (SEPARATA). Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 193. *In verbis*: “Uma observação mais atenta também mostra, contudo, que a norma tem que ser, de certo modo, ‘adequada à historicidade’, que ela tem que ser dúctil e aberta para se poder ajustar às relações da vida. Uma norma formulada em termos estritamente unívocos (deixando de lado a questão de saber se esse é um objeto realizável) não passaria de uma prescrição rígida e desvitalizada, razão porque seria de todo a-histórica. Ora, a historicidade só pode manifestar-se num sistema aberto”.

<sup>541</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 112.

<sup>542</sup> KAUFMANN, Arthur, op. cit., p. 205.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Essa permanente jornada no sentido da concreção dos direitos da personalidade já delineados e a projeção de novas necessidades da pessoa humana é, hoje, simbolizada na concepção do direito ao meio ambiente como direito de personalidade. Como afirma Kaufmann, a pessoa, que é fundamento do direito, “[...] é relacional, dinâmica, histórica. A pessoa não é estado, mas acontecimento, acto. E tudo isso vale também para o direito. É que o direito não está petrificado nas normas; ele acontece nas ‘relações’ pessoais; se ele não acontecer nestas relações, poderá, quando muito, haver leis, mas não direito. O direito só se constitui em acto”<sup>543</sup>.

Trata-se, portanto, de uma expressão da preterição do individualismo (e não da individualidade) arreigado e fundamentador dos direitos de personalidade ao solidarismo. Isso porque “[...] o homem-sujeito ou homem-auto com o seu eu não o é só – existe com os outros (*Mitsein*), ele é um ser-com-os-outros no seu ser-no-mundo”<sup>544</sup>.

Está em causa, de certa forma, recordar a concepção de “*ser-no-mundo*” proposta por Martin Heidegger e a relação de “copertença” entre os “entes” e o “mundo”<sup>545</sup>. Como diz o filósofo alemão, “[...] a expressão composta ‘ser-no-mundo’ já na sua cunhagem mostra que pretende referir-se a um fenómeno de unidade”<sup>546</sup>. A concepção heideggeriana da “*mundanidade*” passa a valer apenas e tão somente após a identificação do “*ser*” que a identifica e para quem o mundo “*é*”. Noutra ponta, esse “*ser*” apenas “*é*” a partir da análise da sua morada (“*onde*”). Em outras palavras, abandona-se o entendimento da contraposição sujeito-objeto estabelecida entre o homem e o mundo, para a construção de uma relação de copertença entre ambos, mediante a integração do “*onde*” no “*ser*”, este último dotado de personalidade.

Não se trata de uma alteração da vinculação dos direitos da personalidade ao “*ser*”, mas de uma nova acepção do “*ser*” integrada com elementos estruturantes de “*como ser*” ou, ainda, “*em quais condições ser*”. Sob outro prisma “[...] há que

---

<sup>543</sup> Ibidem, p. 205.

<sup>544</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. Pessoa, direito e responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ano 6, Fasc. 1.º, jan./mar. 1996. p. 33.

<sup>545</sup> ALBUQUERQUE, José Fábio da Silva. Weltanschauungen e modos-de-ser dos entes intramundanos. In **Revista Portuguesa de Filosofia**, [s.l.], Tomo 68, Fasc. 3, p. 461-482, 2012.

<sup>546</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Tradução Márcia Sá Cavalcanti Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 90.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

determinar o justo equilíbrio do individual e do social, na dimensão do ser-que-vive-com-os-outros”<sup>547</sup>.

A concepção do “ser”, justificadora da intencionalidade normativa da proteção da personalidade, enquanto expressão limitada ao corpo no sentido de apenas “*existir no mundo*”, revelou-se inadequada, passando o mundo, aí concebido como o meio ambiente, a identificar-se não como simples “*onde*” o “*ser*” se revela, mas como mais um dos elementos constitutivos desse “*ser*”. Ou seja, reputando o “*in-der-Welt-sein*” como elemento único e indissociável na própria compreensão do “*ser*”:

*El hombre es el ser que existe trascendendose, es decir, proyectandose sobre el mundo. Por eso, la primera determinación esencial de su existencia es “ser en el mundo”. El mundo no es un simple donde en el que el hombre es. El “en el mundo” es constitutivo de su ser; no se añade a su ser, sino que lo compone: la existencia consiste en “ser en el mundo”. Este redescubrimiento del ser del hombre como “in der Welt sein” (ser en el mundo) nos conduce a la consideración de la alteridad humana como fundamental para fundar la existencia del derecho, al descubrimiento del mundo exterior como algo más que fuente de recursos*<sup>548</sup>.

A abordagem do elemento ambiental como parte caracterizadora e essencial para o “*ser*” denota a sua integração nos direitos da personalidade, atribuindo a necessidade de conformar uma “*função social do comportamento humano*” (em analogia ao que se fez com a propriedade e os contratos – institutos tipicamente civilísticos) e limitando a esfera de liberdade do “*ser*” clássico e individualista mediante o incremento da esfera do respeito<sup>549</sup> (e, portanto, da responsabilidade) perante o outro “*ser*” que, agora, também compreende em seu âmago o elemento “*onde é*”.

---

<sup>547</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. **Dereito – Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, Santiago de Compostela, v. II, n. 2, p. 73, 1993.

<sup>548</sup> CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecología: de las razones a los derechos**. Granada: Comares, 1994. p. 45.

<sup>549</sup> O incremento da esfera de risco, inclusive enquanto componente da causalidade em termos de direito de responsabilidade civil, é afirmado por Mafalda Miranda Barbosa em sua obra aqui multireferenciada. Para a autora: “O risco aqui não é apenas definido segundo o aumento de probabilidades de ocorrência da lesão, mas de acordo com a ideia de responsabilidade pessoal enquanto responsabilidade pelo outro e enquanto autorresponsabilidade”. In: **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 Editora, 2013. p. 762.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Em síntese: meu dever de respeito pelos atributos da personalidade inerentes à própria existência e à dignidade do outro compreende, agora, o “*onde*” como mais um dos elementos da expressão do “*ser alheio*” (em similaridade com o nome e a vida desse outro). E até mesmo como expressão do meu próprio “*ser*”, na medida em que a diretriz principal dos direitos da personalidade se desloca do individualismo para os princípios da socialidade e da solidariedade, passando a considerar a reflexividade da componente ambiental. Concomitantemente, o elemento “*onde*” de outrem, cuja personalidade deve ser respeitada, confunde-se com a expressão “*onde*”, referente à minha própria personalidade.

Isso porque o axioma informador da terceira geração ou dimensão<sup>550</sup> dos direitos fundamentais<sup>551</sup> é o da solidariedade, a qual recebe sua elaboração teórica moderna das mãos de Émile Durkheim: “*Esta puede ser entendida como factor social, como virtud, como principio jurídico-político y como principio jurídico-constitucional*”<sup>552</sup>. Como valor jurídico-político sustentador dos direitos de terceira dimensão pode-se definir a solidariedade como “[...] *la conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidad comunes, de similitudes (de reconocimiento de identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento*”<sup>553</sup>. Nesse

---

<sup>550</sup> A expressão “gerações de direito” foi pela primeira vez utilizada por Karel Vasak, no artigo “Le droit international des droits de l’homme” (**Revue des droit de l’homme**, Paris, v. I, 1972). Norberto Bobbio faz referência a três fases de desenvolvimento dos direito humanos. In: **A Era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<sup>551</sup> Sobre os vínculos entre direitos fundamentais e direitos de personalidade: DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 620-621: “Ora, à dignidade e o ao desenvolvimento da pessoa humana é-lhes inerente, no nosso sistema jurídico, o direito geral de personalidade previsto no art. 70º do Código Civil, que a nossa Constituição, por via dos seus arts. 1º e 2º, desde logo recolhe. Por outro lado, por força do art. 16º, nº 2, da Constituição, ‘os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem’. Acontece que o Preâmbulo da Declaração considera que ‘na Carta, os povos das Nações Unidas proclamaram, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na sua dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidas a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla’ e que o art. 29º, nº 1, da Declaração supõe o direito ao ‘livre e pleno desenvolvimento da personalidade’. Finalmente, o art. 16º, nº 1, da Constituição estabelece que ‘os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis’. Ora, o art. 70º do Código Civil consagra um direito geral de personalidade, que, pelo acervo de bens e valores jurídicos tutelados, reveste natureza fundamental e é análogo ao regime dos direitos, liberdades e garantias previstos no Título II da Parte I da Constituição”.

<sup>552</sup> CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecología: de las razones a los derechos**. Granada: Comares, 1994. p. 270.

<sup>553</sup> DE LUCAS, Javier. **El concepto de solidaridad**. Cidade do México: Fontamara, 1993. p. 15. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

sentido, cuida-se de “[...] sublinhar o carácter comunitário como essencialmente constitutivo da condição humana [...]”<sup>554</sup>, que vai além da consideração rasa do homem como ser eminentemente social, perpassando a reflexão e a constatação de que “[...] o estar para o outro é assim constitutivo da existência humana”<sup>555</sup>.

Noutro prisma, se se destaca que a vida é o atributo indissociável da concreção dos direitos de personalidade, naquilo em que se identifica esta sorte de direitos com os direitos fundamentais, as circunstâncias viabilizadoras do seu estabelecimento – ou seja, a expressão de valores ainda anteriores à individualidade e à dignidade, e de um conteúdo cada vez mais amplo que dela se espera –, não poderiam estar desvinculadas deste rol de direitos.

Como salienta Pietro Perlingieri, não se pode “[...] descurar que o ambiente ecologicamente equilibrado está inelutavelmente interligado com o direito à saúde [...]”<sup>556</sup>, e pode ser classificado tanto como fundamental quanto de personalidade, notadamente porque os de personalidade, assim como os fundamentais, são originários, perenes, inalienáveis, indisponíveis, absolutos e imprescritíveis. Desta sorte, qualquer agressão ou ameaça de agressão ao bem ambiental possui uma concepção dúplice<sup>557</sup>, recaindo sobre o patrimônio comum à coletividade e, também, sobre os interesses pessoais, incluindo-se o direito da personalidade fulcrado em uma concepção alargada do “*ser*”.

Quer-nos parecer, portanto, que a identificação do ambiente como uma componente do “*ser*” e não apenas objeto e meio pelo qual o “*ser*” busca seu pleno desenvolvimento não deixa dúvidas acerca da necessidade de estender a proteção afeta aos direitos de personalidade também ao bem ambiental. Porém, frise-se, não a partir da concepção do ambiente como objeto necessário e passível de apreciação ou de eventual fruição pelo “*ser*” ostentador dos direitos da personalidade (cunho de observação utilitarista), mas enquanto elemento próprio e conformador do “*ser*” individualizado ao qual se outorga a proteção da personalidade. Assim, esta deve agora ser compreendida em uma acepção mais ampla, e já professada por várias culturas, antigas ou contemporâneas.

---

<sup>554</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. L, n. 1 e 2, p. 24, 2009.

<sup>555</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>556</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 171.

<sup>557</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



Não se deve partir da premissa de que o ambiente possa ser avaliado pela ciência juscivilística como algo dissociado da personalidade humana, uma vez que as inter-relações entre o humano e o ambiente são de tal forma íntimas que não permitem a concepção de um “*ser*” dotado de direitos da personalidade sem o “*onde*”, a despeito de o inverso ser possível. A ideia aqui demonstrada é a de que as prerrogativas do direito lançadas no baú da personalidade guardam relação com a historicidade, e portanto com a mutabilidade, sob o prisma cronológico<sup>558</sup>. Ou seja: se a personalidade “[...] não se identifica com os direitos e as obrigações jurídicas, constitui precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto [...]”<sup>559</sup>, o ambiente passa a ser pressuposto, precondição e elemento da própria personalidade e, portanto, objeto de consideração por essa gama de direitos. Identifica-se e passa a compor o próprio conteúdo em extensão da personalidade.

Sobretudo, não se trata, destarte, da identificação do ambiente como fonte de recursos inafastáveis para a consecução da vida e da dignidade que dela se espera, mas sim da definição do “*onde*” enquanto elemento formador do “*ser*”. Nesse contexto, a nova acepção do “*ser*”, de que decorrem os direitos de personalidade, aparece agora a exigir uma reconformação de institutos clássicos do direito civil, os quais passam a ser orientados não mais pela tônica antropocêntrica individualista, mas pela noção de solidariedade (orgânica, segundo a concepção de Émile Durkheim) e também pela maior amplitude da esfera de respeito pelo “*outro ser*” e, por conseguinte, atenta à inflação da esfera de responsabilidade do “*ser*”. Esta, por sua vez, compreendida como componente da liberdade desse “*ser*”, que é ao mesmo tempo devedor e credor do direito de respeito à sua ampla personalidade e, por conseguinte, ao seu “*onde*”.

As concepções puramente individualistas que contaminavam um direito civil pautado no *ser* dissociado do *onde*, outorgando direitos e proteção que desconsideravam o componente ambiental deste *ser*, revelam-se inapropriadas frente a esta nova vertente

---

<sup>558</sup> KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXVIII, n. 78, (SEPARATA). Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 206. *In verbis*: “A pessoa, ou seja, as relações pessoais das criaturas humanas umas com as outras e com as coisas, é que constituem esse ‘indisponível’, esse ‘ontológico’, que, como ‘coisa do direito’ (categoria essa a compreender, evidentemente, de um modo não empírico), identifica cada manifestação do direito como tal. E, dado que a pessoa é essencialmente histórica, é, ao mesmo tempo, tarefa e projecto, também aquilo que por direito lhe pertence é uma grandeza historicamente determinável, mas de modo algum arbitrariamente disponível”.

<sup>559</sup> DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 21.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

axiológica. Primeiro, por permitirem em tese, ainda que em um passado remoto, outorgar licitude, por exemplo, ao uso inadvertido da propriedade e do meio ambiente; por conseguinte o autoflagelo de um elemento indisponível que é *ser* dotado de personalidade, na medida em que possibilita a destruição de componentes e expressões mais importantes desse próprio *ser*. Segundo, porque veiculadoras de uma agressão ou ameaça de agressão à componente ambiental dos direitos da personalidade de outrem. E, por fim, devido à violação de um direito do ambiente com vertente transindividual.

Em outras palavras, a dignidade e os valores a ela ligados, os quais se querem ver preservados pelos direitos de personalidade, são na contemporaneidade enxergados por padrões axiológicos de conteúdo mais amplo do que os que outrora embasavam essa análise. Assim, surge a necessidade de encarar um direito ao meio ambiente puramente como preservação do direito da personalidade, mas compreendido (o meio ambiente) como elemento do “*ser*” e não como mera condicionante dele.

Em termos positivos, a Constituição portuguesa, em seu artigo 26<sup>560</sup> e, no mesmo caminho, a dicção do artigo 70 do Código Civil Português<sup>561</sup> garantem proteção a todos, em parâmetros amplos, contra qualquer ofensa ou ameaça efetiva, desde que ilícita, aos direitos de personalidade física ou moral, especificamente por meio da responsabilidade civil e de outros instrumentos. Tais enunciados têm o objetivo de inibir a consumação da ameaça ou ressarcir/reparar um dano já efetivado. Neste contexto,

---

<sup>560</sup> “Artigo 26º Outros direitos pessoais. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.” In: PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 2 de abril de 1979. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2018.

<sup>561</sup> Nesse sentido, ver: ANTUNES, Ana Filipa Morais. **Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (direitos de personalidade)**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012. p. 61: “Os direitos de personalidade estão sujeitos a um regime de *numerus apertus*. O catálogo de direitos da personalidade é aberto: devem ser reconhecidos todos os necessários à defesa da personalidade. A tal impõe a regra geral de protecção cristalizada n.º 1 do art. 70.º, que serve de título normativo bastante para o reconhecimento e afirmação de direitos de personalidade independentemente da existência de uma concreta disposição legal. A proteção legal estende-se a todos os bens jurídicos da personalidade, ainda que não especialmente delimitados, que devam considerar-se objecto de um direito de personalidade, pela circunstância de constituírem manifestações da personalidade em geral”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Capelo de Sousa afirma expressamente a vertente ambiental dos direitos da personalidade no direito português:

Vigoram especificamente diversas normas de tutela de direitos da personalidade, no âmbito das tarefas do Estado e dos demais entes públicos, particularmente na prossecução do interesse público. É, desde logo, o caso dos direitos subjectivos públicos outorgados na área da segurança e da assistência social, da saúde, da habitação, do ambiente e da qualidade de vida<sup>562</sup>.

A disposição do direito civil material português (Art. 70) permite a interpretação da configuração de uma proteção geral de personalidade a denotar uma atipicidade de suas espécies e, portanto, a possibilidade de verificação e construção de direitos de personalidade não expressamente previstos pelo direito objetivo.

Ademais, analisando a locução do Código Civil Português, Capelo de Sousa também indica o conteúdo prestacional afeto à tutela civil dos direitos da personalidade, materializando-se quer no direito de exigir do infrator responsabilidade civil nos termos dos seus artigos 483º e seguintes, quer ainda no direito de “[...] requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida [...]”<sup>563</sup>, através dos meios processuais previstos nos artigos 1474º e seguintes. Assim, pode-se dizer que o direito geral de personalidade “[...] tem uma inegável fundamentação axiológica, enquanto vector da autodeterminação do homem e de mecanismo de defesa de sua *humanitas* e da sua individualidade, em igualdade com os demais homens”<sup>564</sup>.

Acerca do tema da constituição, na experiência jurídica portuguesa, de um direito geral da personalidade<sup>565</sup>, Capelo de Sousa, o mais proeminente doutrinador sem qualquer sombra de dúvida, o define como afeto “*ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões de sua personalidade humana, bem como da unidade psíquico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade*

---

<sup>562</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 99.

<sup>563</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>564</sup> Ibidem, p. 624.

<sup>565</sup> No sentido da aceitação do Direito Geral de Personalidade: CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da Personalidade, In: **Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Vol. LXVI, 2.ed., 1992, p. 49 .

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*humana (v. g. da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação)*<sup>566</sup>. Em paralelo, ao reconhecer sua gênese na jurisprudência constitucional alemã, enquanto categoria jurídica, José Oliveira Ascensão trata-o em sentido diverso, como “figura dispensável” porquanto destituído de razão de índole prática por força dos direitos de personalidade *numerus apertus*<sup>567</sup>, consoante o art. 70 do Código Civil Português.

Em termos mais sonoros, o autor afirma igualmente tratar-se o direito geral de personalidade de uma superfetação inútil. De fato, as escolas de Coimbra e de Lisboa contendem a respeito da consagração de um direito geral da personalidade.

Especificamente, as críticas à aceitação do direito geral de personalidade dividiram-se em dois troncos básicos: o primeiro, consubstanciado no fato de ser impossível um sujeito ser objeto de uma posição jurídica da qual é titular; e o segundo, resultado da conjugação entre o possível abuso decorrente de uma consagração com amplitude desmedida, e a suposta desnecessidade em face da indicação em *numerus apertus* pelo Código Civil Português<sup>568</sup>.

Ocorre que, ao adicionarmos a concepção de direito da personalidade à componente ambiental (“*onde*”) do “*ser*”, passamos a enfrentar um grande leque de problemas de ordem filosófica. Esta assunção tem em vista a necessária reavaliação ou incremento das bases axiológicas sobre as quais assentam os pilares dos direitos da personalidade para a compreensão da extensão subjetiva e objetiva, assim como a profundidade da tutela desta sorte de direitos.

O primeiro deles é dedicado à questão subjetiva, mediante a delimitação dos sujeitos ativos com capacidade para titularizar direitos: seria sujeito de proteção dos direitos de personalidade tão só o homem e as ficções jurídicas já construídas (pessoas morais), ou também os elementos naturais? Isso partindo-se da premissa reveladora de três enfoques axiológicos possíveis:

---

<sup>566</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 93.

<sup>567</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral, vol. I, Introdução, as Pessoas, os Bens**. 2. edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 87.

<sup>568</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade: Fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra : Almedina, 2008.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

- a) a persistência da objetificação do “*onde*”, analisando a natureza do ponto de vista antropocêntrico utilitarista;
- b) a integração do “*onde*” no “*ser*”, constituindo um dos elementos da personalidade; e
- c) a outorga de personalidade a esse “*onde*”, permitindo-lhe titularizar direitos, como, por exemplo, a defesa de direitos de personalidade para os animais<sup>569</sup>.

No plano temporal, só o homem existente ou também as gerações futuras<sup>570</sup>? No plano valorativo, é necessário o alargamento dos direitos de personalidade para salvaguardar o bem ambiental? Ou será o direito ambiental eficiente e suficiente para a defesa do meio ambiente, prescindindo-se de reclamar a defesa por todas as espécies de direitos relacionadas com o bem ambiental?<sup>571</sup>

---

<sup>569</sup> Nesse sentido, ARAÚJO, Fernando. **A hora do direito dos animais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003; e BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Nomos – Revista de Pós-Graduação em Direito – UFC**, Fortaleza, v. 31, n. 1. p. 79-96, jan./jun. 2011.

<sup>570</sup> SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. Tradução Alvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 2012.

<sup>571</sup> MORENO, José Luis Serrano. **Ecología y derecho**. 1. Principios de derecho ambiental y ecología jurídica. 2. ed. Granada: Ecorama, 1992.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

## 13. ABRANGÊNCIA SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UM OLHAR PARA O AMBIENTE

---

Um importante elemento para a investigação de quem, ao arbítrio do direito, poderá ser sujeito de direitos radica nas alterações sociais advindas da crise ecológica. Ocorre que se adicionarmos à concepção de direito subjetivo a componente ambiental da personalidade passamos a enfrentar um grande, senão enorme, leque de problemas.

O primeiro dos quais diz respeito à questão dos sujeitos. Prescindiria ou manteria esse *status* jurídico-normativo tão somente o homem ou também elementos naturais, conforme exemplificámos nesta pesquisa? Seja como for, fato é que “[...] *para la teoría clásica, sólo el ser humano es persona y sólo él, por tanto, puede devenir sujeto de derechos y sujeto a obligaciones*”<sup>572</sup>.

Do ponto de vista filosófico, a grande questão que ora se coloca, portanto, é a possibilidade de encontrar dois caminhos. O primeiro se consubstancia na impossibilidade de se reconhecer o *ser*, foco da personalidade, independente de seu *onde*, fazendo com que, com o alargamento do conceito de sujeito, se abrace também o meio ambiente. Por outro lado, ainda que se dissocie do *ser*, fonte do direito da personalidade do *onde*, é preciso analisar a questão de o “*onde*”, por si só, ser também detentor de direitos. Afinal, segundo parte da doutrina, a crise ecológica clama pela modificação da escala axiológica com o propósito de reconhecer a natureza como titular de direitos subjetivos<sup>573</sup>. É importante, contudo, notar que existe robusta doutrina no sentido de não reconhecer o ambiente como sujeito de direitos<sup>574</sup>.

Não se pode descurar – mesmo que se considere o ambiente *per se* como sujeito de direitos e, portanto, detentor de um direito subjetivo de preservação da sua existência

---

<sup>572</sup> MORENO, José Luis Serrano. **Ecología y derecho**. 1. Principios de derecho ambiental y ecología jurídica. 2. ed. Granada: Ecorama, 1992. p. 102.

<sup>573</sup> BOSELMAN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução Phillip Gl França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 131. *In verbis*: “A preocupação com o mundo natural não humano está no centro da ética ambiental. A questão aqui é que a ideia da justiça poderia acomodar melhor essas preocupações. Como vimos, a partir do ponto de vista liberal antropocêntrico, o mundo não humano está fora da *communis justitia*. De um ponto de vista ecocêntrico, a *communis justitia* inclui o mundo humano e o não humano. Pode ser visto como um passo importante que hoje há uma discussão vívida de ‘justiça para o mundo não humano’ e ‘justiça entre espécies’.”

<sup>574</sup> Nesse sentido ver MATOS, Filipe Albuquerque. BARBOSA, Mafalda Miranda. **O novo estatuto jurídico dos animais**. Coimbra : Gestlegal, 2017.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

ou, ainda, como uma componente (*onde*) do *ser* conformador dos direitos de personalidade e também subjetivos – que existem fortes críticas à configuração de um direito subjetivo em contraposição a um direito objetivo. Ademais, a despeito de não comungar a tônica da presente investigação, é importante destacar o entendimento de Hans Kelsen<sup>575</sup>, segundo o qual a distinção está ultrapassada porquanto se trata unicamente da norma enquanto expressão do direito objetivo, com a particularidade de que o direito resultante da invocação subjetiva (manifestação de vontade) é individual e concreto, porém, ainda objetivo, e a norma que repousa nos assentos é geral e abstrata. Além disso, porque a concepção de direito subjetivo seria uma categoria histórica<sup>576</sup>.

Desse modo, é possível conceber como amplamente dominante e dotada de considerável fundamentação a noção de pessoa humana como ente fulcral e único da titularidade de direitos da personalidade. Mas não se pode, sob esse argumento, excluir outras acepções tão decorrentes quanto necessárias a um novo cenário ético, físico e social. Nesses termos, e como assevera José Luis Serrano Moreno, somente a teoria moderna do sujeito de direitos “[...] *tiene pues un claro núcleo antropocéntrico, pero sus ideas básicas comienzan a desmoronarse en la actual era de la crisis ecológica*”<sup>577</sup>. Nessa perspectiva, a primeira dessas questões encontra uma resposta preliminar na expressão de que “[...] *sólo el ser humano es persona y sólo él, por tanto, puede devenir sujeto de derechos y sujeto a obligaciones [...]*”<sup>578</sup>.

Assim, a matriz axiológica clássica, cujos efeitos se espraiam sobre a grande maioria do direito positivo ocidental, limita ao ser humano a esfera de abrangência subjetiva dos direitos de personalidade. Dessa forma, revela o perfil claramente antropocêntrico com que encara todo o fenômeno da existência digna de titularizar direitos em si, notadamente por meio da afetação de características especiais e diferenciadas entre os seres.

---

<sup>575</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 143. *In verbis*: “A propósito, importa notar que ‘sujeito’ nesta relação é apenas o obrigado, isto é, aquele indivíduo que pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever. O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ter lugar, é apenas objeto de conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta”.

<sup>576</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>577</sup> MORENO, José Luis Serrano. **Ecología y derecho**. 1. Principios de derecho ambiental y ecología jurídica. 2. ed. Granada: Ecorama, 1992. p. 103.

<sup>578</sup> *Ibidem*, p.102.

Por outro lado, um viés multifacetado e plural de conformação e densificação pelo direito positivo deste *ser* conformador dos direitos da personalidade fica desconsiderado, segundo a concepção de que o homem se coloca sobre os demais elementos numa escala de superioridade. Todavia, e como inicialmente consignado, a crise ecológica passou a alterar a forma de percepção humana do fenômeno do *ser* enquanto fundamentador dos direitos de personalidade, tornando a assimilar o ato de existir como uma teia<sup>579</sup> onde cada elemento tem sua importância axiológica, nomeadamente em razão de sua imprescindibilidade para o próprio ato de ser do homem, outro centro de emanção e destinatário único dos direitos de personalidade.

Assim, ao mesmo tempo que é plausível a afirmação de que há correntes assumindo e considerando estar o homem em posição ético-ontologicamente<sup>580</sup> superior – não importando, neste caso, os fundamentos justificadores de tal entendimento<sup>581</sup> e o

---

<sup>579</sup> ARAÚJO, Fernando. **A hora do direito dos animais**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 41: “Diríamos, assim, que o ‘descentramento bioético’, mais do que uma mortificação da nossa soberba de espécie, muita mais do que um risco intelectual, poderá ser uma necessidade propedêutica para o recentramento dos valores éticos e jurídicos em torno de uma visão mais aberta e pragmática das diversas manifestações de que se compõe a ‘natureza humana’, dentro de um espectro que conduz da animalidade à transcendência supererogatória da vontade livre e bem-formada, e que regressa à animalidade sem embaraços nem degradação da ética – porque ocorre numa teia de interdependências que nos deixa tanto à mercê uns dos outros como apoiados uns nos outros; numa teia que não deliberámos nem podíamos deliberar, porque ela é inevitável (e por isso não é negociável, não é contratualizável), constituindo o suporte da própria existência da espécies naqueles momentos em que os animais dessa espécie se encontram dependentes e não conseguiriam sobreviver sozinhos”.

<sup>580</sup> Necessário destacar que a ontologia não necessariamente se refere ao material, como já sedimentado na teoria filosófica de Kant e Hegel. Nesse sentido, ver: “A ideia do ontológico radica na aceitação, mediatizada pela e apoiada na experiência, de que aquilo que se fundamenta no ‘ser’ não é disponível; a pessoa humana só pode utilizar em proveito próprio o ontológico se respeitar sua imanente nomologia. Todavia, um tal ‘indisponível’, ou ‘não disponível’, não tem que ser, necessariamente, algo de natural, podendo também tratar-se, por exemplo, de estruturas ou de relações”. In: KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXVIII, n. 78, (SEPARATA). Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 184.

<sup>581</sup> Fernando Araújo traz interessantes questões sobre a assunção dessa superioridade transcendental atribuída ao ser humano, questionando de onde vêm os vários argumentos que, em tese, justificariam este entendimento: “Da sublimação de um instinto defensivo, que faz depender a identidade de meras relações de pertença, que recebe a dissolução dessa identidade no reconhecimento do respectivo suporte animal? Do medo (...) de que o destino transcendente da alma se veja comprometido com a constatação da sua indelével materialidade sublunar? Da vaidade, que permite ao homem comparar-se a Deus, e demarcar-se das demais criaturas, concedendo-se o lugar de topo na ‘escala’ e presumindo de lhes atribuir características ‘inferiores’ e limitativas? Da insegurança que advém da consciência da liberdade e da inerente falibilidade, por contraposição com o aparente determinismo absoluto da causalidade eficiente que rege o comportamento dos não humanos? Da recusa de acompanharmos Montaigne na Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



tradicional especismo que o fundamenta – é também razoável afirmar não ser esta a única proposta existente, ainda que se faça com mero intuito expositivo. Tal pressuposto torna inafastável a conclusão de que a adoção de novas concepções, de tendência mais igualitária, para a observação e identificação dos seres axiologicamente diferentes e segundo a visão dominante, tem implicações diretas e efetivas no direito (até mesmo positivo) de personalidade e das relações que este (ser humano) exhibe no plano ontológico<sup>582</sup>.

Sobre a grande questão ora colocada, as divergências ético-filosóficas acerca da abrangência outorgada ao conceito de ser dotado de centralidade valorativa para a conformação dos direitos de personalidade abrem ou ramificam-se em três caminhos substancialmente diversos: a manutenção do plano antropocentrismo cristão e ocidental; o alargamento da abrangência objetiva do conceito de pessoa, sem que se alargue subjetivamente aos entes dotados de personalidade; e, por fim, a adoção do entendimento ecocêntrico, e portanto multinuclear, da afetação da personalidade.

Inicialmente, destaca-se que a manutenção do cunho de observação antropocentrismo da relação homem-natureza e a dominação/diferenciação inerente a esta forma de observância do objeto de que decorre a consequente preservação da restrição conceitual da abrangência subjetiva dos direitos da personalidade não será aqui objeto de discussão. Essa opção provém do fato de representar o estado da arte do direito de personalidade dominante.

A segunda possibilidade aberta pela existência de outras abordagens filosóficas para o conceito de ser digno de proteção da sua personalidade diz respeito à ótica consubstanciada na impossibilidade de se reconhecer o “*ser*”, foco da personalidade,

---

humilhante insistência de que podemos bem reconhecer, na maior parte das suas obras, como os animais têm uma excelência superior à nossa e como a nossa arte é fraca a imitá-los? Do facto insofismável de a reflexão sobre a condição animal ser uma indagação acerca do lugar que nos atribuímos a nós próprios no seio dos seres vivos” In: **A hora do direito dos animais**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 36.

<sup>582</sup> É importante destacar que a adoção de critérios diferenciados e mais alargados de reconhecimento da capacidade de titularizar direitos de forma alguma implica a consequente negação dos direitos dos seres humanos, se não na reafirmação e ampliação destes, agora tendo-se em consideração uma concepção holística de sua existência e de sua relação de inserção interdependente na biota. Nesse sentido, ver Fernando Araújo: “Quando insistimos no facto de a luta pelos direitos dos animais não reclamar a degradação dos direitos humanos, e bem pelo contrário poder tomar-se até uma forma de, pela extensão de domínios, reforçar e exaltar ainda mais a proteção da condição humana – agora não exclusivamente na sua humanidade, mas também na sua animalidade” (ibidem, p. 150).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

independente de seu “*onde*”. Isso faz com que, mediante o alargamento conceitual do que se insere no âmago do conceito de sujeito, este passe a abraçar também o meio ambiente.

Não se trata do abandono puro e simples de uma visão antropocêntrica, mas apenas da inclusão na própria noção do que é o *ser* da componente ambiental. Nesse sentido, consideramos ser impossível *ser* no *nada*.

Está em causa a anteriormente referida percepção do *onde* como elemento configurador e indissociável do *ser* a quem se dedica a proteção de personalidade, revelando a percepção e não a mera adoção conceitual de que o ente não é se não for considerado o seu *onde*. Ou seja, preserva-se a noção de que apenas o ser humano é digno de proteção de sua personalidade (só o homem é pessoa), porém, englobando nessa personalidade também o que ela desconsiderava, por lhe ser externo: o ambiente, tal qual referido.

Valendo-se de tal avaliação propedêutica, ainda que não considerado o ambiente como sujeito de direitos e, assim, mantendo-se intactos os padrões clássicos de aferição da subjetividade, estender-se-ia ao ambiente a proteção outorgada ao direito da personalidade à medida que o ser “*no mundo*” passa a ser uma das vertentes da concepção do “*ser*”. Não se está aqui, portanto, a proteger o ambiente, por meio do direito objetivo de personalidade, senão apenas reconhecendo que este é intrínseco à própria noção da personalidade do ser que os direitos de personalidade visam proteger. Por essa razão, ainda que de forma indireta, o ambiente seria tutelado pelos direitos de personalidade.

Trata-se portanto de uma abordagem segundo a qual o ambiente deve ser tutelado observadas as suas relações com o ser, por meio do alargamento das condicionantes do conteúdo do *ser*, com base em fundamentos filosóficos, o qual, ao revés de estender a defesa da personalidade ao “*onde*”, outorgando-lhe certo grau ou, ainda, total subjetividade, o inclui como elemento basilar da identificação de outro “*ser*”, já consagrado como titular do direito da personalidade. Desse modo, confere à natureza proteção idêntica àquela que seria conferida na hipótese de se adotar a visão ecocêntrica, conquanto o faça por via reflexa. Em termos práticos, a partir da visão do *onde* integrado no *ser* tutelar-se-ia o ambiente com a mesma intencionalidade protetiva (vertical e horizontal – em extensão e profundidade) que é votada à proteção da liberdade ou à salvaguarda da vida, por exemplo. Assim, classificam-se todos estes institutos (liberdade, vida e ambiente) como elementos irrenunciáveis do “*ser*” dotado de personalidade.

Por fim, ainda que se dissocie o “*ser*”, fonte do direito da personalidade, do “*onde*”, é preciso analisar a questão filosófica da compreensão do “*onde*”, por si só, como “ente” também detentor de direitos e, em caso de resposta afirmativa, que modalidades de direitos a ele (ou a isso) seriam extensíveis.

Desse modo, caso se outorgue ao “*onde*” a capacidade de titularizar direitos, que espécie de direitos lhes valeria? A ideia parece se contrapor de maneira a tornar-se impeditiva para a visão dominante do direito, para a qual este se faz para e pelas pessoas, como já anteriormente consignado. Já referimos que essa noção tem estreitas relações com a conformação histórica do ser e da teologia cristã, que identifica o homem como imagem e semelhança de Deus e lhe concede o domínio da Terra e dos demais animais.

Em sentido diametralmente oposto, Peter Singer, ainda que em obra dedicada à análise dos direitos dos animais em que aborda o ambiente em sentido lato apenas de forma tangencial, postula o necessário afastamento do “[...] pressuposto de que todos os membros da nossa espécie têm, apenas por serem membros da nossa espécie, qualquer valor distintivo ou inerente que os coloque acima dos membros de outras espécies [...]”<sup>583</sup>. Para o autor, essa perspectiva deve também ser considerada com o fito de dirimir sobre a questão a tutela civil do ambiente.

Feitas tais considerações sobre o entendimento filosófico do abandono da posição superior e central do homem, em se tratando de direitos da personalidade está em causa definir primeiro se, eventualmente, tornando-se juridicamente viável a titularização do direito pelo ambiente, esta se vincularia como identificação da “[...] susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas [...]”<sup>584</sup> (definição de personalidade). Notadamente, considerando que o direito objetivo é *árbitro*<sup>585</sup> na definição da outorga

---

<sup>583</sup> SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. Tradução Alvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 2012. p. 11.

<sup>584</sup> DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 19.

<sup>585</sup> Ibidem, p. 20: “O arbítrio do ordenamento jurídico respeitante à atribuição da personalidade é, por outro lado, limitado pela necessidade de um elemento natural”. Ver também: KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXVIII, n. 78 (SEPARATA). Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 206: “A criatura humana não é ‘naturalmente’ pessoa. Mas quem é então que lhe atribuiu personalidade? Esta é a pergunta pela ‘iustitia distributiva’: trata-se do problema de saber quem outorga a igualdade às criaturas humanas. Pode lançar-se aqui mão de especulações e recorrer-se a Deus, ou a uma transcendental ‘pessoa em geral’, ou a um fictício acordo originário. Mas aqui argumentaremos com a maior prudência (e em termos apenas dilatatórios). As criaturas humanas só Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

dessa personalidade, conforme magistralmente demonstrado pela existência da pessoa jurídica ou coletiva.

Neste contexto, e reconhecendo o papel do direito objetivo na edificação dos “*seres*” aos quais se outorga a capacidade de titularizar direitos e obrigações (árbitro), a Constituição da República do Equador, citada aqui apenas a título exemplificativo da maneira diversa com que trata o tema, manifesta-se como um dos instrumentos mais emblemáticos e, talvez, o único no mundo constitucional da construção dogmático-objetiva acerca da natureza, *per se*, como sujeito de direitos. Tanto assim que dedica todo o seu capítulo sétimo aos “*derechos de la naturaleza*”<sup>586</sup> ou “*Pacha Mama*”<sup>587</sup>. Vale a pena transcrever:

*Capítulo séptimo*  
*Derechos de la naturaleza*

**Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.**

*Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.*

*El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.*

---

se personalizam quando elas se reconhecem reciprocamente como pessoas (o que simultaneamente implica o reconhecimento, por parte delas, do direito)”. Também neste sentido, VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 6: “O Direito não tem poder nem legitimidade para atribuir personalidade individual. Limita-se a constatar, a verificar a hominidade, qualidade de ser humano. Não tem, também, legitimidade nem poder para a excluir”.

<sup>586</sup> ECHEVERRIA, Hugo et al. **Manual de aplicación del derecho penal ambiental como instrumento de protección de las áreas naturales em Galápagos**. Quito: Sea Shepherd, World Wildlife Found y Galápagos Academic Institute for the Arts and Sciences de la Universidad San Francisco de Quito, 2011. p. 104: “*La nueva Constitución de la República del Ecuador ratifica y sistematiza la importante evolución normativa equatoriana en materia ambiental que ha sido evidente deste, al menos, las reformas constitucionales de 1983; com posteriores avances em las reformas de 1996 y la codificación de 1998. Además, amplía el ambito de protección constitucional para reconocer y garantizar derechos de la naturaleza, convirtiéndose en la primera Constitución del mundo em aplicar esta nueva tesis jurídica*”.

<sup>587</sup> “*Pacha Mama*” é um conceito atribuído à língua quéchua, sendo *pacha* o mesmo que mundo, terra enquanto *mama* significa mãe, traduzindo-se a expressão como mãe-terra.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados.

*En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.*<sup>588</sup>

A despeito de a maior parte da doutrina não entender viável a identificação do ambiente como sujeito de direitos, a interpretação meramente literal do texto equatoriano permite-nos afirmar que a dita ordem constitucional traz, inelutavelmente, a natureza à condição de sujeito de direitos, paralelamente ao ser humano, mediante a veiculação de valores eminentemente ecocêntricos<sup>589</sup>, em sua vertente pura, conferindo verdadeiros direitos subjetivos à *Pacha Mama*. E estes amplamente divorciados de qualquer funcionalismo ou utilitarismo em relação ao “ser” humano, conforme se observa pela ótica estrita (ausência da componente “onde” do “ser”).

Outorga-se, portanto, à natureza uma espécie de personalidade<sup>590</sup> como ficção jurídica, porquanto se lhe permite a capacidade de ser titular de direitos, especificamente o direito a que se respeite integralmente sua existência, manutenção e regeneração. E, por conseguinte, são-lhe também devotadas as proteções do direito da personalidade, uma vez que poderá ser exigido da autoridade constituída “[...] *el cumplimiento de los derechos de la naturaleza*”.

É importante destacar também que a orientação interpretativa do texto constitucional equatoriano revela um entendimento em que se confere à natureza uma espécie de personalidade independente e autônoma, afirmando-a não mais como um elemento de um “ser” que “é” somente

---

<sup>588</sup> EQUADOR. Constituição da República do Equador (2008). Disponível em [https://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em 10 mai 2018.

<sup>589</sup> Nesse sentido, ver LEOPOLD, Aldo. **The land ethic** – a sand county almanac. New York: Oxford University Press, 1966; e SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. Tradução Alvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 2012.

<sup>590</sup> Sobre o tema, em particular no tocante ao direito dos animais, especialmente na concepção de impossibilidade de alargamento da personalidade, ver VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 7: “Só as pessoas têm direitos subjectivos. Por outro lado, a referência a direito dos animais acarreta uma banalização dos direitos subjectivos que é pernicioso. Além de equiparar os animais às pessoas, o que já é vicioso, acaba por pôr no mesmo plano as pessoas e os animais como beneficiários de protecção do Estado, o que é ainda mais grave. Pessoas e animais são assim unificados numa mesma classe de entes especialmente protegidos. A posição das pessoas humanas no Direito passa assim a ser tida como comum à dos animais”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

“*nela*”, nem tampouco como instrumento ao serviço de um “*ser*”. Antes, é tomada como integrante da comunidade biológica, estabelecendo um valor de igualdade entre os seres da biota.

Pode-se dizer, assim, que a Constituição do Equador aderiu ao fenômeno da denominada ecologia profunda<sup>591</sup>, cujo conteúdo axiológico preponderante “[...] reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida”<sup>592</sup>. Destaque-se que não se trata aqui de um antropocentrismo moderado por meio do qual aos recursos naturais se outorga proteção sem se lhes retirar a condição de objeto, eis que entendidos como elementos a serem manejados em benefício do homem, muito menos de um antropocentrismo utilitarista em sua vertente pura.

Fora da realidade equatoriana, ainda que em menor grau, a lógica constitucional contemporânea, orientadora das formas do convívio com e a reclassificação jurídica do ambiente, afasta-se da vertente antropocêntrica pura. A praxe é a adoção desse supramencionado antropocentrismo de forma moderada, cujo conteúdo ético não eleva o ambiente à condição de sujeito de direito, muito embora reconheça o dever do Estado e da coletividade de o protegerem.

Implicadamente, o Artigo 66º da Constituição da República Portuguesa revela o ambiente compreendido em uma dupla dimensão de direito-dever. Ao mesmo tempo que, orientado por uma lógica de solidariedade internacional, impõe aos cidadãos o dever de salvaguardar o ambiente, outorgando-lhes o direito de exigirem do Estado a adoção de medidas que garantam o gozo de um ambiente sadio. Além disso, faculta ao Estado o direito de exigir do particular esse respeito. No mesmo sentido, a Constituição brasileira, em seu artigo 225, permite a construção dessa mesma noção de direito-dever, sem contudo abandonar uma noção antropocentrista.

A observação da vertente ética orientadora do direito do ambiente disciplina a forma pela qual ele será observado e regulado, bem como a especificidade da disposição do direito objetivo que conferir-lhe-á resguardo. Nessa perspectiva, a identificação desse fenômeno ético implica alguns pontos bastante importantes. A partir do momento em que se reconhece titularidade de direitos à natureza, ou ainda ao “*onde*”, agora em contraposição ao “*ser*”, isso

---

<sup>591</sup> Sobre a questão de titularização de direitos, SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. Tradução Alvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 2012. p. 306: “É claro que há uma questão filosófica séria acerca de saber se uma espécie ou um ecossistema se podem considerar o tipo de indivíduo que pode ter interesses e um ‘sujeito’ susceptível de se realizar; e mesmo que possa, a ética da ecologia profunda enfrenta problemas semelhantes aos que identificamos quando consideramos a ideia de reverência pela vida, porque é necessário não apenas que se possa afirmar com propriedade que as árvores, espécies e ecossistemas possuem interesses, mas que têm interesses moralmente significativos. Para os encararmos como ‘sujeitos’ será preciso demonstrar que a sobrevivência ou a realização desse tipo de sujeito tem valor moral independentemente do valor que possui devido à sua importância como suporte da vida consciente”.

<sup>592</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Ed. Cultrix, 1996. p. 26.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

traduz-se na outorga de legitimidade para reivindicar, tanto das autoridades constituídas quanto dos particulares, a salvaguarda de seus direitos. Na hipótese da Constituição equatoriana, o direito à existência, manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

O Equador, em seu texto magno, contemplou uma visão do mundo diferente da imperativa *Weltanschauung* europeia-cristã-ocidental, de forma a prestigiar a visão de mundo indígena local, outrora prevalecente, cujos preceitos basilares determinam a compreensão da nação equatoriana. E nada pode parecer mais justo do que a ordem constitucional revelando os valores de determinada sociedade, ainda que estes sejam diversos do que se convencionou denominar habitual.

A construção desses três caminhos filosóficos de observação do ambiente e sua interação/integração ao ser humano, bem como sua autonomia na condição de sujeito de direitos, valendo-se do exemplo do Equador, permite-nos afirmar que, dos prismas basilares pelos quais se observa o fenômeno jurídico da relação entre homem e natureza, apenas uma visão antropocêntrica pura pode relegar o meio ambiente à condição jurídica de “bem” não passível de proteção pelos direitos da personalidade. É possível então afirmar que o meio ambiente pode ser tutelado pela ampla gama dos assim denominados direitos da personalidade. Tal entendimento, a partir daqui tomado como premissa, se dá tanto pela sua conformação axiológica como elemento indissociável do ser humano a quem se dedica à proteção da personalidade, valendo-se do enfoque solidarista e gregário vigente na doutrina juscivilística e constitucional contemporânea, quanto mediante uma concepção mais extremada da consideração do ambiente por si só como dotado de personalidade, em subserviência às predisposições da lógica ecocêntrica, como fez a Constituição equatoriana.

Inegavelmente, o tema é susceptível de controvérsias que, a despeito da relevância do debate, não são objeto de aprofundada análise nesta tese. Como forma de lealdade acadêmica, desde logo se procedeu a uma abordagem meramente expositiva da noção de atribuição ao ambiente da capacidade de titularizar direitos. O foco central do trabalho é justamente o oposto: analisar a responsabilidade civil, o ambiente e, neste conjunto, forçosamente a abrangência dos direitos da personalidade. Daí que se torne necessária uma imersão, ainda que superficial, no ecocentrismo.

Assim, questões inerentes ao tema – tais como a incapacidade de responsabilização por parte do ambiente e, portanto, sua inaptidão para se adequar à ideia de estabelecimento de um dever-ser própria do direito – serão aqui tocadas apenas ligeiramente. Em especial porque essa noção, da qual é o principal baluarte o texto constitucional do Equador, enfrenta grandes

percalços e pode até mesmo ser vista como contrária, em termos normativo-positivos, ao prelecionado pela imensa maioria dos demais ordenamentos jurídicos.



## 14. DOS ASPECTOS TEMPORAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE – O CARÁTER TRANS E INTERGERACIONAL E A PERENIDADE DO AMBIENTE

---

A regra geral disciplinada pelo direito civil determina que os direitos de personalidade, considerados em sua concretude, tenham um marco temporal pré-definido. Precisamente, um momento em que surgem para o ordenamento jurídico, e um momento em que dele desaparecem, aspecto temporal quase sempre consentâneo com a morte e a vida<sup>593</sup> do ser humano, dada a visão antropocêntrica classicamente destacada.

Não se descarta aqui, como não poderia deixar de ser, a “postergação” de alguns direitos inerentes à personalidade humana para o momento posterior à morte, como expressamente refere o Art. 71 do Código Civil Português, já aqui referido. Sem embargo, a menção feita tem a pretensão única e exclusiva de demonstrar a estreita vinculação dessa categoria de direitos, em sua roupagem contemporânea, à vida e à morte do ser humano, assim como a sua insignificância, sob o parâmetro temporal, frente à perenidade do ambiente.

Ainda sob o prisma temporal, é imperioso destacar a expressa disposição da proteção preventiva dos direitos da personalidade, viabilizando a consecução de atos da salvaguarda antes mesmo da efetivação de qualquer dano a essa categoria de direitos. Nesse sentido, segue a expressa disposição do Art. 70 (Tutela geral da personalidade) do Código Civil Português: “[...] 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

Portanto, a questão do aspecto temporal dos direitos da personalidade e sua vinculação ao meio ambiente ganha corpo, porquanto se faz necessário o questionamento acerca da sua extensão àquele a quem, pela literalidade da lei, ainda não foi outorgada personalidade jurídica; como exemplos, o nascituro e quem deixou de existir, o morto. Indo mais além, é preciso aferir se

---

<sup>593</sup> PORTUGAL. **Código Civil** (versão atualizada). Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, [s.d.] Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo)>. Acesso em: 29 maio 2018. “Artigo 71.º (Ofensa a pessoas já falecidas) 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular. 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. 3. Se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer providências a que o número anterior se refere”.

é possível – o que se faz aqui a mero título de indagação – se há alguma possibilidade de salvaguarda dos direitos de personalidade das gerações vindouras<sup>594</sup>.

Mais relevante se torna a questão quando se outorga personalidade e, por conseguinte, a aptidão para titularizar direitos a entes que não estão vinculados à efemeridade da vida biológica, o que demanda a construção interpretativa de marcos temporais de início e fim da tutela de suas respectivas personalidades. Para além disso, ao se refletir uma abordagem ecocêntrica – em que à natureza se outorga, pelo direito objetivo, a capacidade de titularizar direito e se reconhece simultaneamente a sua mutável perenidade – a índole temporal dos direitos de personalidade não guardaria aqui qualquer importância semântica. Ou seja, em termos de tutela ambiental, e diante da vinculação da expressão da personalidade no quadro do meio ambiente, proceder à definição de marcos exatos para o início e o fim da personalidade como categoria juridicamente tutelada não faz sentido quando considerada qualquer vertente de análise do bem ambiental que não um antropocentrismo puro.

Ao se ter em consideração o “*onde*” enquanto elemento indissociável e conformador do ato de “*ser*”, ou ainda ao ser considerado o “*onde*” como “*ente*” digno de outorga da capacidade para titularizar direitos, como expressamente referenciado pelo ordenamento constitucional equatoriano, a componente temporal (definição dos marcos temporais – aurora e ocaso – da personalidade) não assume qualquer relevância.

Explico. Ainda que tomado o ambiente como corolário da personalidade por estar compreendido dentro do “*ser*” enquanto seu elemento “*onde*”, por mais que este “*ser*” individual (que também é composto pelo “*onde*”) desapareça do mundo jurídico (via de regra, com a verificação do fenômeno jurídico da morte), não desapareceria a proteção de seu “*onde*” individualizado. É que o “*onde*” (em que esse agora desaparecido ser “foi”) é também abrangido pelo “*onde*” do que “*ainda é*” e, também, será o “*onde*” do “*porvir*”. Assim, ainda que vinculado à concepção individualizante do ser como um dos elementos conformadores deste ser-do-ente, o ambiente não perde seu caráter difuso<sup>595</sup> e de indivisibilidade.

Conquanto encarado pelo direito civil como parcela definidora da personalidade, o ambiente integra invariavelmente todas as personalidades, inclusive as que virão. Desse modo, mesmo perecendo algum desses titulares, a tutela do ambiente deverá permanecer sempre hígida,

---

<sup>594</sup> O direito positivo está repleto de inserções jurídico-normativas de defesa patrimonial, ainda que de seres não concebidos, com especial destaque para o direito sucessório. No Brasil, por exemplo, podem ser chamados a suceder, segundo expressa disposição do Inciso I do Art. 1.799 do Código Civil, os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que estas estejam vivas ao abrir-se a sucessão. Em igual ponto, o ordenamento jurídico brasileiro não deixa dúvidas sobre a fundamentalidade do direito à herança, previsto expressamente no Art. 5º, Inciso XXX da Constituição de 1988. Ou seja, garante-se, segundo uma interpretação sistemática, um direito fundamental, inclusive para as gerações vindouras.

<sup>595</sup> PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

porquanto ainda integralizador da personalidade não só de todos os demais, como também das futuras gerações. Dito de outro modo, ainda que reconhecido como expressão da personalidade individualizadora, o ambiente não perde seu caráter difuso e intergeracional, daí decorrendo seu compartilhamento pela infinidade dos seres existentes. Além disso, por razões de índole lógica, pressupõe uma ideia de infinidade da sua proteção, também como corolário da personalidade enquanto houver “*ser*” dotado dessa característica.

Mais do que aos seres existentes e com igual tutela de toda a sorte de direitos, o ambiente (ou “*onde*”) também tem de ser assegurado como expressão da personalidade do que virá. Trata-se do encarar de uma responsabilidade de personalidade inter e transgeracional, a qual necessariamente redundará em uma responsabilidade igualmente trans e intergeracional.

É nessa perspectiva que Annelise Monteiro Steigleder apresenta as implicações da inserção de valores tipicamente ecológicos na matriz ontologicamente civil dos direitos de personalidade, afirmando que a releitura dessa categoria jurídica

[...] não se volta exclusivamente para a proteção imediata da vida e da saúde de pessoas individuais, mas sim para a proteção imediata de valores ambientais essenciais à plena realização da personalidade de cada homem. Nesse sentido é um direito de personalidade novo, que se abre ao antropocentrismo alargado, pois, ao valorizar o meio onde se desenvolverá a personalidade humana, recepcionou um conceito sistêmico e unitário de meio ambiente que valoriza as ideias de interdependência, globalidade e processualidade, próprias da Ecologia<sup>596</sup>.

Tal premissa contempla a adoção de um mero antropocentrismo alargado, ou seja, a compreensão distinta do homem como alguém intimamente ligado ao ambiente que o cerca, sem contudo o alijar da centralidade jurídico-normativa.

Sob outro prisma, acaso adotado um posicionamento ecocêntrico que respalda a vertente filosófica permissora da atribuição de direitos de personalidade ao ambiente em si mesmo considerado, como inegavelmente fez o ordenamento constitucional equatoriano, ainda que várias sejam as objeções possíveis sobre o tema, a perenidade deste impede a definição de marcos temporais, uma vez que a personalidade se vincula à existência do “*ser*” a que se refere e, sendo o ser eterno, eterna é a consagração de seus direitos.

---

<sup>596</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. (rev. atual. ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 91.

A compreensão, portanto, de uma noção contemporânea de personalidade leva à necessidade da salvaguarda atemporal da componente ambiental, porquanto veiculadora de uma responsabilidade trans e intergeracional, até mesmo como decorrência da expressa previsão constitucional do Art. 225 do texto brasileiro, de 1988, impondo expressamente não só ao poder público, mas também à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente para as gerações atuais e as futuras.

## 15. TUTELA DO AMBIENTE E DIREITOS DA PERSONALIDADE: RESPONSABILIDADE CIVIL

---

É consabido que a tutela do ambiente como expressão da defesa do direito geral de personalidade<sup>597</sup> engloba necessariamente a responsabilidade civil, configurando-se uma categoria jurídica em constante transformação<sup>598</sup>. Logo, o que está em causa no momento da vinculação do ambiente como elemento da personalidade humana é a viabilidade jurídica da consagração da responsabilidade civil no ordenamento jurídico de Portugal, dada a necessidade de configuração de um direito absoluto violado para que se permita a vinculação e a emergência de um dever de indenizar. Nesse sentido, Capelo de Sousa afirma de forma peremptória:

“Entre os bens abrangidos pela tutela geral da personalidade referida no art. 70.º do C. Civ. Contam-se também os elementos componentes da relação existência do homem com a natureza. Com efeito, para a sua própria sobrevivência e para o seu desenvolvimento, o homem necessita de um permanente equilíbrio com a Natureza, que vai desde um habitat próprio ao interfluxo de energias humanas e naturais, elementos estes que, constituindo ou envolvendo a personalidade humana, desta são inseparáveis. ... exige que a ordem jurídica defenda e promova esse equilíbrio existencial básico de cada homem, embora socialmente inserido, com a natureza, obrigando todos os demais a respeitá-lo, sob cominação de eventuais sanções civis.”<sup>599</sup>

No contexto do aspecto axiológico do redimensionamento já retratado da esfera de abrangência da personalidade, é preciso destacar que a vinculação do ambiente com tal categoria de direitos já é elemento comum na jurisprudência portuguesa como meio de

---

<sup>597</sup> É preciso consignar aqui que a noção da construção de um direito geral de personalidade é consentânea e contemporânea à noção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, implementada pelo tribunal federal alemão mediante a aplicação privada e concreta das determinações expressas no *Grundgesetz* (Art. 1, §º1, art. 2 §§§1º e 2º, art. 5 1º, 2º e 3º), cuja reiteração de precedentes modelou a construção de um direito geral de personalidade. Sobre o tema: SOMMA, Alessandro. I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell’ordinamento privatistico della repubblica federale Tedesca. **Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, Ano L, n. 3, p. 807-835, set. 2006.

<sup>598</sup> Nesse sentido, ver LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 287: “[...] os direitos de personalidade manifestam-se como uma categoria histórica por serem mutáveis no tempo e no espaço. O direito de personalidade é uma categoria que foi idealizada para satisfazer exigências da tutela da pessoa, que são determinadas pelas contínuas mutações das relações sociais, o que implica a sua conceituação como categoria apta a receber novas instâncias sociais”.

<sup>599</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 295.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

permitir a indenização dos afetados por danos à componente ambiental da sua personalidade, conforme demonstrado pelo julgado aqui colacionado:

No acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 11.09.2012, Proc. N.º 2209/08.0TBTVD.L1-1 (Secção Cível), decidiu-se:

**I - A implantação de um parque eólico (o número de aerogeradores e o ruído das respetivas pás) tem como limite a ofensa aos direitos de personalidade dos habitantes vizinhos.**

II - Tais direitos de personalidade são assegurados pelas Declaração Universal dos Direitos do Homem (arts. 16.º, 24.º, 66.º) e Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 8.º); pelas Constituição da República Portuguesa (arts. 66.º, 25.º, 26.º, n.º 1) e lei ordinária (art. 70.º, n.º 1, do Código Civil).<sup>600</sup>

III - A indemnização a favor dos ofendidos deve ser arbitrada à luz do disposto nos arts. 483.º (responsabilidade aquiliana e 335º (colisão de direitos do Código Civil).

Em igual sentido, no Superior Tribunal de Justiça do Brasil<sup>601</sup>, contudo, a noção exposta é a de efeitos deletérios aos direitos de personalidade como reflexo de uma agressão ambiental, o que fica claro na leitura do voto do ministro Luis Felipe Salomão referente ao julgado acima referenciado. Para ele, os efeitos ambientais do represamento de um curso d'água:

[...] leva à conclusão de que a insegurança e a situação de aflição geradas aos pescadores com a súbita retirada do [seu] “ganha-pão” configuram objeto jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio e internacional, pois isso enseja intenso sofrimento psicológico e abalo dos direitos da personalidade, causado pela privação das condições de trabalho.

Também há expressa referência na jurisprudência brasileira<sup>602</sup> à responsabilidade em virtude se atingirem os direitos de personalidade de um determinado

---

<sup>600</sup> In: **Direito regional e local**. N.º 20. ISSN 1646-8392. Minho: Centro de Estudos Jurídicos do Minho – Cejur e Núcleo de Estudos das Autarquias Locais –a Nedal, out./dez. 2012. p. 53-54.

<sup>601</sup> Nesse sentido: REsp 1371834/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 14/12/2015.

<sup>602</sup> “AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

grupo massificado. Isso porque a característica gregária do ser humano não faz com que ele perca sua individualidade, mas também não suprime a ideia de uma compensação coletiva em virtude do vilipêndio do seu direito tanto individual quanto difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a sua e as vindouras gerações.

Quer-se aqui uma outra vertente. Ao se ter em consideração axiológica o ambiente como vertente de um direito de personalidade sabidamente reconhecido absoluto, permite-se a configuração dos pressupostos de uma estrutura de responsabilidade fundada nas razões metodológicas do BGB alemão. Além disso, alimenta-se a possibilidade, até então impossível na lógica do direito português, de responsabilização pelos chamados danos ambientais puros, os quais não afetariam, em tese, a esfera dos direitos absolutos.

Sem embargo, não guardam muita distância temporal as reflexões da doutrina acerca da interpretação dialógica entre direito ambiental, sociedade de riscos, direitos da personalidade e responsabilidade civil. Com efeito, historicamente, e como acima demonstrado, pretendeu-se a tutela juscivilística da componente ambiental como reflexo de um prolapado “[...] direito à salubridade ambiental”<sup>603</sup>. Ocorre que, como bem aponta José de Sousa Cunhal Sendim, embora se permita concluir pela existência de algum progresso nessa forma de observação, ela “[...] inviabiliza, por exemplo, quaisquer pretensões de garantia de valores ambientais não relacionados com o controlo e a limitação de situações de perigo para a saúde dos indivíduos de uma zona concretamente

---

7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microsistema de tutela coletiva. 3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. 5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual *quantum debeat*” (REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013).

<sup>603</sup> SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através da restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 35.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

delimitada”<sup>604</sup>. Logo, diante do crescente problema derivado da crise ecológica, a doutrina passou a compreender o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de personalidade, na medida em que este se revela essencial para o integral desenvolvimento da pessoa.

Se, por um lado, se pode afirmar que a defesa da personalidade, aí incluída a dimensão ambiental componente de seu “*ser*” justificador, se dá maioritariamente na órbita da responsabilidade civil<sup>605</sup>, por outro, é possível desenhar que essa defesa mereça consideração diferenciada da responsabilidade eminentemente pública, bastante utilizada em termos ambientais. Tudo isso tendo em relevo o fato de que a vertente antropocêntrica dominou desde o Iluminismo a construção do conteúdo dos direitos da personalidade<sup>606</sup>.

A ideia aqui exposta é a de que à tradicional defesa publicista do ambiente natural deve-se somar a defesa privada, por meio da tutela da personalidade humana e, nomeadamente, por meio da responsabilidade civil da natureza, ainda que essa constitua expressão integrativa da personalidade humana<sup>607</sup>. Afinal, conforme se lê no artigo 70.º do Código Civil Português, garante-se a todos a proteção contra qualquer efetiva ofensa ou ameaça, desde que ilícita, aos direitos de personalidade física ou moral, especificamente por meio de responsabilidade civil e de outros instrumentos, com o objetivo de se inibir a consumação da ameaça ou ressarcir/reparar um dano já efetivado.

Nesse sentido, observa Capelo de Sousa:

Vigoram especificamente diversas normas de tutela de direitos da personalidade, no âmbito das tarefas do Estado e dos demais entes públicos, particularmente na prossecução do interesse público. É, desde logo, o caso dos direitos subjectivos públicos outorgados na área da

---

<sup>604</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>605</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 27. O artigo 70.º do Código Civil Português protege todos os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral através, nomeadamente, da cominação da responsabilidade civil.

<sup>606</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

<sup>607</sup> PIZZOFERRATO, Alberto. Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela. **Contratto e impresa**, Padova, Ano XV, n. 3, p. 1053, 1999: “*La responsabilità da fatto illecito ha costituito in questo ultimo ventennio un privilegiato osservatorio sulle dinamiche dei diritti della persona. Si potrebbe affermare che l’aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali, e quindi la loro interpretazione evolutiva alla luce degli intervenuti mutamenti della realtà sociale, è passata attraverso il prisma della responsabilità aquiliana*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



segurança e da assistência social, da saúde, da habitação, do ambiente e da qualidade de vida<sup>608</sup>.

Ademais, essa noção de atribuição da responsabilidade civil como flanco de defesa da personalidade humana<sup>609</sup> e, por conseguinte, do ambiente deve ser balizada pelo já aqui delineado estabelecimento conceitual de que a personalidade juscivilisticamente tutelada deve conter contributos de outros ramos da antropologia. Capelo de Sousa prossegue, referindo que o contributo ético filosófico encerra a ideia de “[...] que o homem, embora individualizado, não é um ser isolado mas em permanente relação com os outros homens, com o mundo e consigo mesmo, assumindo aí especial relevo o mundo de valores a que ele aderiu, a ponto de lhe estruturar, moldar e significantizar a personalidade”<sup>610</sup>.

Logo, delimitar e concretizar o conteúdo do bem jurídico da personalidade no âmbito da sua tutela no direito civil somente poderá se dar “[...] com recurso aos dados a esse respeito fornecidos por certas ciências antropológicas e pela consciência sociocultural do respectivo tempo e do lugar em que se coloca o problema da aplicação do direito”<sup>611</sup>. Para além disso, reconhecendo o carácter excepcional da tutela privada, Capelo de Sousa afirma: “Todavia, situações há, sobretudo no âmbito da tutela dos direitos de personalidade, em que se justifica o recurso a formas de justiça privada, por impossibilidade de recurso em tempo útil à justiça pública e pela necessidade de defesa de interesses jurídicos particularmente relevantes”<sup>612</sup>.

Sem embargo, para o autor, ainda em termos de responsabilidade civil, a tutela juscivilística limita-se ao dever de indenizar, sendo exatamente esse o ponto fulcral do

---

<sup>608</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 99.

<sup>609</sup> Ibidem, p. 104: “O vigente Código Civil português incorpora no art. 70.º uma cláusula de tutela geral da personalidade humana, pela qual ‘a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral’, tutela civil esta que se consubstancia quer no direito de exigir do infractor responsabilidade civil nos termos dos arts. 483.º e segs. do Código Civil, quer ainda no direito de ‘requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida’ através dos meios processuais previstos nos arts. 1474.º e seg. do Código de Processo Civil”.

<sup>610</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 112.

<sup>611</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>612</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 452.

presente estudo, porquanto esta visão limitadora ao dever de indenizar é, teoricamente, u impeditivo jurídico normativo da responsabilidade civil como instrumento de tutela à ameaça dos direitos à personalidade. Nessa perspectiva, assevera Capelo de Sousa:

Trata-se agora de uma outra modalidade de garantia das relações jurídicas de personalidade, expressamente admitida na parte inicial do n.º 2 do art. 70.º do Código Civil, mas que já se inscreve no âmbito da tutela ou justiça pública, sem prejuízo de composição amigável ou extrajudicial. A responsabilidade civil é aqui tomada em sentido estrito como obrigação de indemnização, a exemplo, aliás, dos arts. 483.º e segs. e 562.º e segs. do Código Civil. Esta obrigação de indemnizar, dada a sua natureza sancionatória e de particular relevância, é objecto de uma apertada regulamentação legal nos seus pressupostos, nas suas modalidades e no respectivo processo, que importa analisar especificamente na perspectiva da responsabilidade civil emergente da violação dos bens jurídicos da personalidade<sup>613</sup>.

E tal dever de indenizar, em decorrência de sua própria essência e ontologia, demanda, numa interpretação rígida, a configuração de vários elementos para emergir no mundo do direito, nomeadamente ao se configurar como resultado de um comportamento ilícito<sup>614</sup>.

Nessa perspectiva, torna-se imperioso delimitar, na sequência deste trabalho, o aspecto temporal em que essa proteção se daria. Esse movimento tem o propósito de identificar a eficácia do instituto jurídico da responsabilidade civil na defesa da personalidade em sua acepção ampla. Isso porque é a responsabilidade civil a principal

---

<sup>613</sup> Ibidem, p. 455.

<sup>614</sup> Ibidem, p. 456: “Os factos voluntários ilícitos violadores da personalidade alheia são fontes de relações jurídicas, em que se traduz a voluntariedade e a ilicitude de tais factos e ainda quais as causas excludoras de ilicitude desses factos. A voluntariedade e a ilicitude constituem, nos termos do n.º1 do art. 483.º do Código Civil, os primeiros pressupostos da responsabilidade civil por factos ilícitos culposos, mas, para esta ter lugar, importa ainda, como é sabido, que se verifiquem: o nexos de imputação do facto ao lesante, o dano e o nexos de causalidade entre o facto e o dano. O nexos de imputação do facto ao lesante coenvolve uma censura ético-jurídica ao sujeito actuante e desdobra-se em dois elementos: a imputabilidade e a culpa. Por um lado, é necessário, nos termos do art. 488.º do Código Civil, que o facto lesivo da personalidade alheia proceda de uma pessoa imputável, isto é, com capacidade para entender e para querer, em prejuízo das pessoas obrigadas à vigilância de inimputáveis e, em certos casos, da responsabilidade dos próprios inimputáveis, por motivo de equidade. Por outro lado, face ao n.º 1 do art. 483.º do Código Civil, deverá haver certo nexos psicológico entre o facto violador da personalidade de outrem e a vontade do lesante, ou seja, que este tenha procedido com dolo ou mera culpa”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

modalidade de garantia das relações jurídicas da personalidade<sup>615</sup>. Essa análise do aspecto temporal é balizada necessariamente pela identificação do posicionamento da viabilidade de emergência do dever de indenizar perante o elemento dano.

Assim, sob o prisma cronológico, é preciso definir quais as estruturas de proteção juscivilística que estão a montante do dano e quais aquelas a jusante do mesmo fenômeno. De fato, não se pode negar que, por condicionar sua estrutura à existência do fenômeno do dano, a responsabilidade civil não apresentaria, em sua clássica vertente, uma solução eticamente viável para a gestão dos riscos sob o prisma da justiça distributiva, embora haja significativa doutrina, que pode ser referenciada em momento oportuno, a aduzir o sentido oposto.

Dada a inicial impropriedade e ineficácia da responsabilidade civil em sua modalidade clássica para a gestão dos riscos, ganha relevância a existência de deveres gerais de abstenção, denominados de obrigações negativas universais, os quais são aqui abordados. Em outras palavras, todos estamos sujeitos ao dever de abstenção de “[...] actos que ofendam ou ameacem ofender a personalidade física ou moral de outrem, enquanto bem juridicamente tutelado ou conjunto de valores juridicamente tutelados”<sup>616</sup>. Isso porque, ressalta Capelo de Sousa, a

[...] afectação plena e exclusiva dos bens de personalidade a favor do seu titular implica que este detenha, como vimos, um feixe de poderes jurídicos de exigir dos demais sujeitos jurídicos o respeito da sua personalidade, impondo, pois, a todas as demais pessoas deveres de comportamento genéricos, máxime, obrigações negativas universais ou deveres gerais de abstenção<sup>617</sup>.

E, ainda, porque diante da noção valorativa carreada pela disciplina normativa da responsabilidade civil todos estão “[...] sujeitos ao dever de se absterem de praticar actos que ofendam ou ameacem ofender a personalidade física ou moral de outrem, enquanto bem juridicamente tutelado ou conjunto de valores juridicamente tutelados”<sup>618</sup>. Obviamente, a emergência nasce da violação de um dever jurídico precedente, na

---

<sup>615</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

<sup>616</sup> Ibidem, p. 421.

<sup>617</sup> Ibidem, p. 420-421.

<sup>618</sup> Ibidem, p. 421.

hipótese de este dever genérico e abstrato não ameaçar uma violação ao direito de personalidade de outrem.

O foco aqui é definir se tão só a violação desse dever de conduta com a consequente infracção do ordenamento jurídico e a perturbação psíquica decorrente da ameaça de lesão ao direito de personalidade podem conduzir à identificação dos pressupostos da responsabilidade civil. Efectivamente, pondera Capelo de Sousa, “[...] os deveres de abstenção abrangem ainda a proscricção das meras ofensas por perigo ou ameaças de lesão, as quais se verificam quando se cria o risco sério de o titular da personalidade vir a ser despojado ou impedido de gozar os respectivos bens”<sup>619</sup>. Nesse caso, postula o autor, deve-se exigir “[...] um dever geral de diligência, ou seja, a diligência psicológica média de um *bonus pater familiae*, nortado pelo fim de evitar a lesão ou a ameaça de lesão da personalidade alheia, dotado de capacidades médias, mas colocado na situação concreta em que se encontrava o obrigado”<sup>620</sup>.

Estão em causa, portanto, obrigações supostamente veiculadas em momento anterior à configuração empírica dos danos e cujo desiderato primordial é o de estabelecer uma frente de protecção à personalidade, aí incluída a sua componente ambiental. Destaque-se que essa dimensão da defesa da personalidade abrange a proibição de “ofensas por perigo” ou “ameaças de lesão”.

No âmbito da responsabilidade civil, Capelo de Sousa define a existência da responsabilidade por fatos com risco. Esta, por sua vez, pressupõe a existência não de fatos ilícitos culposos,

[...] mas de factos violadores da personalidade de outrem apenas objectiva ou materialmente imputáveis a uma certa pessoa com base em esta ter posto em acção, para seu benefício, certas forças que constituíam fonte de riscos e de potenciais danos para a atingida personalidade de outrem. Isso porque necessidades sociais de segurança e de justiça distributiva impõem que quem cria uma fonte de riscos em proveito próprio, mediante a utilização de coisas ou actividades perigosas ou a actuação de outras pessoas que estão sob sua direcção suporte os efeitos prejudiciais do seu emprego<sup>621</sup>.

---

<sup>619</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 421.

<sup>620</sup> Ibidem, p. 422.

<sup>621</sup> Ibidem, p. 444.

É fato, todavia, que o autor também condiciona essa modalidade de responsabilidade civil por fatos com risco para a existência de danos à personalidade de outrem, filiando-se na estrutura da clássica RC, também em virtude da definição do direito geral de personalidade como direito subjetivo. Este último, podendo ser compreendido como a “[...] faculdade moral de praticar ou deixar de praticar certos factos [...]”<sup>622</sup> ou “[...] a concreta situação de poder que faculta a uma pessoa em sentido jurídico pretender ou exigir de outra um determinado comportamento positivo ou negativo”<sup>623</sup> ou ainda, segundo Mota Pinto e Pereira Coelho, “[...] o poder jurídico de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo ou negativo”<sup>624</sup>.

Para Castanheira Neves é a positiva afirmação jurídica da autonomia pessoal, que ele nomeia como contexto de uma certa comunidade, portanto, no escopo de uma determinada ordem jurídica, que se traduz

[...] na titularidade ou na pretensão pessoal (*proprium*: como ‘seu’, impositiva (imposta ou exigida de outrem com o carácter de *facultas ac potestas*) e que para os outros destinatário se traduz num dever ou numa obrigação e dispositiva (cabendo de qualquer modo na disposição pessoal do titular), jurídico-normativamente válida de certos valores ou bens jurídicos<sup>625</sup>.

Mais ainda, Capelo de Sousa afirma ser viável considerar o direito geral de personalidade como um direito subjetivo, pois

[...] a personalidade humana é um bem unitário afectado pelo art. 70.º do Código Civil aos fins juscivilisticamente tutelados do seu titular. Vimos, aliás, que tal bem, integrado no conjunto do ordenamento jurídico, é alvo de uma tutela juscivilística que lhe dá sentido e intenção axiológico-normativa próprios e o delimita suficientemente na sua relação com os fins juscilisticamente tutelados, em termos de o conteúdo axiológico normativo da afectação em causa ser cognoscível

---

<sup>622</sup> PORTUGAL. **Código Civil Português** (1867). Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>>. Art. 2º do Código de Seabra.

<sup>623</sup> CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. p. 85.

<sup>624</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.169.

<sup>625</sup> NEVES, António Castanheira. **Textos de Introdução ao estudo do direito**. Coimbra : Coimbra Editora, 1971. p. 395.

pelos outros sujeitos, eles mesmos, também participantes, directa ou indirectamente (caso das pessoas colectivas) da comum natureza humana<sup>626</sup>.

Isso, enquanto o direito objetivo é entendido como conjunto de normas válidas em espaço e tempo delimitados. Nesse caso, aponta Capelo de Sousa, o titular do direito geral de personalidade pode exigir, “[...] e não apenas pretender, mediante diversas garantias jurídicas que analisámos (máxime, responsabilidade civil e providências do n.º 2 do art. 70.º do Código Civil), às demais pessoas que se abstenham de condutas (*non facere*) que ofendam ou ameacem ofender a sua personalidade [...]”<sup>627</sup>. Desse modo, acrescenta o autor, a atividade preventiva também ganha especial relevo ao se ter em consideração que o direito geral de personalidade

[...] não tem como objecto um patrimônio ou bens que o compõem, v. g. coisas materiais ou corpóreas, prestações por parte de outrem, direitos subjectivos ou coisas incorpóreas. O direito geral de personalidade situa-se no hemisfério pessoal de seu titular e é um direito não patrimonial ou pessoal, na medida em que é insusceptível de ser reduzido a uma soma em dinheiro<sup>628</sup>.

Assim, observa Capelo de Sousa, o artigo 70.º do Código Civil consagra um direito geral de personalidade, que, “[...] pelo acervo de bens e valores jurídicos tutelados, reveste natureza fundamental e é análogo ao regime dos direitos, liberdades e garantias previstos no título II da Parte I da Constituição”<sup>629</sup>. E, para além disso, esse direito tem uma inegável fundamentação axiológica, “[...] enquanto vector da autodeterminação do homem e do mecanismo de defesa da sua *humanitas* e da sua individualidade, em igualdade com os demais homens”<sup>630</sup>.

---

<sup>626</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 611.

<sup>627</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 608-609.

<sup>628</sup> Ibidem, p. 615

<sup>629</sup> Ibidem, p. 620-621.

<sup>630</sup> Ibidem, p. 624.

## 16. DANOS MERAMENTE PATRIMONIAIS E AS IMPLICAÇÕES NA PERSONALIDADE E NO DANO AMBIENTAL

---

Atribui-se a Sinde Monteiro, na experiência doutrinária portuguesa, a primeira definição de “dano puramente patrimonial” como sendo “*aquele que uma pessoa sofre sem que tenha existido prévia violação de um direito ou bem absolutamente protegido*”. Conclui-se então faltar-lhe a ilicitude necessária à emergência do dever de indenizar. Trata-se, portanto, de uma espécie de danos em que há a constatação da diminuição patrimonial sem que essa decorra de qualquer ofensa a um bem absolutamente protegido, o que, dentro de uma interpretação bastante apertada da primeira parte do Art. 483.º do Código Civil Português, implica a ausência do dever de indenizar, por não atendimento do requisito inafastável da ilicitude. A ideia tocante aos danos puramente patrimoniais e que, em regra, não são indenizados<sup>631</sup>, deriva do parágrafo 823 do Código Civil Alemão de 1999. É preciso destacar contudo, e por razões óbvias, que caso se verifique a não observância de uma norma predecessora da tutela de interesses patrimoniais individuais, está configurada a ilicitude faltante da espécie danos puramente patrimoniais e, via de regra, é imperiosa a indenização pelos danos experimentados pela alegada vítima.

A noção de limitar a indenização por danos puramente patrimoniais (derivados de um comportamento despido de ilicitude) revela-se na ideia de não subverter o primado de que a responsabilidade civil está, e sempre deverá permanecer, centrada na pessoa e não no seu património. Logo, como regra, não se verificando a ofensa a ela ou a qualquer um dos seus direitos, ou ainda não se demonstrando as previstas hipóteses materializadoras da ilicitude dentro do ordenamento jurídico, não está em causa o dever de indenizar. Não se quer aqui dizer que se desconhecem os danos. Eles existem, apenas não são objeto de uma estrutura de responsabilidade civil cujo elemento central está na pessoa, na medida em que não é reconhecido um direito geral ao património.

Em termos bastante elucidativos, definiu o Supremo Tribunal de Justiça Português (1952/13.6TBPVZ.P1.S1):

---

<sup>631</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In **Revista dos Tribunais**. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017. p. 172. In verbis: “*Assim, embora sem unanimidade na doutrina, não são, em regra, indemnizados os danos puramente patrimoniais*”.

“Os danos económicos puros (também designados como danos puramente patrimoniais ou danos patrimoniais puros) – aqueles em que há uma perda económica (ou patrimonial) sem que tenha existido prévia afectação de uma posição jurídica absolutamente protegida – não são reparáveis em sede de responsabilidade civil extracontratual, salvo no caso de violação de normas destinadas a proteger interesses alheios (segunda regra do art. 483º, nº 1, do CC) ou em determinadas hipóteses especiais como as dos arts. 485º e 495º do CC, ou ainda quando se verifique abuso do direito enquanto fonte de responsabilidade civil.”

A referência à didática exposição de danos puramente patrimoniais feita pela suprarreferida corte no sentido de que estes, em regra, não são indenizáveis porquanto despidos da ilicitude compreendida como requisito imprescindível, é bastante salutar quando se constate que o conceito se revela praticamente desconhecido na experiência jurídica brasileira. Talvez o problema central dos dois sistemas, um fundado na matriz francesa da responsabilidade e outro influenciado pela experiência germânica, ainda que, como aqui demonstrado, reconhecido como sistema híbrido, toca na inaptidão da atuação da responsabilidade civil para uma resposta efetiva ao problema ambiental. Isso em decorrência da inexistência no ordenamento jurídico português de um direito geral à protecção do património, o que relega ao lesado o dever de suportar, em casos bastante específicos, o decréscimo da valoração do seu acervo de bens e direitos, porquanto, pela ótica evidenciada, estaria ausente qualquer lesão a um seu direito subjectivo específico.

A incongruência é, destarte, conceitual, e quer fazer parecer que a lógica capitalista reverberou com muito maior influência no ordenamento jurídico brasileiro, onde é impensável a defesa da ausência de responsabilidade quando em causa estiver uma perda pecuniária decorrente do comportamento de outrem. Nem sequer é de fácil compreensão para um operador do direito a ideia de que alguém poderá ser privado do seu património (amplamente considerado) sem que isso implique no dever de indenizar. Há, sem qualquer sombra de dúvida, no ordenamento constitucional brasileiro, um direito fundamental ao património de acepção bastante alargada e a responsabilidade orienta-se primordialmente pela lógica do dever de não causar dano a outrem, de modo que a ilicitude, compreendida como a quebra de um dever precedente de conduta, é facilmente satisfeita tão-só com a existência do dano que não se justifique com as típicas e restritas excludentes de ilicitude. Neste sentido, segue a expressão do direito positivo brasileiro: Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



Código Civil : Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Dano e ilícito (violar direito), na dicção do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, revelam-se muito mais ligados quando contrapostos à experiência jurídico-positiva portuguesa. A expressão violar direito é muito mais genérica e, por conseguinte, indiscutivelmente mais ampla do que as correlatas disposições do Código Civil Português. A distinção é muito mais no sentido de que é possível violar direito sem causar dano do que no sentido de viabilizar a não indenização de danos por suposto não atingimento do requisito da licitude.

Há neste quadrante, e diferente do que ocorre no sistema português, uma ligação muito mais íntima entre ilicitude e dano, embora em ambos os sistemas não se possa permitir afirmar a identidade entre as duas categorias jurídicas. Existem até hipóteses, positivamente consagradas no direito civil brasileiro, de comportamentos assumidamente lícitos capazes de gerar o dever de indenizar, cabendo ao causador do dano a prerrogativa de se ver ressarcido de todo o conteúdo indenização que obrigou a ser pago pelo causador do comportamento lícito que gerou o dano:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Já no ordenamento jurídico português, como já referido, não se pode concluir pela existência de uma proteção patrimonial em termos absolutos. Daí que a hipótese de ilicitude prevista nestes moldes não ocorra nesses casos. Ficam, portanto, restritos como indenizáveis os danos derivados de uma situação de abuso de direito, ou na hipótese de violação de uma norma de protecção.

Importante é destacar, como bem afirma o aresto acima transcrito, que a ausência de indenização para os danos puramente patrimoniais é regra e, só por isso, comporta exceções, estando obstada quando estiver em causa a primeira hipótese de ilicitude prevista no Art. 483 do Código Civil Português. Refira-se também que a ilicitude, cuja ausência tem aptidão para configurar o direito puramente patrimonial não indenizável, tem no direito português três modalidades essenciais: o abuso de direito, a violação a direito absoluto de outrem e a a violação da lei de protecção de interesses alheios.

A noção de danos puramente patrimoniais traz ao debate o fato de o direito positivo português, tributário da concepção Jheringiana, estabelecer uma dissociação entre culpa e ilicitude e, mais ainda, por essa ilicitude ser o principal filtro definidor de quais danos serão ou não ressarcidos<sup>632</sup>. Donde, por não ostentarem qualquer comportamento ilícito, os danos puramente patrimoniais não são em regra indenizáveis. São clássicos exemplos do direito puramente patrimoniais não indenizáveis os danos por conselhos profissionais, a privação de bens públicos, perdas transferidas e os danos em ricochete.

Dito isto, resta a este respeito esclarecer se a lesão ou dano à componente ambiental da personalidade humana redundaria em uma perda supostamente imune de indenização por suposta incidência do filtro traduzido na ausência de ilicitude. De início, contudo, é preciso destacar que, segundo o escólio de Mafalda Miranda Barbosa, no caso de violação de uma norma legal de protecção de interesses alheios e/ou abuso de direito, os assim denominados danos puramente patrimoniais, os quais são não “*ressarcíveis em primeira análise, passam a ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade civil.*”<sup>633</sup>.

---

<sup>632</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. **Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?** Coimbra : Almedina, 2006. p. 213.

<sup>633</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. **Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?** Coimbra : Almedina, 2006. p. 221.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Pois bem, não há dúvidas de que a consideração histórica do ambiente se deu, como regra, de modo a encará-lo como um direito subjetivo de índole pública. Esta noção, por razões óbvias, implicaria na afirmação de que os prejuízos ambientais não são objeto do direito privado da responsabilidade civil, e sim afetos à tutela administrativa e demais instrumentos de proteção de índole pública. Estes temas, contudo, já foram trabalhados e superados no sentido da inserção do ambiente como integrante da personalidade humana de modo que, como afirma Mafalda Miranda Barbosa, nestes casos “*haveria sempre a lesão de um direito absoluto*”<sup>634</sup> configurador da ilicitude necessária. Com efeito, é até contraditório monetizar o ambiente para, desse mod, atribuir às lesões à personalidade de cada indivíduo um caráter puramente patrimonial e, desta feita, excluí-la da tutela oferecida pela responsabilidade civil.

## 16.1 Danos ecológicos e danos perpetrados por via das componentes ambientais: O dano ambiental individual: A responsabilidade civil e a personalidade como instrumento de defesa do ambiente

Ao se ter em consideração a natureza aqui limitada à duplicidade entre direito fundamental (público) e igualmente direito da personalidade (privado) afeta ao ambiente, ou ainda sob outra perspectiva, seja como direito difuso de titularidade indistinta, seja como elemento configurador do conjunto de prerrogativas integrantes da pessoa, faz-se necessária a delimitação dos tipos de danos derivados do desrespeito de cada uma destas acepções basilares do bem ambiental. Isso porque, ao se considerar a compreensão do direito da responsabilidade civil conjugado com uma acepção consolidada do ambiente como integrante da personalidade é possível conceber a ambos como instrumentos de

---

<sup>634</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Da causalidade à imputação objetiva na responsabilidade civil ambiental, In **Risco Ambiental**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez. de 2015. p. 119.  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

salvaguarda da biota<sup>635</sup>. Efectivamente, como salientaram José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, há duas formas de tutela reparatória individual do dano ambiental:

1. Levando em conta os bens e interesses individuais ou individuais homogêneos próprios e reflexos no meio ambiente (microbem);
2. Tendo em vista os direitos subjetivos fundamentais (Canotilho, 1995, p. 93), relativamente à proteção do direito fundamental ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado (macrobem).<sup>636</sup>

Contudo, não há unanimidade no tocante à classificação dos bens ambientais, mas esta discussão não terá influência relevante nas disposições específicas deste trabalho. A divisão relevante para a presente pesquisa toca, principalmente, a amplitude do interesse protegido e a modalidade de sua reparação, de modo a resplandecer a dicotomia clássica entre direitos de caráter público ou privado, fator de extremada relevância no momento da averiguação dos instrumentos jurídico de proteção a eles dedicados. Este último (meio ambiente como integrante da esfera privada e da personalidade) compreende a noção do ambiente como um microbem. Assim, contempla a sua dimensão como componente da personalidade e decorre do desrespeito aos interesses pessoais na manutenção do ambiente ecologicamente equilibrado. O primeiro (índole pública), por sua vez, compreende o ambiente como um macrobem e relaciona-se com a noção de um direito ao ambiente como direito difuso e, em uma visão mais limitada, também coletivo *stricto sensu*. É, destarte, de fulcral importância considerarmos aqui a existência de uma classificação de um dano ambiental reflexo, em que a proteção ao ambiente é meramente consequência da defesa de uma noção de personalidade e, mais relevante ainda, a noção de bem ambiental individual, o qual pela sua essência condicionará a reparabilidade por meio de ações individuais e, assim, justificará a legitimidade ativa para seu pleito em juízo.

Em termos específicos, no âmbito da responsabilidade civil, “*o interesse protegido, de forma direta, é a lesão ao patrimônio e demais valores das pessoas; e, de*

---

<sup>635</sup> LEITÃO, João Menezes. Instrumentos de direito privado para proteção do ambiente. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, v. 7, jun. 1997. p. 58.

<sup>636</sup> LEITE, José Rubens Morato ; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extraprimonial**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 147.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*fonna mediata e incidental, o meio ambiente da coletividade, contribuindo para sua proteção e para o exercício indireto da cidadania ambiental.* Deste modo, é possível, inclusive no âmbito das relações de consumo (limitadas aos consumidores afetados em seu patrimônio), outorgar-se titularidade para o indivíduo postular em juízo o ressarcimento tendo como causa de pedir uma lesão ao ambiente <sup>637</sup>. Desta feita, não se pode descurar que a tutela da expressão individual do ambiente por meio de responsabilidade civil, observando-se todas as demais regras típicas e ordinárias orientadoras da emergência do dever de indenizar, pode fundar-se não só na compreensão da inserção do ambiente na personalidade como em uma salutar interpretação alargada dos direitos de vizinhança<sup>638</sup>.

Morato Leite e Ayala<sup>639</sup> exemplificam as acepções individuais de uma lesão ambiental fundada no direito de vizinhança (instrumento típico de direito privado): a emissão de gases poluentes por uma indústria capaz de afetar a higidez ambiental e a saúde dos moradores vizinhos, a poluição sonora, a que se soma o actual problema muito sensível das radiações eletromagnéticas por torres de transmissão de energia e de telecomunicações.

A responsabilidade civil conjugada com os direitos da personalidade ocupa-se portanto – indiscutivelmente e enquanto instrumento de defesa do ambiente – unicamente da nuance individual do bem ambiental, o que igualmente pode se dar ainda que escorado no direito de vizinhança. Assim, para configurar o dever jurídica de indenizar, devem ser observadas todas as regras da orientação de uma estrutura ordinária de responsabilização, em especial por meio da identificação do cenário fático e jurídico que lhe é necessário e que, portanto, informará igualmente a legitimidade ativa para o pleito de indenização.

---

<sup>637</sup> LEITE, José Rubens Morato ; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 149. In verbis: “*Ficou claro, todavia, que o consumidor pode, em benefício próprio e coletivo, suscitar demanda com caráter ambiental*”.

<sup>638</sup> SENDIM, José de Souza Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através da restauração natural**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 30.

<sup>639</sup> LEITE, José Rubens Morato ; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 151.



## 17. CONSIDERAÇÕES

---

A matriz axiológica do direito civil está centrada na pessoa e, em linhas gerais, está expressa, apesar das divergências doutrinárias nesse sentido, na construção de um direito geral da personalidade. Inegavelmente, esse direito geral perpassa pela conformação de uma frente de proteção do ambiente, imprescindível ao desenvolvimento dos atribuídos individuais os quais fundamentam todo o direito privado (e sua inerente personalidade), nomeadamente por meio do reconhecimento como direito da personalidade ao direito a um meio ambiente e, por conseguinte, pela concessão de instrumentos de defesa próprios da personalidade também a esta sua componente.

É viável, portanto, perquirir o que se fará na fase seguinte da presente investigação. De que forma dialogará a estrutura da responsabilidade civil com a componente ambiental da personalidade, uma vez considerado o padrão de ilicitude exigido pelo ordenamento jurídico português como requisito indispensável para a emergência do dever de indenizar?

Todos os elementos necessários à conformação da indenização ou de outras ferramentas de proteção outorgadas ao direito civil por meio da responsabilidade civil precisam, portanto, de ser analisados sob a ótica ambiental, enquanto vertente da personalidade restrita de cada indivíduo integrante do seio social.

## PARTE IV



## 18. OBRIGAÇÃO, RESPONSABILIDADE E CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO

---

A responsabilidade civil constitui-se, inegavelmente, como uma das várias fontes de obrigações, e é atrelada, via de regra, a um comportamento ilícito<sup>640</sup>. Trata-se de um conceito cuja conformação jurídica contemporânea remonta ao vocábulo *obligatio*, como se viu no primeiro capítulo desta investigação. Sobre essa expressão, de origem romana, Savigny esclarece que ela abraça dois estados distintos um do outro, e até mesmo opostos, sendo lógico aplicá-la também à extensão da liberdade do credor quanto à restrição da liberdade do devedor. Para este último estado há uma expressão especial: *oportet, port*, usada regularmente por toda a antiguidade. Esses dois estados, colocados lado a lado, são designados com a expressão comum: *obligatio*<sup>641</sup>.

Está em causa, portanto, uma fonte de obrigações quase sempre decorrente da adoção de um comportamento contrário a padrões de conduta positivamente determinados e, na imensa maioria dos casos, orientados pela culpa, cuja consequência amplamente vista como necessária e imprescindível à emergência do dever de indenizar é o resultado danoso. É o dano, portanto, em paralelo com os demais elementos, que configura a obrigação e torna o seu causador responsável pela indenização ao lesado. Desse modo, alicerçado em fundamentos jurídicos e axiológicos, limita a liberdade de quem, por seu comportamento, rompe de forma perniciosa o *status quo* a outrem.

O dano representa, assim, o desequilíbrio jurídico com consequências pragmáticas que moldam e conformam a origem do dever de indenizar, inerente à noção de responsabilidade civil. Aqui, destaca-se que a imposição do dever de indenizar, decorrente de uma das fontes de obrigações que é o ato ilícito, implica limitação da liberdade.

---

<sup>640</sup> Diz-se aqui, como regra, diante do inegável e positivado fato de determinadas e excepcionais circunstâncias fáticas ensejarem a responsabilidade do agente causador do dano, ainda que seu comportamento seja destituído de qualquer ilicitude.

<sup>641</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Le droit des obligations** – Tomes I et II. Réimpression de la 2<sup>nd</sup>e édition de 1873. Paris: LGDJ, 2008. p. 5. No original: “[...] *cette expression embrasse par conséquent deux états distincts l’un de l’autre, et même opposés, et il est logique de l’appliquer aussi bien à l’extension de la liberté du créancier, qu’à la restriction de la liberté du débiteur ; pour ce dernier état, il y a une expression spéciale : oportet, port, employée régulièrement de tout antiquité. Ces deux états, placés l’un côte de l’autre sont désignés par l’expression commune: obligatio*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

A ideia de obrigação resultante de um ato/comportamento ilícito, desse modo, “[...] consiste na dominação de um terceiro; nossos passos, no entanto, na pessoa como um todo (porque resultaria na absorção da personalidade em si), mas em atos isolados, que devem ser considerados como uma restrição à sua liberdade e uma sujeição à nossa vontade”<sup>642</sup>. Ainda nesse quadrante, Savigny também deixa bem claras as vinculações e os parâmetros estabelecidos pela responsabilidade à liberdade, ao escrever: “Por um lado, vemos a liberdade pessoal estendida além de seus limites naturais, como dominação sobre uma pessoa estrangeira, do outro lado, vemos a liberdade natural restrita como um estado de subjugação e restrição”<sup>643</sup>.

Essa restrição à liberdade, própria da obrigação decorrente da responsabilidade civil, encontra vários fundamentos, nomeadamente na ideia comum que repousa no princípio de que a limitação da liberdade natural (da pessoa ou da liberdade) deve ser reconhecida e protegida pelas instituições de direito apenas nos limites requeridos pela real necessidade dos negócios. Por essa ideia também se explica a decisão de um jurista romano, que postulou que, em casos duvidosos, a extinção da obrigação deve ser favorecida em vez de criada<sup>644</sup>.

A noção de obrigação decorrente da responsabilidade civil e da inerente limitação à liberdade dela decorrente demanda, conseqüentemente, uma necessária análise do dano e da sua limitação, que é realizada nesta parte do trabalho, à guisa de introdução.

---

<sup>642</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Le Droit des obligations** – Tomes I et II. Réimpression de la 2<sup>de</sup> édition de 1873. Paris: LGDJ, 2008. p. 1. No original : “[...] consiste dans la domination sur une personne étrangère; non pas, cependant, sur la personne tout entière (car elle aurait pour résultat l’absorption de personnalité même), mais sur des actes isolés, qu’il faut considérer comme une restriction à sa liberté et un assujettissement à notre volonté”.

<sup>643</sup> Idem. No original : “D’un côté nous voyons la liberté personnelle étendue au-delà de ses limites naturelles, comme domination sur une personne étrangère, de l’autre côté, nous voyons la liberté naturelle restreinte comme un état d’assujettissement et de contrainte”.

<sup>644</sup> Ibidem, p. 3. No original: “L’idée commune repose sur le principe que la limitation de la liberté naturelle (de la personne ou de la liberté) de doit être reconnue et protégée, par les institutions de droit, que dans les bornes exigées par la nécessité véritable des affaires. Par cette idée s’explique aussi la décision d’un juriste romain, que, dans les cas douteux, l’extinction de l’obligation doit être favorisée plutôt que sa création”.

## 19. NOÇÕES CONCEITUAIS ACERCA DO DANO AMBIENTAL

---

A análise do dano, compreendido inicialmente, nos termos do Asseverado por Karl Larenz, como “menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”<sup>645</sup> revela-se imprescindível para qualquer investigação ainda que indiretamente relacionada com a responsabilidade civil e, sobretudo, no tocante à responsabilidade civil ambiental, sobretudo porque “o bem jurídico ainda que possua dimensões individuais deve sempre ser visto no interesse da colectividade”<sup>646</sup>.

Em especial porquanto “la revolucion tecnológica con su proyección geométrica de manifestaciones lesivas, sumada al ya mencionado cambio de paradigmas en el marco de la responsabilidad civil han tornado el daño en elemento axial del sistema resacitorio jusprivatista”<sup>647</sup>. Nessa toda, cumpre-nos destacar, em primeira análise, que segundo Adriano de Cupis, por meio de conceituação bastante sintética do conteúdo semântico do referido instituto para o direito de responsabilidade civil, que o dano pode ser reconhecido, simplória e inicialmente, como “[...], aniquilação ou alteração de uma situação favorável”<sup>648</sup>. Em igual sentido, Busnelli e Patti afirma que o dano pode ser “[...] considerado como um fato jurídico, influi no modo de ser das relações jurídicas, é produtivo, isto é, de efeito jurídico, único ou múltiplo, colocado, com respeito a ele, em um plano de realização”<sup>649</sup>.

A precisa identificação do dano, portanto, é de fundamental importância porque, na temática da responsabilidade civil ambiental, à partir do giro epistemológico a qual propiciou um novo prisma de observação na teorização jurídica dos pressupostos de emergência do dever de indenizar agora não mais como uma dívida de responsabilidade

---

<sup>645</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tomo I. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1958. p. 193.

<sup>646</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa : Universidade Aberta, 1998. p. 25.

<sup>647</sup> SAUX, Edgardo Ignacio; MULLER, Enrique Carlos. El daño ambiental. Requisitos. In **Derecho Ambiental y Daño**. Buenos Aires : La Ley, 2009. p. 218.

<sup>648</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. Teoria generale della responsabilità civile. Vol. I. Milão: Giuffrè, 1979. p. 9. No original: “[...] *nocumento o pregiudizio, vale a dire annientamento o alterazione di una situazione favorevole*”.

<sup>649</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. Teoria generale della responsabilità civile. Vol. II. Milão: Giuffrè Editore, 1979. p. 4. No original: “[...] *considerato come fatto giuridico, influisce sul modo di essere dei rapporti giuridici, è produttivo, vale a dire, di effetto giuridico, unico o plurimo, posto, rispetto ad esso, su un piano di consequenzialità*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

mas sim como um crédito de indenização<sup>650</sup>, de modo a evidenciar uma crescente preocupação com o lesado, a figura do dano ganha ainda mais importância, sobretudo em uma investigação a qual pretende analisar sua potencial desnecessidade para a configuração da obrigação de indenizar.

Em termos jurídico positivos, o patamar conceitual de dano ambiental no direito brasileiro é estabelecido no direito brasileiro pela Lei nº 6.938/91 a qual instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e define, em seu artigo 3º Inciso II, a “degradação” ambiental como sendo “a alteração adversa das características do meio ambiente”. Em Portugal, a Lei de Bases do Ambiente é silente no tocante à conceituação de dano ambiental ou de degradação ao meio ambiente, restando ao Decreto-Lei nº 147/2008 definir danos como “a alteração adversa mensurável de um recurso natural ou a deterioração mensurável do serviço de um recurso natural que ocorram directa ou indirectamente” e danos ambientais como:

Danos causados às espécies e habitats naturais protegidos: quaisquer danos com efeitos significativos adversos para a consecução ou a manutenção do estado de conservação favorável desses habitats ou espécies, cuja avaliação tem que ter por base o estado inicial, nos termos dos critérios constantes no anexo iv ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante, com excepção dos efeitos adversos previamente identificados que resultem de um acto de um operador expressamente autorizado pelas autoridades competentes, nos termos da legislação aplicável;

Danos causados à água: quaisquer danos que afectem adversa e significativamente, nos termos da legislação aplicável, o estado ecológico, ou o potencial ecológico, e o estado químico e quantitativo das massas de água superficial ou subterrânea, designadamente o potencial ecológico das massas de água artificial e muito modificada, com excepção dos danos às águas e

---

<sup>650</sup> Sobre o tema ver LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Levolution de la responsabilité Civile d'une dette de responsabilité a une créance d'indemnization*. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Tomo I. Paris : Dalloz, 1987.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

os efeitos adversos aos quais seja aplicável o regime da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, e respectiva legislação complementar;

Danos causados ao solo: qualquer contaminação do solo que crie um risco significativo para a saúde humana devido à introdução, directa ou indirecta, no solo ou à sua superfície, de substâncias, preparações, organismos ou microrganismos;

Há, portanto, um robusto cabedal juspositivo para identificação do que seria dano ambiental. Sem embargo a tanto, agora em virtual desapego episódico da realidade ambiental e tendo, portanto, em consideração uma abordagem tipicamente patrimonialista<sup>651</sup> outorgada ao direito civil, é claro que a concepção de dano enquanto elemento conformador da emergência do dever de indenizar deveria implicar também uma noção focada no património material afeto a determinado sujeito, muito em razão da conformação histórica da própria responsabilidade civil em que a patrimonialização significou indiscutível avanço, pese embora hoje revele-se de alguma maneira anacrônica.

Nesse sentido, preleciona Busnelli, em tradução livre: “*As incertezas etimológicas foram explicadas observando que somente após uma longa evolução o termo *damnum* adquiriu o significado de perda ou diminuição de ativos, bem como o preço de composição dos danos causados*”<sup>652</sup>.

Em França, os conceitos de *dommage* e *préjudice* são tidos como sinónimos<sup>653</sup>, apesar de a doutrina italiana os referenciar como dano evento (compreendido como a

---

<sup>651</sup> Sobre o tema ver PRATA, Ana. **Dicionário Jurídico**. Almedina : Lisboa, 2006. p. 364. Nesse sentido dano seria “o prejuízo material (perda ou deterioração de um bem, realização de uma despesa, perda de um ganho) ou moral (sofrimento físico ou psicológico, atentado à dignidade, ao respeito da vida privada) sofrido por uma pessoa, por facto de terceiro”

<sup>652</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busnelli; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 3. No original: “*Le incertezze riscontrabili sul piano etimologico sono state spiegate osservando che soltanto a seguito di una lunga evoluzione il termine *damnum* acquistò il significato di perdita o diminuzione patrimoniale, nonché di prezzo di composizione per il pregiudizio arrecato*”.

<sup>653</sup> MALINVAUD, Philippe. **Droit des obligations**. Septième édition. Paris: Litec, 2001. p. 232. No original: “*Les deux termes étant généralement considérés comme synonymes, on parle indifféremment de *dommage* ou de *préjudice*. La responsabilité civile, qui est une obligation de réparer, ne peut naître que s’il y a quelque chose à réparer : c’est là une condition première et essentielle, sur laquelle on ne saurait trop insister. Une faute, si grossière et répréhensible soit-*”

lesão de uma norma jurídica dedicada à proteção de um determinado interesse ou a um direito subjetivo) e dano consequência, circunstância que não suprime a imprescindibilidade do dano. Daí sua importância para a ciência da responsabilidade civil e, por razões óbvias, também para o presente estudo. Na Alemanha, ademais, o tema do dano ambiental em sua componente individual e a responsabilidade civil ganham também relevância à medida em que lá,

onde se construiu, nas últimas décadas, um sistema administrativo relativamente eficiente de proteção aos recursos naturais, a prevenção ou indenização de um dano ambiental, no âmbito do processo civil, somente pode ser reivindicada como dano individual, que atinge o direito subjetivo de uma pessoa física ou jurídica. No sistema germânico, o meio ambiente por si – como bem de interesse difuso – (ainda) não é objeto de proteção jurídica-civil.<sup>654</sup>

O fato é que conceituar dano, ainda que sob uma vertente patrimonialista, é algo complexo<sup>655</sup>. Sem embargo, alguns ordenamentos jurídicos formalizaram uma definição jurídico-positiva, ainda que não específica ao tema ambiental. É o caso, por exemplo, do Código Civil Austríaco o qual, em seu §1.293, informa constituir dano qualquer desvantagem experimentada por alguém em seus bens, em seus direitos ou em sua pessoa: “*Schaden heisst jeder Nachteil welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist*”<sup>656</sup>.

A visceral e ontológica ligação com o patrimônio é ululante. Tanto que Arruda Alvim, em síntese de várias conceituações defende o dano como qualquer diminuição ao patrimônio de alguém.<sup>657</sup> Ou ainda, como disciplina Menezes Cordeiro, “*O dano é a*

---

*elle, qui ne causerait aucun dommage, pourrait le cas échéant entraîner la responsabilité pénale de son auteur si elle constituait une infraction, mais sûrement pas sa responsabilité civile. Cette nécessité d'un dommage met en pleine lumière la fonction fondamentale de réparation en vue de laquelle est organisée la responsabilité civile*”.

<sup>654</sup> KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: Algumas objeções à teoria do “risco integral”. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998. p. 25.

<sup>655</sup> Com a devida vênia, José de Aguiar Dias afirma que o dano “[...] é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsias”. In: **Da responsabilidade civil**. Vol. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 753.

<sup>656</sup> ÁUSTRIA. **Código Civil (1811)**. Disponível em: <<https://www.jusline.at/gesetz/abgb/gesamt>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

<sup>657</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1955, p. 185.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*supressão ou diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou protegida pelo Direito*”<sup>658</sup>.

Embora bastante fluidas e genéricas, porquanto delimitadoras do dano como qualquer desvantagem que alguém tenha infligido a um patrimônio, a um direito ou ao próprio terceiro, as definições jurídico-positivas não têm o condão de terminar a discussão acerca do que se poderia identificar como dano. Em Itália, por exemplo, o conceito de dano denotaria o papel único e exclusivo da indenização de reparar a lesão; nos dizeres de Busnelli e Patti, a indenização: “[...] na verdade, cobre apenas a lesão, o dano causado”<sup>659</sup>.

A ideia está bastante atrelada a um juízo comparativo, pese embora reconheça-se a existência de discussão, como afirma Pessoa Jorge, no sentido de que o dano seria “*a violação do direito subjectivo, ou na ofensa ao bem, ou na lesão à disponibilidade deste, ou na ofensa ao interesse do titular*”<sup>660</sup>.

O dano existiria quando a esfera jurídica, em comparação a um determinado marco temporal, tenha sido objeto de consequências deletérias advindas do comportamento, em regra ilícito, perpetrado por outrem.

Importante destacar ainda que, em paralelo com a dimensão de diminuição do patrimônio jurídico de determinada pessoa, dano também pode significar a indenização decorrente desse dano, i.e. os *damages* do direito anglo-saxão.

Nessa perspectiva, deve-se aqui precisar que apenas a primeira definição é objeto deste estudo. Note-se, contudo, que “[...] a duplicação de significados encontrados em fontes romanas é frequente em outros sistemas jurídicos, em que o termo dano serve não apenas para indicar a lesão, mas também a compensação pecuniária obtida por aqueles que sofreram o erro ou o não cumprimento de uma parte contratada”<sup>661</sup>.

---

<sup>658</sup> MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil português**, v. II, t. III, Coimbra : Almedina, 2010, p. 511.

<sup>659</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busnelli; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 4. No original: “[...] *ricomprende in effetti soltanto il pregiudizio, il nocumento cagionato*”.

<sup>660</sup> JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra : Almedina, 1999. p. 384.

<sup>661</sup> Idem. No original: “[...] *la duplicazione di significati riscontrabile nelle fonti romane, è frequente in altri ordinamenti giuridici, in cui il termine danno serve non soltanto ad indicare la lesione ma anche la compensazione pecuniaria ottenere da chi ha subito il torto o l’inadempimento di un contratto*”.

Em Itália, ao contrário do sistema austríaco, no qual há uma definição legislativa de dano, não há qualquer menção positiva tendente à definição dos seus critérios semânticos ou conceituais. Porém, observa-se no ordenamento italiano uma certa coerência doutrinária no sentido da sua esfera de abrangência, porquanto: “Independentemente da presença de deserções legislativas, um conceito de dano pecuniário considerado como uma perda sofrida pelo patrimônio do sujeito e também o acompanhamento de uma lesão de sua pessoa, devido a um determinado evento, pode ser considerado comum aos sistemas jurídicos contemporâneos”<sup>662</sup>. Busnelli e Patti afirmam ainda que se pode deduzir da definição que o conceito jurídico de dano pecuniário pressupõe um sujeito de direitos de propriedade, a possibilidade de medir a lesão em dinheiro e um nexos causal entre o evento e a lesão. Em Portugal, por sua vez, Pessoa Jorge afirma:

O dano surge, assim, em relação a qualquer situação vantajosa, mesmo de facto, e não se reporta necessariamente à lesão de um direito subjectivo; mas só é relevante para efeitos de responsabilidade civil, quando resulta da lesão de uma situação vantajosa tutelada pelo direito.<sup>663</sup>

Nesse sentido, importa destacar que a noção patrimonialista de dano – e que caracteriza a origem histórica da definição do seu conceito – não impede a compreensão contemporânea dos prejuízos metapatrimoniais nem de determinados aspectos de bens específicos não sujeitos ao apoderamento patrimonialístico. Isso, muito em decorrência da ideia de que a RC, pela inserção mais acentuada da solidariedade na sua escala axiológico ao passo em que, adicionada esta componente, como assevera Maria Celina Bodin de Moraes “*subverteu, assim, a antiga coerência do sistema, superando, completamente, em diversos casos, o objetivo de identificação do culpado – o*

---

<sup>662</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busnelli; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 5. No original: “*Independentemente dalla presenza di defezioni legislative, può comunque dirsi comune agli ordinamenti giuridici contemporanei un concetto di danno patrimoniale inteso come perdita subita dal patrimonio di un soggetto anche il seguito ad una lesione della sua persona, a causa di un determinato evento lesivo*”.

<sup>663</sup> JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra : Almedina, 1999. p. 384.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



*responsável – pela responsabilidade sem culpa, considerada por muitos como um verdadeiro compromisso com a solidariedade social*<sup>664</sup>.

Portanto, ressalta Busnelli, “[...] vai-se esmorecendo a ideia de que o patrimonialismo – entendido como propriedade do bem lesado – constitui condição essencial do dano, e admite-se que o dano também pode afetar os bens da personalidade, enquanto uma fisionomia clara e autônoma pressupõe no código atual o conceito de dano não pecuniário”<sup>665</sup>. Também influencia sobremaneira a doutrina da responsabilidade civil a ideia de injustiça<sup>666</sup> do dano. Amplamente considerada, a sobredita injustiça pode ser compreendida como um dos pressupostos da RS no ordenamento jurídico italiano. Segundo o mesmo autor, “[...] em uma inspeção mais próxima, o caráter da injustiça serve para indicar uma das condições prévias para a responsabilidade civil”<sup>667</sup>.

O tema da injustiça do eventual dano é objeto de maiores digressões no decorrer deste capítulo. Neste quadrante, por questões de índole lógica, deve ser retomada, primeiramente, a noção de existência ou não de um dano, para, em segundo momento, definir sua eventual categorização como injusto ou não injusto. Sabidamente, a mais

---

<sup>664</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 167-190. p. 181

<sup>665</sup> Ibidem, p. 8. No original: “*Tramonta pertanto l’idea secondo cui la patrimonialità – intesa come patrimonialità del bene lesa – costituisce un requisito essenziale del danno e si ammette che il danno può riguardare anche i beni della personalità, mentre una chiara ed autonoma fisionomia assume nel codice vigente il concetto di danno non patrimoniale*”.

<sup>666</sup> BARCELLONA, Mario. **La responsabilità extracontrattuale**: danno ingiusto e danno non patrimoniale. Turim: Utet Giuridica, 2011. p. 107. *In verbis*: “*Se si vuole, si può anche dire, allora, che l’ingiustizia’ del danno suppone la lesione di un ‘interesse giuridicamente protetto’ o di una ‘situazione giuridicamente soggettiva’. Ma purché sia assolutamente chiaro che tale presupposto include la lesione tanto delle tradizionali ‘situazione soggettive simmetrica’ che delle ‘situazione soggettive asimmetriche’ e che le une e le altre ricevono comunque una protezione aquiliana che è necessariamente relativa al tipo di aggressione che di volta in volta subiscono. Di modo che, nel campo di regolazione dell’ordinamento non si danno interessi, divisibili e dipendenti da un fare proprio lecito o da un fare altrui dovuto (anche solo relativamente al modo), che si possano dire ‘di mero fatto’ ma semplicemente interessi di per loro giuridicamente rilevanti che, però, possono ricevere o non ricevere tutela aquiliana in ragione dello specifico tipo di interferenza che subiscono. E se si vuole, si può anche ritenere che l’ingiustizia’ del danno dipende da un ‘giudizio comparativo’ tra la posizione del danneggiato e quella del danneggiante. Ma purché sia altrettanto chiaro che un tale giudizio comparativo non implica alcun reale ‘bilanciamento giudiziale degli interessi’ alcun ineffabile apprezzamento comparativo che il giudice sarebbe chiamato ad operare tra la meritevolezza dell’interesse lesso dalla condotta dell’agente e la meritevolezza dell’interesse sottostante l’attività che lo ha pregiudicato*”.

<sup>667</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busnelli; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 11. No original: “[...] *ma a ben vedere il carattere dell’ingiustizia serve ad indicare uno dei presupposti della responsabilità civile*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

relevante de todas as teorias tendentes à explanação das delimitações jurídicas do fenômeno dano é a da diferença. Assim, de acordo com a doutrina italiana, a identificação do conceito de dano deve resplandecer como diferença existente no patrimônio do lesado em consequência do ato ilícito<sup>668</sup>. A noção também encontra respaldo no direito civil positivo português, em especial em seu artigo 566 o qual delimita que a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e que teria nessa data se não existissem os danos. A ideia é reafirmada por Antunes Varela, para quem a medida do dano dá-se por uma diferença: a diferença entre a situação real atual do lesado e a situação (hipotética) em que ele se encontraria, se não fosse o fato lesivo”<sup>669</sup>

Ademais, observa-se claramente nas demonstrações conceituais acima narradas uma referência à teoria da diferença, atribuída a Mommsen, a qual em seu âmago define como quantificação do dano a verificação da diferença entre o valor dos bens e os direitos de uma determinada pessoa em um determinado momento e a quantia atribuível a esses mesmos bens e direitos, caso não houvesse ocorrido a intervenção de um determinado evento prejudicial.<sup>670</sup>

Como já referenciado, na noção de dano conta muito o aspecto temporal, perspectiva adotada nesta tese. Para a teoria da diferença deve ser calculado o montante desse elemento, mediante a aferição, em um determinado momento, da diferença patrimonial causada pela intervenção de um terceiro. Tal aferição, inegavelmente, traria em si a questão da noção de compensação do lucro com o dano<sup>671</sup>.

---

<sup>668</sup> Ibidem, p. 12. No original: “Ciò posto, l’identificazione del concetto di danno in senso giuridico deve procedere attraverso l’esame di due note teorie che, contrapponendosi l’una all’altra, tendono a coprire il campo delle soluzioni possibili. La prima di esse, largamente seguita nell’ordinamento giuridico in cui vide la luce, ma in anni recenti sottoposta a vivace critica anche in quella esperienza, definisce il danno facendo riferimento alla differenza esistente nel patrimonio del danneggiato in conseguenza dell’illecito subito (Differenztheorie). Precisamente, si tratterebbe di verificare l’ammontare del patrimonio del danneggiato in un certo momento storico con l’ammontare che il patrimonio avrebbe avuto se non si fosse verificato il fatto illecito”.

<sup>669</sup> VARELA, João Antunes. **Das obrigações em geral**. 10 ed. Coimbra : Almedina, 2008, p. 599.

<sup>670</sup> MOMMSEN, Wolfgang. **Beiträge zum Obligationenrecht**. Zur Lehre von dem Interesse. Braunschweig: Schwetschke, 1855. p. 3. No original: “Die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage welchen diesses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde“.

<sup>671</sup> Nesse sentido ver: SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Há, no entanto, muitas críticas a esta teoria. A ideia da avaliação objetiva, tanto da existência quanto da quantidade do dano por meio de uma mera operação aritmética, pode revelar-se insuficiente para a compreensão de uma fenômeno de tamanha magnitude. Nesse sentido, Busnelli e Patti afirmam: “Embora possa ser colocada de muitas maneiras no campo das teorias que definem dano no sentido naturalista, a *Differenzhypothese* afasta-se delas porque leva em consideração, não o bem individual que sofreu a lesão, mas o patrimônio dos lesados como um todo”<sup>672</sup>. No entanto, os autores observam que, já na primeira metade do século XX, esse caráter foi questionado, com o argumento de que o evento nocivo afeta bens e interesses específicos e não apenas o patrimônio entendido como entidade abstrata. Além disso, acrescentam os autores, “[...] as incertezas existentes no conceito de patrimônio – para ser entendido em qualquer caso em um sentido econômico, ou seja, como um conjunto de ativos pertencentes a um sujeito – agravaria a tarefa do intérprete chamado a usar tal instrumento conceitual para identificar os danos”<sup>673</sup>.

A compreensão do dano, a que se atribui a característica de pedra de toque de toda a estruturação da responsabilidade civil, não deve ser balizada pela identificação de quanto se ganha e quanto se perde do ponto de vista patrimonial. Como já visto, há muitos valores e muita teleologia presentes na fundamentação da RC e esses preceitos devem todos informar também a compreensão do que seria o dano, elemento, em tese, imprescindível à emergência do dever de indenizar<sup>674</sup>.

---

benefícios previdenciários. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 13. Ano 4. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2017. p. 281-312.

<sup>672</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busnelli; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 12. No original: “*Pur essendo collocabile per molti versi nell’ambito delle teorie che definiscono il danno in senso naturalistico, la Differenzhypothese se ne distacca perché non prende in considerazione il singolo bene che ha subito la lesione ma il patrimonio del danneggiato nel suo complesso*”.

<sup>673</sup> Ibidem, p. 13. No original: “[...] *le incertezze esistenti sul concetto di patrimonio – da intendersi comunque in senso economico, e cioè come insieme di beni facenti capo ad un soggetto aggraverebbero il compito dell’interprete chiamato ad utilizzare siffatto strumento concettuale di identificazione del danno*”.

<sup>674</sup> Idem. No original “*Anche da parte della nostra dottrina sono state mosse diverse critiche, essendo stato osservato che la nozione di danno non può risolversi nei termini di un’astratta differenza, se non a rischio di perdere i contatti con la sua concreta realtà, e, più in particolare, che la teoria in esame non tiene nel dovuto conto la possibile incidenza di concause tali da assorbire le conseguenze dell’evento dannoso. Ancora, è stato osservato che la teoria della differenza «neppure serve adeguatamente al fine di determinare il contenuto del danno risarcibile» poiché, tra l’altro, non sarebbe possibile compiere un completo inventario del patrimonio della persona; e nè “il contenuto del danno non può certo abbracciare l’intera differenza”*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

A teoria da diferença, apesar de gozar de amplo prestígio doutrinário, envolve muitos problemas de índole jurídico-normativa. O primeiro deles é a extremada patrimonialização que confere ao dano. Assim, Busnelli e Patti asseguram sua incapacidade para individualizar os danos que transcendem o patrimônio concebido em sentido estrito, ignorando as lesões aos direitos da personalidade e aos danos a pessoas<sup>675</sup>. Por fim, ainda para os autores, a teoria apresenta importantes limitações de índole técnico-jurídica, nomeadamente sua incapacidade de identificar os danos que transcendem os bens materiais afetos à personalidade<sup>676</sup>.

Há, desse modo, uma crise na identificação do conceito de dano causada pela adoção da teoria da diferença<sup>677</sup>, o que não retira de seu âmbito a existência de uma contraposição temporal entre o antes e o depois do evento danoso. Assim, o que parece:

*a ideia de que o conceito de dano é um conceito de relacionamento; refere-se, no entanto, à mudança pejorativa de um ativo (e não, portanto, de patrimônio), precisamente aos efeitos negativos da ordem causados por um evento externo ao bem. Segue-se que a idéia de uma comparação entre um antecedente e uma situação subsequente como imanente ao conceito de dano. Essa comparação, porém, deve ser realizada com base nos regulamentos estabelecidos e, portanto, enriquecida e temperada pelas regras específicas relativas, sobretudo, à avaliação da situação que teria ocorrido se o evento danoso não tivesse ocorrido e por causa da delimitação das consequências prejudiciais significativas para efeitos de compensação<sup>678</sup>.*

---

<sup>675</sup> Ibidem, p. 14. In verbis: “[...] inidoneità a individuare i danni che trascendono i beni di cui il patrimonio – tradizionalmente inteso – risulta formato, in particolare i danni conseguenti alla lesione di diritti della personalità e i danni alla persona”.

<sup>676</sup> Idem. No original: “La teoria in esame presenta comunque gravi limiti, oltre che per i motivi sopra indicati, per la sua inidoneità a individuare i danni che trascendono i beni di cui il patrimonio – tradizionalmente inteso – risulta formato, in particolare i danni conseguenti alla lesione di diritti della personalità e i danni alla persona”.

<sup>677</sup> Idem. In verbis: “In definitiva tenendo anche conto dei dubbi concernenti l’individuazione del momento – successivo a quello dell’evento dannoso – rilevante per la valutazione del patrimonio, nonché la molteplicità di dignificati attribuibili al termine «Interesse», utilizzato da fondatore della teoria, può parlarsi di una crisi e di un parziale superamento della tradizionale concezione del danno”.

<sup>678</sup> Ibidem, p. 15. No original “[...] l’idea secondo cui il concetto di danno è un concetto di relazione; esso si riferisce tuttavia al mutamento peggiorativo di un bene (e non, quindi del patrimonio), precisamente agli effetti di ordine negative causati da un avvenimento esterno al bene. Ne consegue che al concetto di danno è immanente l’idea di un confronto tra una situazione antecedente ed una successiva. Tale confronto, peraltro, deve essere effettuato in base alla disciplina prevista nei singoli ordinamenti e risulta così arricchito e complicato dalle specifiche regole concernenti soprattutto la valutazione della situazione che si sarebbe realizzata se l’evento dannoso non si fosse verificato nonché a causa della delimitazione delle conseguenze dannose rilevanti ai fini del risarcimento”

Ademais, importa salientar que o conceito de dano tem sido desmaterializado e despatrimonializado, o que também acaba por configurar um relevante obstáculo à teria que visa a aferição de suas limitações mediante uma comparação contabilística, como ocorre em todo o direito civil. Cuida-se de uma repossalização de toda a ciência do direito civil. Nessa perspectiva, hoje, a noção ontológica do dano, tende igualmente a uma despatrimonialização e a uma desmaterialização. Desvincula-se, em essência, o dano de um patrimônio, sobretudo ao ligá-lo a um interesse qualquer juridicamente protegido. Lesões à honra, à saúde e a qualquer aspecto da personalidade, em especial na componente ambiental da responsabilidade, também são vistas como danos<sup>679</sup>.

Feitas estas digressões, deve ser aqui retomado que a noção ontológica de dano se conforma com a noção jurídica de dano, que no direito italiano assume a forma de *danno ingiusto*. Como o sistema brasileiro, tampouco o direito italiano contemplou um sistema em moldes germânicos, de modo a elencar uma minuciosa casuística dos danos que dão ensejo à emergência da responsabilidade civil. Desse modo, a denominada injustiça do dano passou a ser critério balizador da definição de quais danos seriam indenizados. Configura sobretudo, e portanto, como uma cláusula geral de modo a divorciar-se de uma definição precisa e estática, adotando uma conotação e denotação de índole circunstancial e histórica, na medida em que permite adequações casuísticas, porém motivadas, do ordenamento jurídico, dando ao direito uma salutar dinamicidade e, em igual medida, ostentando relevante papel em um sistema de responsabilidade civil sem tipicidade<sup>680</sup>.

---

<sup>679</sup> ALPA, Guido. **La responsabilità civile: principi**. Turim: Utet Giuridica, 2010. p. 315. No original: “[...] *tende a dematerializzarlo e a depatrimonializzarlo. Ciò per varie ragioni, di natura teorica e di politica di diritto: «danno» oggi non è più, nella coscienza sociale, nella prassi giurisprudenziale e negli stessi interventi legislativi, il semplice depauperamento del patrimonio della vittima dell’illecito; danno è la lesione di un interesse protetto; dalla lesione possono derivare conseguenze di carattere economico-patrimoniale e di carattere non patrimoniale; ciò dipende dalla lesione del bene tutelato (ad es. la salute, l’onore e in generale gli aspetti della personalità non comportano necessariamente un depatrimonializzazione, se lesi)*”.

<sup>680</sup> Ibidem, p. 158. No original: “*Essendo una vera e propria clausola generale, l’espressione «ingiustizia» pone tutti le questioni, e assolve le funzioni, di una clausola generale. In altri termini, è tendenzialmente indefinibile, ha connotati storicamente relativi, costituisce una valvola che tempera la rigidità dell’ordinamento, consente all’interprete elasticità di apprezzamento, e così via. Ma l’«ingiustizia» assolve, dal punto di vista teorico, anche un’altra funzione, consiste nella qualificazione di un ordinamento como informato al modello di atipicità dell’illecito, anziché al modello di tipicità*”.

O grande problema é que a injustiça que qualifica o dano no sistema italiano de RC pode ser entendida ao menos em seis sentidos<sup>681</sup>. Em conjunto com as acepções ontológicas e jurídicas de dano, esta última ligada invariavelmente à noção ampla de *ingiustizia* no direito italiano, há de falar-se ainda em dano enquanto elemento necessário do ilícito, de modo a impossibilitar a configuração de um comportamento ilícito sem a prova do dano, bem como a ideia de que o dano deve ser etiologicamente ligado ao comportamento do agente<sup>682</sup>. Sobre o tema afirma Guido Alpa:

*No entanto, é necessário entender a noção de dano. Dano, no sentido de art. 2043, é o dano injusto, que é o dano de um interesse protegido. A simples lesão envolve ressarcimento. Isso porque a injustiça se refere a danos, não a fatos ou condutas. Não é necessário distinguir entre o evento e as conseqüências para a ofensa civil: o dano civil inclui o dano do interesse e as conseqüências, ou seja, os efeitos da lesão que são relevantes para quantificação e compensação. É então indiferente especificar se com a iteração do termo "dano" no Artigo 2043 são usados dois significados diferentes deste termo (dano e dano como resultado da lesão), porquanto no usa, na prática, quando se pensa no dano referem-se as conseqüências da lesão; e quando se pensa em dano injusto é referida a lesão<sup>683</sup>.*

Paralelamente, cumpre-nos destacar que, hoje, a noção de dano mais aceite pela doutrina e jurisprudência italiana é aquela indicada por Stefano de Rodotà, segundo a

---

<sup>681</sup> Sobre o tema ver ALPA, Guido. **La responsabilità civile: principi**. Turim: Utet Giuridica, 2010. p. 159 e seguinte. No original: “[...] (i) come formula riassuntiva delle ipotesi tipiche di esimenti della responsabilità in cui il danno è giustificato; (ii) come formula riassuntiva delle ipotesi tipiche in cui l’interesse leso è protetto; (iii) come formula riassuntiva delle lesioni di individuati dal giudice; (iv) come sinonime di ‘antigiuridicità’ collegata alla colpa; (v) come formula che legittima il bilanciamento degli interessi in gioco”.

<sup>682</sup> ALPA, Guido. **La responsabilità civile: principi**. Turim: Utet Giuridica, 2010. p. 316: “Il danno così inteso è elemento necessario dell’illecito; non si può configurare l’illecito senza prova del danno”.

<sup>683</sup> Idem. No original “Occorre però intendersi sulla nozione di danno. Danno, nell’accezione dell’art. 2043, è il danno ingiusto, cioè la lesione di un interesse protetto. La semplice lesione comporta risarcimento. Cioè perché l’ingiustizia è riferita al danno, non al fatto o alla condotta. Non è necessario distinguere, per l’illecito civile, tra evento e conseguenze: il danno civile comprende la lesione dell’interesse e le conseguenze, cioè gli effetti, della lesione che sono rilevanti per la quantificazione e il risarcimento. È allora indifferente precisare se nell’art 2043 si impieghino, con la iterazione del termine «danno», due diverse accezioni di questo termine (danno come lesione e danno come effetto della lesione) perché nell’uso, nella prassi, quando si pensa al danno si fa riferimento alle conseguenze della lesione; quando si pensa a danno ingiusto, si fa riferimento alla lesione”

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

qual a ação danosa se dá no momento da lesão de um interesse protegido<sup>684</sup>. De fato, a pretensão de conceituar dano é algo complexo. Nessa direção, Adriano De Cupis define o instituto da seguinte forma:

*O dano é a consequência implícita do ato ilícito: esse, como tal, é prejudicial. O fato não pode violar a norma jurídica e o direito de outros, sem afetar a utilidade subjetiva (interesse) protegida por essa norma e correspondente a esse direito. É inconcebível, precisamente, uma violação legal que não corresponda ao prejuízo do interesse protegido. Na verdade, se um comportamento é imposto para proteger o interesse dos outros e, portanto, para evitar danos aos outros, o comportamento contrário (fato ilícito) é o resultado do efeito (dano), que a imposição da lei queria evitar<sup>685</sup>.*

É importante destacar que, muito embora não se trate de conceitos jurídicos contrapostos, o sistema francês da responsabilidade civil e sua atipicidade tornam simultâneas as ideias de ilicitude e dano, traduzindo este como a consequência implícita daquele. Assim, torna impensável a configuração de um comportamento contrário ao direito que não enseje a materialização de um dano, entendido como violação de um interesse protegido pelo direito. Também é importante destacar que, no sistema italiano, a ilicitude confunde-se com a injustiça, o que acaba por definir o conceito de *danno ingiusto* tão caro à RC. Além disso, acentua Adriano De Cupis, o fato ilícito como tal, além de produzir danos, “a natureza ilegal do fato e a injustiça do dano são termos correlativos: se um fato é ilícito (*contra ius*), o dano resultante é injusto, já que afeta o interesse protegido pela norma violada. E o legislador fala em conjunto, precisamente, de fato “ilícito” e de dano “injusto”, respectivamente, na rubrica e no texto do artigo 2043.º,

---

<sup>684</sup> Idem: “[...] è quest’ultima la tesi che oggi anche per noi appare più soddisfacente, proprio perché del danno si vuole evidenziare la nozione più ampia, comprensiva sia degli aspetti patrimoniali economicamente rilevanti, sia degli aspetti che non hanno in riflesso patrimoniale immediato. L’espressione «danno» allude all’evento lesivo e alle sue conseguenze; dal punto di vista civilistico, non è necessario distinguere l’evento dalle conseguenze: di per sé l’evento potrebbe apparire irrilevante, ma le conseguenze patrimonialmente gravose; oppure l’evento potrebbe apparire rilevante ma non avere conseguenze”.

<sup>685</sup> DE CUPIS, Adriano. **Istituzioni di diritto privato**. Quarta Edizione Aggiornata. Milão: Giuffrè Editore, 1987. p. 471. No original “Il danno è l’implicita conseguenza del fatto illecito: questo, in quanto tale, è dannoso. Il fatto non può violare la norma giuridica, e l’altrui diritto, senza colpire l’utilità soggettiva (interesse) protetta da quella norma e corrispondente a quel diritto. È inconcepibile, per l’appunto una violazione giuridica cui non corrisponda pregiudizio dell’interesse protetto. In verità se un comportamento è imposto per tutelare l’altrui interesse, e quindi per evitare un danno ad altri, il comportamento contrario (fatto illecito) è produttivo dell’effetto (danno), che l’imposizione fatta dalla norma voleva evitare”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

para designar dois elementos da mesma realidade, igualmente qualificados pelo contraste com o ordenamento jurídico”<sup>686</sup>.

Para a doutrina italiana, a necessidade de identificação de uma injustiça é alheia à teoria geral do dano, sendo observada como um pré-requisito para a emergência da responsabilidade extracontratual<sup>687</sup>. Não há dúvida, portanto, de que o dano é um fenômeno que abala as estruturas jurídicas. Assim, em sua essência, revela uma indesejável alteração do equilíbrio da paz social, esta última fim maior do direito. Está em causa um elemento gerador de efeitos concretos e com o qual deve ser estabelecido o liame etiológico perante o comportamento que seria o seu pretense causador<sup>688</sup>. Em igual medida, é inegável que, por todos os ângulos que se observe e, principalmente, pelo ponto de observação das vítimas de um dano, a repressão deveria configurar uma medida meramente alternativa. A indenização, porém, é a mola mestra da responsabilidade civil. Perante sua construção jurídica clássica, o perigo ou o receio de um dano não seriam suficientes para colocar em marcha suas consequências legais.

Contudo, já encontra bastante prestígio na doutrina a noção de que a ressignificação da RC passa a viabilizar uma estrutura mais consentânea com a atual realidade social e jurídica. Assim, para Adriano De Cupis é indiscutível, do ponto de vista da vítima do dano, uma clara preferência pela prevenção dos danos quando contraposta à sua reparação; todavia, a adoção de uma resposta jurídica, com a seriedade e gravidade da responsabilidade civil, em face do (em tese) sujeito imputável, deve ser precedida antes

---

<sup>686</sup> DE CUPIS, Adriano. **Istituzioni di diritto privato**. Quarta Edizione Aggiornata. Milão: Giuffrè Editore, 1987. No original “[...] *Illiceità del fatto e ingiustizia del danno sono termini correlativi: se un fatto è illecito (contra ius), il danno che ne deriva è ingiusto, in quanto colpisce l’interesse protetto dalla norma violata. E il legislatore parla insieme, precisamente di fatto «illecito» e di danno «ingiusto» rispettivamente, nella rubrica e nel testo dell’art. 2043, per designare due elementi di una stessa realtà, ugualmente qualificati dal contrasto coll’ordinamento giuridico*”.

<sup>687</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busneli; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 18. No original “[...] *deve ribadirsi che il requisito dell’ingiustizia è estraneo alla teoria generale del danno, dovendo esso considerarsi un presupposto per il sorgere della responsabilità extracontrattuale, e quindi un prius rispetto alla problematica in esame*”.

<sup>688</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Vol. II. Milão: Giuffrè Editore, 1979. p. 5. *In verbis*: “*Il danno concretamente attuato è causa, o, più precisamente, concausa di uno o più effetti giuridici concreti: concausa, un quanto non può trascurarsi il concorso causale della norma di diritto: in sé e per sé, vale a dire, esso è elemento necessario, ma insufficiente per il sorgere de tali effetti*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



da lesão a um interesse, de uma avaliação comparativa entre o suposto bem em perigo e o interesse daquele a quem o perigo de dano é imputável.<sup>689</sup>.

Enquanto elemento constritor da liberdade individual, a RC e suas consequências de índole prática devem ser objeto de profunda análise, com especial destaque no concernente à identificação de uma eventual possibilidade de desvinculação do dano para a emergência do dever de indenizar. Logo, se por um lado se pode afirmar que a prevenção é sempre a melhor resposta, ainda mais quando dedicada a determinados bens, como os ambientais. Mas isso não pode significar, de forma automática, a capacidade de a responsabilidade civil antecipar suas consequência frente ao dano. No entanto, permite a afirmação de que esse tema deve ser objeto de estudo. Nessa perspectiva, Adriano De Cupis observa que o medo do dano pode reivindicar a eliminação da origem do mesmo medo. A preocupação está na sobrelimitação da liberdade alheia, de modo a tornar um modelo de proteção preventiva simultaneamente mais efetivo e também mais perigoso, na medida em que pode conduzir ao detestável tolhimento exacerbado da liberdade<sup>690</sup>.

Assim, a despeito de reconhecer o cabimento e a importância dos remédios preventivos, inclusive aqueles de alguma forma vinculados ao direito de responsabilidade civil, o autor italiano consagra que essa forma de observação e de manejo dos riscos deve considerar estritamente o critério de ponderação dos valores em jogo, notadamente a necessidade de se considerar qualquer limitação às liberdades envolvidas no conflito. Daí que, segundo Adriano De Cupis, dado seu permanente estado de conflito com a liberdade, a adoção de medidas preventivas deve pautar-se exclusivamente por aquelas contempladas no direito positivo. Nesse sentido, afirma: “Por essas razões,

---

<sup>689</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Vol. II. Milão: Giuffrè Editore, 1979. p. 10. No original “[...] non può negarsi che prevenire il danno sia preferibile al reprimerlo. Ma agire contro il soggetto cui è imputabile anziché la lesione di un interesse la sua semplice messa in pericolo, agire contro tale soggetto per prevenire la realizzazione del temuto danno, comporta una delicata valutazione comparativa della rispettiva importanza dell’interesse in pericolo e dell’interesse di quegli pericolo è imputabile”.

<sup>690</sup> Ibidem, p. 10-11. No original “Nei limiti, peraltro, in cui ciò sia compatibile coll’esigenza di non gravare eccessivamente l’altrui libertà. Invero, la tutela preventiva è la più energica, ma anche la più preoccupante: un ordinamento troppo poco sensibile alla esigenza di combattere il pericolo di danno, potrebbe essere considerato corrivo; ma, d’altra parte, un’applicazione troppo estese della prevenzione rischierebbe di comprimere eccessivamente l’altrui libertà”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

acreditamos que existe a possibilidade de confiar em soluções preventivas dentro dos limites em que esses remédios são expressamente contemplados pelo direito positivo”<sup>691</sup>.

Todavia, para o autor, tais medidas preventivas posicionam-se fora da ciência jurídica da RC, cujo conteúdo normativo abarca apenas e tão somente cenários em que o dano, a ser prioritariamente evitado (por medidas inibitórias por exemplo)<sup>692</sup>, acabou por se verificar no plano fático. Desse modo, na impossibilidade de prevenir danos, a ideia da responsabilidade civil é a transferência dos ônus de uma conduta lesiva do lesado, que inicialmente a suporta, para o responsável por esse dano<sup>693</sup>.

Ao mencionar mais um argumento contrário ao deslocamento temporal da RC, Adriano De Cupis também reafirma a sua importância em razão da amplitude de atuação que ela alcança, notadamente quando comparada aos instrumentos de tutela preventiva (que dela diferem na opinião do autor), os quais estão limitados às hipóteses previamente estabelecidas pelo direito positivo. No tocante a isso, é preciso salientar que a relevância da responsabilidade civil reside no seu cunho ontologicamente generalista. Não por outro motivo nos permitimos neste estudo debater a sua função primordial como foco no direito ambiental, por exemplo. Em igual medida, é também consensual que é sempre mais recomendável a prevenção do que a correção de eventuais danos. Na temática ambiental, esse segundo argumento ganha ainda mais força, porquanto o bem ambiental é, na imensa maioria das vezes, irrecuperável<sup>694</sup>.

---

<sup>691</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Vol. II. Milão: Giuffrè Editore, 1979. p. 11. No original: “*Per queste ragioni riteniamo che la possibilità di far valere rimedi preventivi sussista nei limiti in cui tali rimedi sono espressamente contemplati dal diritto positivo*”.

<sup>692</sup> Ibidem, p. 13: “*Nel diritto positivo ne troviamo diverse applicazioni: per la difesa di alcuni diritti della personalità (diritto al nome e diritto all’immagine: art. 7, 1° comma, art 10 cod. civ.), per la repressione della concorrenza sleale (art. 2599), per la difesa della proprietà (art. 949, 2° comma), delle servitù (art. 1079), del possesso (art. 1170), nonché del diritto d’autore (art. 156 L. 22 aprile 1941, n. 633, sulla protezione del diritto d’autore)*”.

<sup>693</sup> Ibidem, p. 14. No original “[...] *lo stesso rimedio consiste nell’imposizione del carico della sua riparazione ad un soggetto – responsabile – diverso dal danneggiato; l’imposizione di tale carico vale a trasferire l’onere del danno dal secondo al primo soggetto, e concreta il fenomeno giuridico della responsabilità civile*”.

<sup>694</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Vol. II. Milão: Giuffrè Editore, 1979. p. 15. No original: “*L’importanza della responsabilità civile è, anzitutto, correlata alla indubbia generalità della sua applicazione. Come abbiamo visto, malgrado che per il danneggiato la prevenzione del danno possa apparire preferibile alla sua riparazione, discussa è l’ampiezza della sfera d’applicazione dei rimedi svolgenti funzione preventiva. Invece, la applicazione della responsabilità civile è indubbiamente estesa a tutti i danni aventi per oggetto interessi privati direttamente tutelati*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

O mesmo Autor destaca, ainda, que a amplitude de atuação da Responsabilidade Civil não implica necessário conflito, presente nas medidas preventivas do dano, com o direito de liberdade. Isso porque a responsabilidade civil encontraria limite no dano, donde ressurgem uma premissa maior de justiça. Com efeito, “*Não têm aqui razão de ser as perplexidades, as preocupações com a limitação das liberdades de outrem, que alimentam as reservas em matéria de extensão da aplicabilidade dos remédios dirigidos contra o próprio dano em si mesmo (presente ou futuro); há uma necessidade indefectível de justiça, tendente à restauração de tal dano, à realização da proteção reintegradora do interesse certamente lesado*”<sup>695</sup>.

Ademais, em paralelo à teoria da diferença, para a qual segundo Paulo Mota Pinto “*o dano patrimonial é igual à diferença entre a situação patrimonial em que estaria o lesado se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação e a sua situação patrimonial estaria, atual (ou “no momento mais recente que puder ser atendido pelo tribunal”)*”<sup>696</sup>, há a indicação pela doutrina da identificação do dano como um elemento puramente normativo<sup>697</sup>, justamente para oferecer uma resposta à justificação da indenização pela privação de uso, por exemplo, e que, portanto, identificar-se-ia o dano apenas e quando algumas condicionantes de direito positivo previamente elencadas permitissem o reconhecimento do fenômeno no mundo dos fatos, outorgando-lhe a referida juridicidade.

A teoria dano normativo, em termos absolutamente sucintos, apresenta-se em um condão jurídico positivo passando a conceber como dano, algo que esteja previamente definido como tal pelo ordenamento jurídico ao passo em que cumpridor dos requisitos

---

<sup>695</sup> Idem. No original “*Qui non hanno ragion d’essere le perplessità, le preoccupazione circa la limitazione dell’altrui libertà, che alimentano le riserve circa l’estensione dell’applicabilità dei rimedi rivolti contro certo il danno medesimo (presente o futuro), vè un’esigenza indefettibile di giustizia, vòlta al ristoro di tale danno, alla realizzazione della tutela reintegratrice dell’interesse certamente leso*”

<sup>696</sup> PINTO, Paulo Mota. Dano da Privação do Uso. In **Responsabilidade Civil: Cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil**. Vol. II. Coimbra : Instituto Jurídico, 2018. p. 199.

<sup>697</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. Padova: CEDAM, 1930. p. 83. *In verbis*: “*Una soluzione a prima vista appagante è quella che tende a ricondurre i danni alla persona in senso stretto (e in particolare quelli di difficile valutazione economica ma non riducibili a mere sensazioni dolorose) in una categoria autonoma di danni, una sorta di tertium genus rispetto ai modelli tradizionali del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale. In Germania, questo indirizzo si è sviluppato soprattutto attorno alla nozione di «danno normativo» (normativer Schaden); In Italia esso si è tradotto nella categoria dei «danni personali». Si tratta di un indirizzo essenzialmente dottrinario) anche se in Italia ha avuto un certo seguito in giurisprudenza), la cui matrice è da rinvenirsi nella tradizionale concezione del danno come «lesione di un interesse protetto*”.

em lei estabelecidos. Ainda nesse contexto, a teoria do dano normativo revela-se de suma importância para a presente investigação ao passo em que a doutrina de origem tedesca supera a noção comparativa entre dois estados, um pré e outro posterior a uma conduta alegadamente deletéria, mas sim como eventual prejuízo experimentado ainda que destituído de valor patrimonial. Busnelli e Patti, ao apresentarem a teoria do dano normativo, fundada na experiência jurídica alemã, aduzem uma potencial colisão em alguns aspectos com a teoria da diferença. Nessa perspectiva, os autores definem o dano em termos conceituais, não como algo extra ou metajurídico a que cabe o mero reconhecimento pelo ordenamento, mas como elemento que se verifica somente quando assim o permitam as premissas legais<sup>698</sup>.

O dano normativo, portanto, como assevera a doutrina Alemã, em especial por Selb<sup>699</sup> a noção do dano normativo tem como escopo primordial a desvinculação do fenômeno jurídico de seu aspecto naturalista, passa a ser compreendido “*como um recurso de fato legalmente moldado. Dano e perda, portanto, não podem ser tirados da vida, mas tomados da respectiva finalidade da norma*”<sup>700</sup>

Voltando ao escopo do trabalho presente, consubstanciado na análise dialógica da responsabilidade civil e da direito ambiental – a qual necessariamente demandará a identificação do dano –, a teoria do dano normativo assume relevância ao permitir, em sua vertente mais drástica, a configuração de um dano sempre que haja violação de uma lei. Exemplificando tal preceito, Francesco Busnelli e Salvatore Patti afirmam que, mesmo na hipótese de entrada não autorizada em determinado imóvel, poder-se-ia identificar uma “[...] violação prejudicial da regra de proteção do interesse do

---

<sup>698</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busnelli; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 15. No original: “*Una diversa teoria, parimenti elaborata nell’esperienza tedesca e che soltanto per alcuni aspetti si contrappone a quella della “differenza” afferma che il danno non è un dato extra giuridico, semplicemente riconosciuto dall’ordinamento giuridico. Il danno, piuttosto, è tale, in senso giuridico, solo in quanto ricorrono i presupposti, stabiliti dalla legge, che consentono di considerare la lesione quale danno. Quindi, si pure la legge si ricollega ad un concetto pregiuridico di danno, il giudizio sull’esistenza e sul contenuto del danno è prenatalo da elementi di tipo giuridico: si tratta pertanto di un concetto ‘normativo’*”.

<sup>699</sup> SELB, Walter. **Schadensbegriff und Regressmethoden**, Heidelberg : Winter, 1963. p. 11. No original: “*den Schaden aus einer naturalistischen Betrachtungsweise zu befreien und ihn den Zwecken der Haftungsnormen besser dienstbar zu machen, d.h. ihn mehr und mehr normativ zu verstehen*”

<sup>700</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas. **Schuldrecht**. Berlim : Der Gruyter Recht, 2006. p. 298. No original: “*begreifen den Schaden als rechtlich geformtes tatbestandmerkmal. Schaden und Schadensumfang kann daher nicht dem Leben abgelauscht, sondern num dem jeweiligen Normzweck entnommen werden*”

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

proprietário”<sup>701</sup>. Logo, sob a perspectiva normativa, o dano estaria vinculado a um comportamento contrário ao direito.

Ocorre que nem todos os comportamentos contrários aos direitos de um determinado indivíduo poderiam ser identificados como aptos a justificar a emergência do dever de indenizar. Afinal, por um lado, para ser compensável, o dano deve estar causalmente ligado a um comportamento antijurídico; por outro, nem todo o comportamento antijurídico determina o nascimento de um dever de compensação.

Isso porque é necessário que a conduta, além de violar a norma protetora de um interesse, produza efetivamente uma lesão, isto é um efeito deletério à esfera jurídica de um determinado indivíduo, em outras palavras, de minoração ou dilapitação na esfera jurídica do detentor do interesse legalmente protegido, podendo, segundo Busnelli e Patti, pese embora possíveis críticas à afirmação, ser resultado de um “simples perigo de dano” (*eventualmente collegata al semplice pericolo di danno*)<sup>702</sup>.

A ideia exposta pelo dano normativo conduz portanto à uma pretensa solução ao problema ora colocado em exame no sentido de pretensamente veicular a ideia acerca de inexistência da identificação da noção jurídica e necessária à conformação do dever de indenizar de dano quando constatado no mundo fenomênico apenas a transgressão de um ou vários dos assim denominados “deveres de proteção”. A tese recorrente identifica esta transgressão não como um dano, mas puramente como um comportamento antijurídico. A questão ganha especial relevância quando da identificação da relevância dos sobreditos direitos deveres de proteção de uma sociedade complexa como alhures nesta obra observado, porquanto tais normas tendem ou ao menos assumidamente conformam-se no sentido de conduzir à uma igualdade material entre posições jurídicas naturalmente díspares, inclusive no tocante ao direito de personalidade e sua componente ambiental.

---

<sup>701</sup> Ibidem, p. 16. No original: “*La posizione più estrema è quella che ravvisa la presenza del danno in ogni caso di violazione del diritto. Così, ad esempio, nel caso di ingresso abusivo nel fondo altrui ci sarebbe sempre una «dannosa violazione della norma protettiva dell’interesse del proprietario», per cui in ogni caso risulterebbe pregiudicato l’interesse del proprietario a conservare il bene per il proprio uso esclusivo senza subire invasione da parte di terzi*”.

<sup>702</sup> Idem. No original: “*Da quanto detto consegue che se da un lato il danno, per essere risarcibile, deve essere causalmente collegato ad un comportamento antigiuridico, dall’altro non ogni comportamento antigiuridico determina la nascita di un obbligo di risarcimento, essendo a tal fine necessario che il comportamento, oltre a violare la norma protettiva dell’interesse, abbia in concreto prodotto un pregiudizio, cioè una diminuzione patrimoniale (eventualmente collegata al semplice pericolo di danno) nella sfera del titolare dell’interesse giuridicamente tutelato*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

O tema do dano normativo afeto à questão ambiental toca, necessariamente, à identificação da intercomunicação entre os aqui assumidos como deveres/deveres de protecção e o direito de responsabilidade civil de modo a permitir ou ainda a fomentar a discussão sobre a instrumentalidade do contexto normativo. Ao assumir como dano normativo o desrespeito de um dever de protecção, o tema assume contornos relevantíssimos ao presente trabalho, porquanto potencialmente vinculador não de uma responsabilidade civil sem dano, mas sim como uma abordagem conceitual de dano diferenciada e atentas às peculiaridades da tessitura social.

Não se desconhece, contudo, ser prevalecente na doutrina e na jurisprudência a limitação conceitual da figura do dano à lesão a um bem jurídico, de modo a restringir a sua acepção e identificação enquanto pressuposto do dever de indenizar a um cunho meramente naturalístico e desta forma, sufocando a adoção de entendimento jurídico permissivo à emergência do dever de indenizar quando da identificação de mera conduta de desrespeito aos direitos de protecção ou de interesses protegidos por elas. Nos termos do que afirma Paulo Mota Pinto, “*O interesse surge como utilidade que, uma vez suprimida, dá azo ao dano*”<sup>703</sup>. Aqui tem-se portanto uma vinculação do dano ao interesse. Tal posição, inclusive, fora positivada pelo ordenamento português com inspiração na disciplina civilista alemã, como observa-se do art. 483º/1 do Código Civil Português<sup>704</sup> e § 823,2, do BGB.

Para alguns doutrinadores, a ideia exposta pelo dano normativo, portanto, cingir-se-ia na identificação de que a simples transgressão e desrespeito à posições vantajosas outorgadas pelo direito, como no caso do direito ambiental, o dever de adoção pelos potenciais poluidores de um comportamento marcado por uma atitude precaucional, porquanto também violador de uma esfera densificada da personalidade humana fazem emergir o dever de indenizar, ainda que não observado no campo dos fatos o dano naturalístico historicamente assumido como base insuperável da edificação do dever de indenizar.

A violação do princípio da precaução na esfera ambiental, na ótica do dano normativo, porquanto vinculado à defesa de posições jurídicas protetivas afetas à

---

<sup>703</sup> PINTO, Paulo Mata. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 528.

<sup>704</sup> ARTIGO 483º (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

personalidade, tal qual alhures já demonstrado, daria ensejo à identificação de um dano ressarcível por meio da responsabilidade civil. Todavia, tal entendimento não merece ecoar. Como preleciona Giselda Hironaka<sup>705</sup>:

Afinal de contas, seria um absurdo pensar que a ordem jurídica entendesse que toda a hipótese de realização de uma atividade humana com exposição ao perigo fosse nefasta à sociedade em princípio, e que o banimento de toda a ingerência perigosa fosse a meta de uma ordem perfeita. O que se procura, com um sistema aperfeiçoado de responsabilidade civil não é, obviamente, evitar todo o perigo, o que seria impraticável, inviável e inimaginável; a finalidade objetivada seria, isto sim, a diminuição do dano

A questão do dano como violação de um bem ou interesse acaba por se confundir, dado que o estabelecimento de uma noção jurídica de dano ou “dano normativo” implica confusão ou identidade dos conceitos de bem e interesse. Assim, uma vez abandonada a referência ao patrimônio do sujeito, o dano passa a ser entendido em termos objetivos e, com isso, precisamente identificado com o evento prejudicial a um bem ou interesse. Com essa concepção, apontam Busnelli e Patti, visou-se oferecer “[...] apenas uma descrição 'sumária e empírica' do fenômeno em questão, já que não se limita a verificar quais são os perfis e conotações específicos do dano, que a lei considera injusto”<sup>706</sup>.

Mas, o que significa dano injusto<sup>707</sup>? A melhor doutrina indica claramente que essa expressão complementa uma cláusula geral, porque a escolha legislativa era delegar aos juízes a avaliação e a seleção de interesses dignos de proteção<sup>708</sup>.

---

<sup>705</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 54.

<sup>706</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busnelli; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 18. No original: “[...] una descrizione ‘sommatoria ed empirica’ del fenomeno in esame, poiché non si sofferma a stabilire quali siano i profili e connotati specifici del danno, che il diritto considera ingiusto”.

<sup>707</sup> CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile: regola e metáfora**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991. p. 12-13. *In verbis*: “Il dibattito, piuttosto, fino a oggi si era intrecciato tra una dottrina prevalente la quale, attribuendo al sintagma “danno ingiusto” la natura di clausola generale, è sembrata ritenere che la valutazione di ingiustizia operata dal giudice creasse hic et nunc la rilevanza giuridica di un interesse al tempo stesso in cui ne veniva accertata la lesione e chi invece, negando che di clausola generale si tratti, ha reputato che l'accertamento della lesione presupponesse l'esistenza di una situazione soggettiva, la quale allora andava reperita nella disciplina legislativa”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Logo, para a estrutura jurídica italiana, a configuração de um fato ilícito requer dois elementos básicos, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro consubstancia-se na culpa ou no dolo; já o segundo elemento se traduz no dano injusto, cuja delimitação conceitual é referenciada pela jurisprudência<sup>709</sup>. Importante destacar que a injustiça do direito civil da Itália diz respeito ao dano e não ao fato. De modo que, apesar de a jurisprudência italiana posterior à elaboração do Código Civil ter definido que o requisito da injustiça do dano tenha identidade com a antijuridicidade da conduta, a noção aferível nessa relevante demanda (apreensão da injustiça) comporta o abandono, ou ao menos o afastamento jurisprudencial, da tipicidade e do reconhecimento do fato ilícito no prejuízo de um direito subjetivo absoluto e, também, a descoberta das cláusulas gerais.<sup>710</sup>

A ideia de dano é necessariamente complexa.

Outro exemplo trazido pela doutrina é a possibilidade de sua identificação, ainda que sejam inexistentes quaisquer danos efetivos, ou seja, apenas pelo tolhimento de uso do bem quando devolvido em momento posterior ao desejado ou devido, ainda que em perfeita integridade ou no estado que estava no momento anterior ao comportamento ilícito.

Nesse sentido, Busnelli e Patti afirmam que “O conceito de bem no contexto de uma correcta aplicação da lei da indemnização acaba por coincidir com o da protecção de interesses, conforme evidencia a admissão da indemnização por danos resultantes da retirada de um activo que não sofra danos e seja devolvido depois de um período de tempo. Neste caso, no entanto, é debatido se o dano compensável já é configurável pela simples remoção de uma "possibilidade de uso" do ativo e a resposta obviamente depende da disciplina que pode ser reconstituída com base na lei positiva.”<sup>711</sup>.

---

<sup>708</sup> VISINTINI, Giovana. **Trattato breve della responsabilità civile**. Terza Edizione. Padova: Cedam, 2005.

<sup>709</sup> Idem.

<sup>710</sup> Ibidem, p. 430. No original: “Direi, quindi, che l’allineamento che si può cogliere in questa materia all’interno dei tre modelli segna, da un lato, l’abbandono e il discostarsi da parte dei giudici da principio legislativo di tipicità e dal dogma tradizionale che ravvisava il fatto illecito nella lesione di un diritto soggettivo assoluto, e, d’altro lato, la scoperta delle clausole generali e l’uso delle tradizionali definizioni codicistiche sui fatti illeciti alla stregua appunto di clausole generali”.

<sup>711</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busnelli e PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 18. No original “Il concetto di bene nel quadro di una corretta applicazione della normativa sul risarcimento, finisce per coincidere con quello di interesse tutelato, come si evince dall’ammissione della risarcibilità del danno conseguente alla sottrazione di un bene che non subisce alcuna lesione e viene restituito dopo un certo



Essa ampliação no conceito de dano, trazida à ribalta do debate, nos termos aqui expressos pelos autores, escancara a crise da responsabilidade civil oriunda do exponencial incremento no número de demandas. Para esses autores, o aumento dos casos de responsabilidade civil deriva, invariavelmente, “[...] *dal moltiplicarsi delle posizioni giuridiche tutelate, dal quale è ovviamente derivata una Maggiore possibilità di violazioni rilevanti per il diritto*”<sup>712</sup>. Indo mais além, asseveram: o aumento dos danos considerados ressarcíveis, sobretudo no caso de ilícitos extracontratuais, ampliou o receio de uma nova crise da Responsabilidade Civil, fazendo emergir a crença na necessidade de alterações no sistema tradicional de responsabilização, nomeadamente por meio de novas sistemáticas de distribuição dos custos dos danos, primordialmente por meio de sistemas de seguros<sup>713</sup>.

Essa crise decorre do aumento de casos de responsabilidade civil oriundos da ampliação do conceito de dano, o que também implica uma crise na quantificação do dano. Esta segunda crise talvez tenha ainda mais relevância para o presente trabalho, porquanto envolve a mensuração do dano na esfera ambiental e, mais ainda, o estabelecimento do montante particular de uma lesão a um bem ontologicamente difuso como o meio ambiente. Sobre o tema, Busnelli e Patti observam, que “[...] como consequência de uma maior sensibilidade para a esfera dos lesados e das novas funções que devem ser atribuídas à responsabilidade civil, os métodos tradicionais de quantificação do dano, como a *Differenztheorie*, agora inadequado mesmo no ambiente que o viu nascer”<sup>714</sup>.

Ainda com relação à quantificação dos danos, é importante destacar as hipóteses positivadas de uma desvinculação entre indenização e extensão dos danos

---

*periodo di tempo. In questo caso si discute peraltro se sia configurabile un danno risarcibile già per la semplice sottrazione di una «possibilità di utilizzazione» del bene e la risposta dipende ovviamente dalla disciplina ricostruibile in base al diritto positivo”*

<sup>712</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>713</sup> Ibidem, p. 20. No original “[...] *ha fatto temere la crisi della responsabilità civile e ha indotto alcuni a ritenere indispensabile la correzione dei tradizionali sistema risarcitori con altri basati sulla previsione di limiti del danno da risarcire, in particolare nel caso di colpa lieve del responsabile, e soprattutto suggerire la loro sostituzione con diversi sistemi di ripartizione dei costi provocati dagli incidenti, basati in primo luogo sulle assicurazioni*”.

<sup>714</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busnelli e PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 98. No original: “*In conseguenza di una maggiore sensibilità per la sfera del danneggiato e delle nuove funzioni che si vogliono attribuire alla responsabilità civile, entrano in crisi i tradizionali metodi di quantificazione del danno, come ad esempio la Differenztheorie, giudicata ormai inadeguata perfino nell’ambiente che ne vide la nascita e ne decretò il successo*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

experimentados, a qual pode ser expressão do abandono do princípio da equivalência. Ou seja, a atual estrutura jurídica da Responsabilidade Civil não estará tão vinculada ao dano como costumava estar<sup>715</sup>, e conseqüentemente, “[...] também à luz da reação insuficiente do direito penal, tendemos a atribuir uma função punitiva à responsabilidade civil”<sup>716</sup>.

Segundo a disciplina da Lei Italiana nº 349, de 8 de julho de 1986, precisamente em seu art. 18, na hipótese de condenação por danos ambientais, a quantificação do dano era, primordialmente, o restabelecimento do *status quo ante* ao comportamento que o causara.

Todavia, em havendo impossibilidade de reintegração do bem ambiental, poderia o juiz condenar a pagar o equivalente em numerário. Porém, como uma precisa quantificação do dano ambiental é impossível, tal indenização era arbitrada tendo em consideração a gravidade da culpa, o custo necessário à recuperação da área degradada e o proveito econômico auferido pelo agressor em função de sua conduta ilícita<sup>717 718</sup>.

Diante desse cenário, já se poderia afirmar o risco relativo ao meio ambiente como um dano à pessoa?

A análise do dano, que também compreende a possibilidade da responsabilidade civil sem dano, objeto central do presente estudo, representa hoje o cerne do debate doutrinário no âmbito da ciência do direito que se debruça sobre o tema.

---

<sup>715</sup> Ibidem, p. 99. *In verbis*: “Tuttavia, si fa strada una tesi favorevole all’abbandono del principio dell’equivalenza, almeno in alcuni settori. Ciò perché, in caso contrito, la responsabilità civile rischia di no svolgere in modo adeguato i suoi compiti e di non soddisfare le aspettative dei consociati che, nel risarcimento del danno, vedono anzitutto uno strumento sanzionatorio, in grado non soltanto di reintegrare l patrimonio lesa ma anche di svolgere una funzione di prevenzione dell’illecito. Diviene così inevitabile l’interrogativo circa l’introduzione dell’istituto dei danni punitivi o esemplari”.

<sup>716</sup> Idem. No original: “[...] anche alla luce della insufficiente reazione del diritto penale, si tende ad attribuire alla responsabilità civile una funzione punitiva”.

<sup>717</sup> Idem.

<sup>718</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busneli e PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 101. No original: *Alla luce delle considerazioni svolte, si spiega la ratio della complessa normativa sul risarcimento del danno ambientale introdotta nell’ordinamento italiano nel 1986 e oggi contenuta nella parte sesta (artt. 299-318) del d.lgs 3 aprile 2006, n. 152. Inevitabili difficoltà di quantificazione si accompagnano all’esigenza di prevenire il compimento dell’illecito e di sanzionare adeguatamente il responsabile al fine di evitare il ripetersi dell’attività pregiudizievole. Ad una diversa sensibilità per l’ambiente che ci circonda, ad una nuova concezione del bene giuridico e ad una corrispondente scala di valori si adeguano inevitabilmente gli strumenti del risarcimento del danno: il giurista è chiamato ancora una volta ad interpretare non soltanto la norma ma altresì gli “orizzonti di attesa” della società*

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Nesse contexto, a avaliação do dano representa um terceiro estágio<sup>719</sup> de desenvolvimento da Responsabilidade Civil moderna, sucedendo ao primeiro estágio de superação da culpa como requisito indispensável de responsabilização, bem como de definição de critérios alternativos de imputação, e o segundo, de ampliação dos interesses protegidos.

---

<sup>719</sup> Para Francesco Busnelli e Salvatore Patti (idem, p. 41-42): “È questa, una terza ‘stagione’ di studi e di esperienze, da quando la scienza giuridica ha iniziato, circa venti anni fa, a dedicare un rinnovato interesse al settore, troppo a lungo trascurato, della responsabilità civile. Essa fa seguito a una prima ‘stagione’, caratterizzata dai tentativi rivolti al superamento della vecchia massima ‘nessuna responsabilità senza colpa’, e alla individuazione di criteri alternativi di imputazione del danno; e a una seconda ‘stagione’, contraddistinta dallo sforzo di ampliare l’ambito degli interessi protetti in caso di lesione, acantonando la tradizionale equazione tra il connotato della ingiustizia del danno e la lesione di un diritto soggettivo assoluto, a sua volta modellato sullo schema originario del diritto di proprietà”.

## 20. IMPLICAÇÕES NA RESPONSABILIDADE CIVIL

---

Não há dúvida de que somos responsáveis porque somos livres.

Suprimida a liberdade, esbate-se, em igual medida, qualquer possibilidade de imputação jurídica por atos/omissões. A lógica é de claríssima. Na medida em que não existam escolhas possíveis, condição verificada quando se suprime a nossa liberdade, não se pode atribuir a quem quer que seja qualquer responsabilidade. É precisamente desse raciocínio que se extrai a noção de excludentes de ilicitude, os quais, por exemplo, afastam o dever de indenizar em caso de legítima defesa. Assim, a responsabilidade consiste em responder por seus actos e, portanto, traz em seu âmago uma noção de liberdade, porquanto “Um poder irresponsável é tirânico e decadente, um indivíduo irresponsável é um fator de problemas e um ser humano diminuído. O homem livre é aquele que está ciente das conseqüências de suas ações e responde-lhes, e o mesmo se diga da sua dignidade: quem quer que fuja de suas responsabilidades e não assuma suas decisões é indigno da sua liberdade. Nietzsche poderia falar sobre o extraordinário privilégio da responsabilidade”.<sup>720</sup>.

Enquanto consequência dessa noção de responsabilidade civil como elemento de limitação de liberdades, a jurisprudência francesa define como seu propósito principal “[...] restabelecer com a maior precisão possível o equilíbrio destruído pelos danos e reconduzir a vítima, a expensas do responsável, à situação em que teria estado se o acto ilícito não tivesse ocorrido”<sup>721</sup>. Por sua vez, para a doutrina italiana, a definição mais exata da RC é aquela que concebe a situação de desvantagem atribuída ao sujeito e na qual o ordenamento jurídico transfere o ônus do dano privado por intermédio da

---

<sup>720</sup> MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Les obligations**. 6 édition. Paris: LGDJ, 2013. p. 9. No original « [...] à répondre de ses actes. Elle est une condition essentielle de la liberté: un pouvoir irresponsable est tyrannique et décadent, un individu irresponsable est un facteur de troubles et un être humainement diminué. L’homme libre est celui qui a conscience des conséquences de ses actes et en répond, il en va aussi de sa dignité: qui fuit ses responsabilités et n’assume pas ses décisions est indigne de sa liberté. Nietzsche a pu parler du privilège extraordinaire de la responsabilité ».

<sup>721</sup> FRANÇA. Cour de Cassation. Ex Cass. Civ 2, 28 oct 1954, bull. civ. II, n° 328 ; JCP G 1955.II.8765. No original “[...] rétablir aussi exactement que possible l’équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l’acte dommageable n’avait pas eu lieu ».

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

imposição de sua reparação, atribuindo ao causador do dano a responsabilidade, fazendo-o por meio da necessidade legal de suportar juridicamente este dever de indenizar<sup>722</sup>.

Também não se pode deixar de afirmar que, ao longo do tempo, a responsabilidade civil sempre representou “[...] terreno fértil para o trabalho de um intérprete empenhado em atender de maneira oportuna as exigências provenientes da consciência social”<sup>723</sup>. Nesse sentido, deve a consciência social contemporânea, necessariamente, identificar o cenário da massificação dos riscos em que está inserida.

Ora, se a finalidade da RC (limitadora da responsabilidade) é, conforme unanimemente demonstrado, restabelecer ou ao menos tentar reconstituir a situação em que estaria o lesado sem a verificação do ato danoso, seria um aparente contrasenso a pretensão científica de construção de uma responsabilidade apta a evitar a configuração do dano. Ou se pretende colocar o pretense lesado na situação em que estaria sem o dano, ou se impede a ocorrência deste por meio da responsabilização prévia do pretense lesante. Esta afirmação, contudo, não pode ser aceite sem restrições<sup>724</sup>.

Assim, a discussão acerca dos eventuais papéis atribuíveis à responsabilidade civil, conforme vimos nos capítulos anteriores deste estudo, assume contornos de extrema relevância na contemporaneidade, ocupando na sociedade “um lugar

---

<sup>722</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Volume Secondo. Milão: Giuffrè Editore, 1979. p. 15. No original: *ravvisa in essa la situazione di svantaggio del soggetto su cui l'ordinamento giuridico trasferisce l'onere del danno privato mediante l'imposizione della sua riparazione .... La stessa responsabilità consiste proprio nella sottoposizione alla detta reazione, nella necessità giuridica della sua sopportazione*

<sup>723</sup> ZIVIZ, Patrizia. **Il danno non patrimoniale**: evoluzione del sistema risarcitorio. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 10. No original “*il terreno elettivo ove poter dispiegare l'opera di un interprete attento a soddisfare in maniera tempestiva le esigenze provenienti dalla coscienza sociale*”.

<sup>724</sup> MORGANTE, Daniela. La responsabilità per dano all'ambiente. In: FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milano : Giuffrè Editore, 2009. p. 1841-1843. No original “[...] *un Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (23 marzo 1957) che non menzionava espressamente il bene dell'ambiente cominciò progressivamente ad affermarsi una consapevolezza vieppiù crescente dell'impatto dello sviluppo economico e industriale sull'ambiente e della necessità di perseguire il primario obiettivo del 'miglioramento della vita e del benessere generale' anche attraverso 'la protezione dell'ambiente' (Consiglio delle Comunità europee di Parigi 19-21 ottobre 1972), da perseguire sia attraverso presidi pubblicitari quali un sistema de controlli amministrativi e di standard di prevenzione per l'attività inquinanti o pericolose si attraverso strumenti privatistici tra i quali in particolari la responsabilità civile, utilizzata come mezzo di prevenzione, oltre che di ristoro, del danno ambientale*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

considerável. Suas extensões e sua transformação são consequência da sociedade industrial”<sup>725</sup>.

Uma vez estabelecido o fundamento da tutela privada do ambiente com base em um direito geral de personalidade, de assento materialmente constitucional, é imperioso retomar a já aqui explanada eficácia das normas constitucionais<sup>726</sup>. Tal teoria, como vimos, sugere a análise mediante a tese que avalia a eficácia das normas constitucionais fora da relação Estado-cidadão (vertical), ou seja, a eficácia entre terceiros que não o Estado (horizontal)<sup>727</sup>. A ideia é a de que a tutela de um direito fundamental seria parcial e insuficiente se não fosse aplicável a conflitos particulares<sup>728</sup>.

Nessa perspectiva, por exemplo, orientados pela lógica do *Drittwirkung* (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), não podemos corroborar a afirmação de que o princípio da precaução se limita a figurar como uma mera incitação à política legislativa, ou que a sua aplicação jurisprudencial é hesitante, sob pena de estimular o imobilismo. Isso porque, no estado atual do direito, o princípio da precaução deveria ter, aos olhos de parte da doutrina, a sua atuação limitada pelos custos financeiros da implementação prática de seus preceitos jurídicos normativos, de modo a evitar sua configuração como óbice intransponível a qualquer inovação<sup>729</sup>.

Contudo, pela lógica da ciência jurídica contemporânea, não há dúvida de que a função atribuível à responsabilidade civil é preponderantemente reparatória. Nesse sentido,

---

<sup>725</sup> MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Les obligations**. 6 édition. Paris: LGDJ, 2013. p. 9. No original « “[...] une place considérable. Son extension et sa transformation sont conséquence de la société industrielle”

<sup>726</sup> Nesse sentido: PATTI, Salvatore. **La tutela civile dell’ambiente**. Padova: Cedam, 1979. p. 41. *In verbis*: “L’individuazione del fondamento del diritto all’ambiente nella normativa costituzionale impone l’esame della questione relativa all’efficacia immediata nei rapporti privati delle norme costituzionali”.

<sup>727</sup> A teoria se divide entre a indirekte Drittwirkung e direkte Drittwirkung. Para a eficácia indireta a norma constitucional, sob pena de ameaçar a independência do direito civil, deveria limitar-se a preencher de conteúdo as normas civilísticas, e não aplicar-se diretamente às relações reguladas pelo direito civil.

<sup>728</sup> Nesse sentido, cfr PATTI, Salvatore. **La Tutela civile dell’ambiente**. Padova : Cedam, 1979. p. 45. *In verbis*: “La tutela di un diritto fondamentale sarebbe parziale ed insufficiente se essa fosse esclusa nei confronti delle violazioni che provengono dai consociati.”

<sup>729</sup> MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Les Obligations**. 6 édition. Paris : LGDJ, 2013. p. 9. No original : “Dans l’état actuel du droit, ce principe de précaution ne constitue pas une règle et se borne à être une incitation à la politique législative qui devrait en limiter la portée pour tenir compte de son coût financier. ... La jurisprudence hésite à l’appliquer en matière médicale, en raison du risque d’immobilisme : la précaution peut empêcher toute innovation car, se nourrissant d’un risque imaginaire, elle suscite des peurs proches de l’obscurantisme”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Adriano De Cupis afirma que o fim da RC é reparatório e nada mais que reparatório. Assim, o dano não é apagado do mundo dos fatos, pois isso seria impossível (*quod factum est, infectum fieri nequit*). A repressão a que se destina diz respeito à substância, ao conteúdo prejudicial do dano, não à realidade histórica de sua ocorrência e, portanto, a mesma repressão só pode consistir em remediar o dano reparando-o<sup>730</sup>.

Contemporaneamente, porém, esta afirmação merece uma interpretação crítica, como a realizada, por exemplo, pela análise econômica do direito. Essa interpretação, ainda que bastante questionável, tende a forçar as estruturas jurídicas a alcançar o bem-estar social, vinculando a responsabilidade à gestão mediante o uso eficiente de recursos e a uma alocação racional de riscos e custos de acidentes, assim como reconduzir a imputação do dano da personalidade do lesante à sua socialização<sup>731</sup>. A eficiência é alcançada quando o conflito, que surge como resultado da quebra de contrato ou esgotamento do ato ilegal, é excepcionado ao menor custo possível para a comunidade<sup>732</sup>.

---

<sup>730</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno: Teoria generale della responsabilità civile**. Volume Secondo. Milão : Giuffrè Editore, 1979. p. 16. No original: “*Il fine della responsabilità civile è riparatorio, e nulla più che riparatorio. Con essa il danno, avente certezza d’esistenza e non impedibile, non è cancellato dal mondo dei fatti, poiché ciò sarebbe impossibilità (quod factum est, infectum fieri nequit). La repressione, cui essa è intesa, concerne la sostanza, il contenuto pregiudizievole del danno, non la realtà storica del suo accadimento: e quindi, la stessa repressione non può consistere che nel rimediare al danno riparandolo*”.

<sup>731</sup> Nesse sentido: MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Les obligations**. 6 édition. Paris: LGDJ, 2013. p. 36. In verbis : “*Pendant longtemps, on a considéré que le dommage qui ne résultait pas de la faute d’autrui constituait un risque, comparable à un événement fortuit, et qu’il devait demeurer la charge de celui qui l’avait subi, la victime : à celui que le sort a frappé, il appartenait d’en supporter es coups. L’aggravation des risques dont une personne est aujourd’hui menacée a créé le sentiment qu’il était injuste de laisser à la victime désignée ar le sorte la charge définitive du préjudice. Afin d’y échapper, deux procédés complémentaires ont été employés. D’une part, on étend le champ de la responsabilité personnelle en l’admettant dans des cas plus fondés sur la création d’un risque que sur la faute (création prétorienne de la responsabilité du fait des choses, législations sur les accidents de la circulation, création prétorienne d’une responsabilité générale du fait d’autrui, extension de la responsabilité des parents du fait des dommages causés par leur enfant, etc.) D’autre part, le financement du coût inhérent à la réparation des dommages causés résultant de tels risques est réparti sur une collectivité: ce qu’on appelle ‘la socialisation des risques’. Le législateur et la jurisprudence y parviennent en employant trois procédés. Le premier fait appel à la technique de l’assurance de responsabilité ; le droit adopte la théorie du risque car l’extension corrélative de responsabilité reste financièrement supportable dans la mesure où sa charge se répartit entre les assurés: l’assurance facultative voire obligatoire est alors le complément de la responsabilité fondée sur le risque. Dans une deuxième optique, la socialisation des risques est prise en charge directement par la Sécurité sociale (ou d’autres)*”.

<sup>732</sup> BUSNELLI, Francesco D. Busneli; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 22. No original “*L’analisi economica del diritto – secondo le affermazioni più ricorrenti – serve al conseguimento del benessere sociale, collegato ad un “efficiente” utilizzazione delle risorse e ad una razionale allocazione dei rischi e del costo degli incidenti. L’efficienza si consegue quando il conflitto, nato a seguito* Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Nessa perspectiva, o único parâmetro de uma responsabilidade focada no dano é a ideia do dano em si; por isso, é irrelevante o eventual proveito econômico do lesante<sup>733</sup>:

É importante destacar que a visão da vinculação da emergência do dever de indenizar com o dano, de modo a estabelecer este último como uma *conditio sine qua non* para a consequente indenização derivada da responsabilidade civil, faz a RC sucumbir frente à ausência do dano. Ou seja, ignora por completo aspectos que, muito embora externos e alheios ao dano, com ela (a indenização) diretamente se relacionam, podendo, sob todos os prismas de orientação e até mesmo pelo direito positivo, estar superada.

A própria ideia de justiça, não permite que se estabeleçam padrões de responsabilidade civil, os quais, divorciando-se de circunstâncias que para ela relevantes, acabam por ofender a própria teleologia ou teleonomologia do instituto. Assim, ao definir critérios que falseiam a finalidade do direito, configuram a responsabilização como um real fomento do desrespeito pelo direito e como o cometimento de novos danos, mormente em uma sociedade cujos padrões morais de respeito e responsabilidade sucumbem frente a uma noção de acumulação de riqueza.

Nesse sentido, a projeção do dano deve sim ser sopesada pela ciência jurídica da RC como forma de garantir sua finalidade, em especial a função repressiva. Isso faz com que o escárnio do direito não se resulte em atividade lucrativa, como é o caso das constantes violações de direitos da personalidade em prestígio ao mercado editorial.

Isso significa atribuir um caráter comumente sancionatório à responsabilidade civil. Neste contexto: “Como a antijuridicidade é um elemento normal de qualificação do dano em um sentido jurídico, a reação jurídica em que a responsabilidade civil consiste, normalmente confrontando um dano antijurídico, assume com correlativa normalidade

---

*dell'inadempimento del contratto o de compimento dell'atto illecito, si supera con il minor costo possibile per la collettività”*

<sup>733</sup> DE CUPIS, Adriano, op. Cit., p. 16: “Avendo finalità puramente riparatoria, la responsabilità civile non subisce l'influenza del vantaggio eventualmente conseguito dal responsabile coll'arredamento del danno. Non importa che tale vantaggio sia superiore al danno arrecato: anche in questa eventuale ipotesi, la responsabilità civile è intesa a realizzare la riparazione del danno, e nulla più: per l'appunto, che il menzionato vantaggio superi il danno, costituisce una circostanza irrilevante, incapace di modificare, aggravandola, la reazione contro il danno, costituita dalla responsabilità civile. D'altra parte, neanche importa che il detto vantaggio – arricchimento – non esista o sia inferiore al danno arrecato: poiché la responsabilità civile, fondata semplicemente sul danno, è volta alla riparazione di questo, semplicemente considerato, e non alla sua riparazione nel limite dell'arricchimento”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



um carácter sancionatório”<sup>734</sup>. Sem embargo, sob uma ótica funcional do direito da RC e *prima facie*, isso não nos permite inviabilizar outras funções atribuíveis ao instituto, em particular porque, nessa perspectiva, o direito tende a “[...] avaliar as regras de acordo com as metas que perseguem e os resultados que pretendem alcançar”<sup>735</sup>.

## 20.1 O Ressarcimento como Objetivo da Responsabilidade Civil

A análise da origem histórica do ressarcimento enquanto objetivo central da RC<sup>736</sup> demanda a demonstração das relações entre o conceito de pena privada e o ressarcimento. Este último, como já se indicou, tem como seu cerne a noção de identificação a noção de equivalência econômica. Esta, por sua vez, configura-se como núcleo essencial da noção de compensação<sup>737</sup>, estando na origem, como descreve Adriano De Cupis, do que hoje se convencionou denominar responsabilidade civil: os prejuízos suportados por alguém eram “respondidos” por um sistema de marcas penalistas e aflitivas, com conotação privada, de modo que a pessoa do ofensor sofria as consequências do ato lesivo.

Só em momento posterior o sistema passou a contemplar uma retribuição pecuniária, em regra por meio de um sistema de múltiplos, o que, contudo, não significou o pleno afastamento de um sistema penal. Também porque a noção dos múltiplos revela um potencial nitidamente aflitivo e punitivo<sup>738</sup>.

---

<sup>734</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Volume Secondo. Milão: Giuffrè Editore, 1979. p. 17. No original: “*Poiché l’antigiuridicità è normale elemento di qualificazione del danno in senso giuridico, la reazione giuridica in cui consiste la responsabilità civile, normalmente rivolgendosi contro un danno antigiuridico, assume con corrispondente normalità carattere sanzionatorio*”.

<sup>735</sup> ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**. Roma: Laterza, 2003. p. 289. No original: “[...] a valutare le regole a seconda degli scopi da esse perseguite e dai risultati che con il otro impiego si intendono raggiungere”.

<sup>736</sup> DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 233: “*Che il sacrificio del responsabile a seguito e per effetto della violazione della norma protettiva del lesio interesse: donde l’impossibilità di negargli natura sanzionatoria*”.

<sup>737</sup> Idem.

<sup>738</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Volume Secondo. Milão: Giuffrè Editore, 1979. p. 230. No original “*Negli stadi meno evoluti della storia del diritto la reazione al danno subito dall’individuo ebbe carattere afflittivo e penale: talché, corrisponde a tali stadi storici la cospicua applicazione dell’istituto della pena privata. Istituto che subì la* Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Logo, somente em uma fase posterior, a reação ao dano privado foi despojada de seu caráter aflitivo e penal, assumindo uma função puramente reparatória<sup>739</sup>. De resto, a preocupação com a repressão do ilícito exclui a compensação desses limites, introduzindo nele um elemento criminoso que contrasta com sua natureza<sup>740</sup>. Nessa direção, segue a lição da doutrina italiana<sup>741</sup>.

Acompanhando esse entendimento, Philippe Malaurie, Laurent Aynés e Philippe Stoffel-Munck observam que ter-se em conta que “[...] a responsabilidade civil é assim dominada pela idéia de justiça comutativa; é apenas uma questão de devolver o que foi perdido para que a vítima esteja finalmente livre do dano, que ele seja compensado”<sup>742</sup>. O dano deve ser a medida da reparação. Nesse sentido, é preciso salientar que a RC é, na contemporaneidade, substancialmente diferente da responsabilidade penal. A primeira (civil) não tem como sua função preponderante a compensatória. Ou seja, apenas o dano é a medida da indenização. Isso fica bastante claro enquanto regra quando se verificar uma distorção entre a culpa e o dano<sup>743</sup>.

---

*seguinte evoluzione; dalla rappresaglia individuale compiuta sulla persona della reo, prima completamente abbandonata a se stessa, e poi disciplinata nel regime del taglione, si passò al sistema della composizione pecuniaria, il cui ammontare fu solitamente determinato col criterio del multiplo. Il carattere penale non andò perduto attraverso tale evoluzione: invero, lo stesso criterio del multiplo rivela il fine afflittivo, proprio della ragione penale e soverchiante quello riparatorio; l'esorbitante utile conferito al danneggiato era un riflesso della realizzazione di tale fine afflittivo (punitivo)”*

<sup>739</sup> *In verbis*: “Solamente in una ulteriore e successiva fase evolutiva del diritto la reazione al danno privato si spogliò del suo carattere afflittivo e penale, assumendo funzione puramente riparatoria” (ibidem, p. 230).

<sup>740</sup> *Ibidem*, p. 232. *In verbis*: “La preoccupazione di reprimere l'illecito fa esorbitare il risarcimento da tali limiti introducendo in esso un elemento penale contrastante colla sua natura”.

<sup>741</sup> *Idem*. No original: «Tuttavia pura vendo un fine meramente riparatorio, lo stesso risarcimento è una sanzione: invero, sia pure per tale fine, esso è imposto al responsabile dell'ingiusta lesione dell'interesse, e grava su lui siccome sfavorevole conseguenza della violazione della norma protettiva dello stesso interesse. È artificioso il separare la violazione del diritto dal danno, al fine di negare che il risarcimento, concernendo il danno, sia una sanzione. Invero, l'antigiuridicità è un attributo del danno; ed il risarcimento concerne non il danno en sé e per sé considerato, il danno, cioè, che, avendo ad oggetto un tale interesse, presuppone la violazione della norma protettiva del medesimo: e quindi lo stesso risarcimento ha natura sanzionatoria”

<sup>742</sup> MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Les obligations**. 6 édition. Paris: LGDJ, 2013. p. 123. No original “[...] la responsabilité civile est ainsi dominée par l'idée de justice commutative; il s'agit seulement de rendre ce qui a été perdu de sorte que la victime soit finalement indemne du dommage, qu'elle soit indemnisée”.

<sup>743</sup> MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Les obligations**. 6 édition. Paris: LGDJ, 2013. p. 123. No original: “À la différence de la responsabilité pénale, la responsabilité civile n'a pas de fonction rétributrice, proportionnant la sanction à la faute. La distorsion est particulièrement saisissante lorsqu'une faute grave entraîne un faible préjudice ou

Sem embargo, cumpre destacar que o direito anglo-saxão não obedece de forma tão fiel à vinculação francesa entre dano e indenização. As indenizações superiores aos prejuízos tradicionalmente veiculados como danos punitivos – e, para nós, de melhor forma traduzidas como indenização punitiva (*aggravated* ou *exemplary damages*) – são viáveis sempre que a função sancionatória da RC assumir papel preponderante. A ideia também se faz presente nos *restitutionary damages*, ou indenizações restituidoras, cuja desvinculação quantificada do dano colima reverter o proveito econômico ao lesado<sup>744</sup>:

Há na experiência anglo-saxã, portanto, uma inequívoca desvinculação pontual e excepcional da função ressarcitória da responsabilidade civil. Soma-se a isso, como já indicou Patrizia Ziviz, o fato de que a visão ressarcitória baseada na concepção bivalente entre dano patrimonial e não patrimonial é insuficiente para garantir a proteção aquiliana da personalidade humana, assim como o esquema tradicional subordina a salvaguarda da personalidade a um processo de patrimonialização forçada<sup>745</sup>. Tal dinâmica acaba por limitar seu ressarcimento, sendo patente também a configuração de uma função compensatória à Responsabilidade Civil<sup>746</sup>. Segundo a autora, além dos problemas teóricos, o sistema de compensação tradicionalmente atribuível à responsabilidade civil acarreta uma ineficácia ínsita, uma deficiência central, que diz respeito à sua inaptidão para garantir o padrão de proteção exigido na contemporaneidade. Isso em virtude da sua vertente essencialmente patrimonialista, incapaz de refletir as exigências de uma noção alargada de personalidade<sup>747</sup>.

---

*qu'une faute légère entraîne un préjudice étendu. Peu importe, seul le préjudice est la mesure de la réparation. Il doit être intégralement réparé, ni plus ni moins*".

<sup>744</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>745</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>746</sup> ZIVIZ, Patrizia. **Il danno non patrimoniale**: evoluzione del sistema risarcitorio. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 315-316: “*La funzione compensativa verrà in questo ambito ad esplicitarsi secondo meccanismi peculiari. Essendo impossibile determinare il valore monetario delle conseguenze negative risentite dalla vittima attraverso il riferimento al mercato, la traduzione in denaro avviene il ricorso ad una serie di indicatori convenzionali, individuati in sede giurisprudenziale. A fronte del danno non patrimoniale la corresponsione di una somma di denaro non può riportare il danneggiato nella situazione antecedente l'illecito; l'impovertimento non economico non appare suscettibile di ripristino e, pertanto, rimarrà inevitabilmente a carico del danneggiato. Ciò posto, a compensazione di tale perdita, la vittima verrà arricchita sul versante patrimoniale, in maniera proporzionale alla compromissione non economica patita. Si procede, pertanto, ad un bilanciamento tra entità non omogenee: la somma corrisposta al danneggiato rappresenta, infatti, una misura convenzionale attraverso la quale vengono indennizzate le conseguenze sfavorevoli di carattere non patrimoniale*”.

<sup>747</sup> Ibidem, p. 41. No original “[...] la carenza principale – che emerge in ordine al sistema risarcitorio tradizionale – riguarda l'inadeguatezza di fondo dello stesso a fronte delle esigenze di protezione aquilana della persona. Trattandosi di un modello dominato da una logica  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

No mesmo sentido, afirma Ziviz: “A proteção oferecida pela responsabilidade civil extracontratual à pessoa acaba sendo mediada, em grande parte, pela preservação da integridade do patrimônio da vítima”<sup>748</sup>. A ideia é demonstrar como o funcionamento do sistema aquiliano é operacionalizado com o objetivo de assegurar a plena proteção da pessoa humana, abandonando uma leitura patrimonialística da sua tutela e, eventualmente, uma função eminentemente reparatória atribuível à Responsabilidade Civil. O aparecimento do dano biológico entendido como o impacto negativo que a lesão à saúde determina na esfera pessoal da vítima<sup>749</sup>, por exemplo, é bastante indicativo dessa noção, na medida em que procura reflectir a mera potencialidade lesiva do comportamento ilícito<sup>750</sup>.

O questionamento da contemporaneidade é, por conseguinte – em caso de resposta afirmativa à pergunta anterior (possibilidade de responsabilidade civil sem dano) – em que medida a mera eventualidade de um dano pode reconfigurar as estruturas da Responsabilidade Civil, fazendo surgir por si só uma lesão objeto de tutela pelo direito da responsabilidade civil<sup>751</sup>.

---

*strettamente patrimonialistica, quest'ultima si è dimostrata del tutto inadatta a soddisfare le istanze di tutela della persona progressivamente manifestatesi nella realtà sociale”.*

<sup>748</sup> Idem. No original: “La protezione aquiliana della persona finisce per essere mediata, in larga parte, attraverso la conservazione dell'integrità del patrimonio della vittima”.

<sup>749</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>750</sup> Ibidem, p. 56-57: “Una diversa strategia – fatta propria dai giudici, coll'intento di nobilitare la categoria del danno biologico oltre il perimetro del torto lesivo della salute – ha trovato il proprio campo di applicazione elettivo nel settore delle immissioni sonore intollerabili. Qui il risarcimento della figura in questione è stato, spesso, riconosciuto a fronte della mera potenzialità lesiva del comportamento illecito; nel prescindere dall'accertamento circa l'effettivo verificarsi di una patologia, viene infatti considerata sufficiente ai fini risarcitori la generica pericolosità che – nei confronti dell'integrità psico-fisica – riveste il fenomeno immissivo. In questa prospettiva si è collocata – ad esempio – la Corte d'Appello di Milano: la quale, con riguardo ad un caso di immissioni sonore provenienti da una stabilimento industriale, condivide le conclusioni raggiunte dai giudice di primo grado, che avevano attribuito il risarcimento del danno biologico ai componenti di un nucleo familiare abitante nelle vicinanze del complesso, pur mancando la dimostrazione di uno stato patologico in capo agli stessi. Il collegio osserva che “le immissione sonore, nell'ipotesi in cui eccedono la normale tollerabilità, costituiscono di per sé, anche in mancanza di un vero e proprio stato patologico, una lesione del diritto alla salute, inteso quest'ultimo nel senso più ampio di diritto al benessere psico-fisico e, quindi, alla salubrità dell'ambiente in cui il soggetto vive e svolge la propria attività lavorativa; la sottoposizione continuativa a rumori disturbanti rappresenta “una causa di costante irritazione psichica e di tensione, situazione che, anche a prescindere dall'esistenza di una codificata ipotesi patologica, integra una illegittima e grave menomazione del diritto a un ambiente di vita idoneo a consentire un accettabile livello di benessere psicofisico”

<sup>751</sup> ZIVIZ, Patrizia. **Il danno non patrimoniale: evoluzione del sistema risarcitorio**. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 57. *In verbis*: “Il riscontro circa la mera potenzialità dannosa del comportamento del danneggiante viene considerato sufficiente a far presumere l'esistenza di

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

## 20.2 Direitos de Personalidade, Perigo de Dano Ambiental e Responsabilidade Civil

A primeira premissa que deve balizar esta fase da investigação reside na afirmação de que proteger o meio ambiente “[...] *não é o mesmo que proteger componentes individuais ou aspectos do relacionamento homem/cosmos [...]*”<sup>752</sup>, devendo necessariamente abranger aspectos intrinsecamente ligados à personalidade humana e à plenitude que dela se espera, como o meio ambiente cultural e o meio ambiente urbano. Segundo Salvatore Patti, o interesse concernente ao meio ambiente apresenta-se com características próprias dos direitos de personalidade e, simultaneamente, do direito de propriedade. Em suas palavras, “[...] seu conteúdo coincide com interesses diferentes, que constituem direitos autônomos da personalidade”<sup>753</sup>. Mais adiante, afirmando que nos direitos da personalidade o bem tutelado é inerente à pessoa do titular, o autor indica que o direito ao meio ambiente parece ter como objeto algo externo à pessoa, à realidade que a cerca<sup>754</sup>: “De fato, a proteção encontra-se diretamente com a pessoa, como acontece nos outros direitos da personalidade, já que apenas um ambiente saudável permite levar uma existência digna e o desenvolvimento normal da personalidade”<sup>755</sup>.

A personalidade humana é protegida como um todo por um direito geral que constitui fundamento e serve para completar os direitos individuais da personalidade, reconhecidos especificamente em um dado momento histórico, referindo-se a toda a forma de realização e manifestação da personalidade.

Nessa perspectiva, diz Patti, a personalidade humana é “[...] protegida como um todo por um direito geral da personalidade que constitui o fundamento e serve para completar os direitos individuais da personalidade reconhecidos em um dado momento

---

*una lesione dell'integrità psico-fisica e a giustificare, di conseguenza, il risarcimento del danno biologico”.*

<sup>752</sup> TOMMASINI, Raffaele. **La responsabilità civile nel terzo millennio**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 367. No original “[...] *non è lo stesso che proteggere singole componenti o aspetti della relazione uomo/cosmo*”.

<sup>753</sup> PATTI, Salvatore. **La Tutela civile dell'ambiente**. Padova: Cedam, 1979. p. 30. No original: “[...] *i suoi contenuti coincidono con interessi diversi, che costituiscono autonomi diritti della personalità*”.

<sup>754</sup> Idem.

<sup>755</sup> PATTI, Salvatore. **La Tutela civile dell'ambiente**. Padova: Cedam, 1979. p. 31. No original: “*La tutela inerisce infatti direttamente alla persona, come avviene negli altri diritti della personalità, poiché soltanto un ambiente salubre permette di condurre un'esistenza dignitosa ed il normale svolgimento della personalità*”.

histórico, referindo-se a qualquer forma de realização e manifestação da personalidade<sup>756</sup>.

Está em causa a expressão de uma *allgemeines Persönlichkeitsrecht* do direito alemão, que chegou a ser denominada por Geiger como *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung*<sup>757</sup>, ou ainda de um *droit général de la personnalité* francês. Na mesma direção, não pode deixar de ser referenciada a obra de Capelo de Sousa, acerca de um direito geral da personalidade. Como o tema específico aqui abordado é o do direito da responsabilidade civil, é importante destacar que a concepção e consagração pelos mais variados ordenamentos jurídicos de um direito geral de personalidade e sua inerente fluidez e maleabilidade de conformação histórica conduz a uma ampliação das hipóteses de emergência do direito/dever de indenização, com especial destaque para o direito ambiental<sup>758</sup>, compreendido como componente dessa personalidade:

*Como vimos, a ampla disposição legal referente aos direitos da personalidade permite a adaptação do sistema às novas exigências. Em última análise, o valor protegido é a pessoa e a tarefa do intérprete consiste em identificar as novas prerrogativas da pessoa, correspondentes às necessidades determinadas pelo desenvolvimento econômico-social e pelas conseqüências negativas que ele acarreta, e as ferramentas apropriadas para garantir a sua realização<sup>759</sup>.*

No tocante ao tema da aferição e configuração do dano ambiental compreendido em seu sentido amplo, o qual inegavelmente também implica em dano à personalidade humana, como aqui várias vezes se indicou, mais uma vez se fez referência à teoria da

---

<sup>756</sup> Ibidem, p. 32. No original: “[...] tutelata nel suo complesso da un diritto generale della personalità che costituisce il fondamento e serve a completare i singoli diritti della personalità riconosciuti in un dato momento storico, facendo riferimento ad ogni forma di realizzazione e manifestazione della personalità”.

<sup>757</sup> Nesse sentido confrontar obra de mesmo nome

<sup>758</sup> Ibidem, p. 34: “Il diritto generale della personalità semplificherebbe inoltre le questioni – sopra ricordate – relative al risarcimento del danno nelle fattispecie riguardanti lesioni subite dalla persona, consentendo un ampliamento delle fattispecie generatrici di responsabilità.”

<sup>759</sup> Ibidem, p. 39. No original „Come abbiamo visto, l’ampia previsione normativa relativa ai diritti della personalità permette peraltro l’adeguamento del sistema alle nuove esigenze. In ultima analisi, il valore tutelato è la persona ed il compito dell’interprete consiste nell’individuare le nuove prerogative della persona, rispondenti alle esigenze determinate dallo sviluppo economico-sociale e dalle conseguenze negative che esse comporta, e gli strumenti adatti a garantire la loro realizzazione”.

diferença de Mommsen<sup>760</sup>, que foi objecto das críticas formuladas. Essa visão, contudo, é retomada para efeito de análise, tendo por base a construção formulada neste capítulo no âmbito da definição inicial de dano ambiental e sua relação com a esfera privada, nomeadamente a responsabilidade civil por dano ao ambiente e, conseqüentemente, à personalidade humana. Efectivamente, como afirma Carlo Castronovo, a renovação da RC foi obtida antes com base em danos, não coincidindo mais com a lesão dos direitos subjetivos<sup>761</sup>. Ademais, observa Salvatore Patti, a proteção ao ambiente é levada em consideração quando um elemento natural, “[...] como a água ou o ar, se torna veículo de fatores prejudiciais suscetíveis de comprometer o equilíbrio físico e mental do homem”<sup>762</sup>. Nessa perspectiva, conclui o autor: “A proteção do meio ambiente – também enfatizada por nossa doutrina – assume, ao mesmo tempo, o significado de proteção à saúde”<sup>763</sup>.

Feitas tais considerações introdutórias, é imperioso retomar aqui, ainda que despido de qualquer pretensão exaustiva, o que se entende por ambiente. Essa construção cingiu-se, ao longo da presente tese, à observação do ambiente como elemento geográfico, simultaneamente compreendido como componente e viabilizador do desenvolvimento da personalidade humana. Pode-se assim afirmar, sem qualquer sombra de dúvida, que a higidez do ambiente constitui uma integrante da personalidade humana. Nesse mesmo prisma de observação, afirma Salvatore Patti:

*O conceito de meio ambiente deve ser estabelecido, no fim de contas, por referência ao espaço que nos rodeia, aos lugares onde o homem vive e realiza a sua atividade. Sob esse ponto de vista, a integridade do meio ambiente é condição para a expressão da personalidade. (...) A afirmação de que o sistema legal reconhece um direito ao meio ambiente que pode ser classificado como um direito de personalidade é encontrada acima de tudo na literatura alemã.*<sup>764</sup>.

---

<sup>760</sup> MOMMSEN, f. **Beiträge zum Obligationenrecht**. Zur Lehre von dem interesse. Braunschweig 1855. p. 11.

<sup>761</sup> CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**: regola e metáfora. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991. p. 7.

<sup>762</sup> PATTI, Salvatore. **La Tutela civile dell’ambiente**. Padova: Cedam, 1979. p. 13. No original: “[...] come l’acqua o l’aria, diviene veicolo di fattori dannosi suscettibili di compromettere l’equilibrio fisico-psichico dell’uomo”.

<sup>763</sup> Idems. No original: “La tutela dell’ambiente – come è stato sottolineato anche dalla nostra dottrina – assume quindi nel contempo il significato di tutela della salute”.

<sup>764</sup> PATTI, Salvatore. **La Tutela civile dell’ambiente**. Padova: Cedam, 1979. p. 29. No original: “Il concetto di ambiente in definitiva, deve essere individuato con riferimento allo spazio che ci circonda, ai luoghi nei quali l’uomo vive e svolge la sua attività. Sotto questo aspetto la salubrità dell’ambiente costituisce condizione per l’esplorazione della personalità. (...) L’affermazione Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Diz-se assim que no ordenamento jurídico italiano o dano ambiental<sup>765</sup> perde sua conotação jurídica própria, sendo assimilado pela *ingiustizia* e observado como pura lesão material de uma entidade coligível empiricamente, abandonando-se a regra do artigo 2.043 do Código Civil da Itália<sup>766</sup>, o qual traduz para esse país a regra geral da responsabilidade civil. Todavia, Castronovo ainda indica, ao referir a norma específica da responsabilidade ambiental desse ordenamento, que o teor do artigo 18, com o propósito de afirmar o dano ambiental, parece não excluir a necessidade de identificar uma situação legal subjetiva pela qual o dano deve ser detectado. Nesses termos, acrescenta o autor, a diferença formal inicialmente destacada entre o artigo 18 e a norma do artigo 2.043 parece agora estar desaparecendo<sup>767</sup>. Ainda nesse contexto, Castronovo afirma: “A falha em mencionar a injustiça (...), que parece apresentar um dano em seu estado primordial, uma vez que eles são feitos para coincidir pura e simplesmente com a alteração, deterioração ou destruição do ambiente; a norma especial inclui um conceito de dano que é de natureza material”<sup>768</sup>. Ademais, segundo esse autor, deve-se concluir pela natureza não patrimonial do dano ambiental. Em igual sentido:

*Seguindo uma evolução que atravessou a mudança do milênio, o dano não-pecuniário original se transformou através do dano biológico na figura geral do dano à pessoa, entrando em uma nova dimensão na qual a pessoa ganha evidência não só como o outro pólo do direito privado, que permaneceu por muito tempo em segundo plano, mas provou definitivamente ser um lugar de proteção da responsabilidade*

---

*secondo cui l'ordinamento riconosce un diritto all'ambiente classificabile tra i diritti della personalità si riscontra soprattutto nella letteratura tedesca”.*

<sup>765</sup> CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**. Terza Edizione. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005. p. 742: “Ambiente come “paesaggio, come “habitat” come “bellezze naturali”, è categoria di relazione, che esprime il reciproco porsi di una serie di elementi i quali solo nel loro insieme sono in grado di costituire un valore altro da quello che coincide con la somma dei singoli componenti; valore che, proprio in quanto espressivo della relazione di cui si è detto, risulta intraducibile mediante parametri economici, in quanto è espressivo, invece, di valutazione che includono l'estetica, il gusto il benessere, il modello di vita, ecc.”

<sup>766</sup> Idem.

<sup>767</sup> Idem.

<sup>768</sup> Ibidem, p. 740. No original: “La mancata menzione dell'ingiustizia, di cui dicevo, sembra presentare un danno allo stato primordiale, in quanto esse viene fatto coincidere puramente e semplicemente con l'alterazione, il deterioramento o la distruzione dell'ambiente; la norma speciale accoglie un concetto di danno che è di tipo materiale”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



*civil em que uma tradição de dois mil anos deu relevância apenas ao patrimônio*<sup>769</sup>.

A doutrina italiana também produziu a noção de “dano biológico”, passando a priorizar a esfera da pessoa como eixo central da responsabilidade civil, evidenciando o dano imaterial como uma categoria muito mais ampla do que apenas dano moral. Nessa direção se incluem as perdas relativas a tudo o que não é patrimônio e, portanto, em virtude da excelência da pessoa:

*O desenvolvimento levado a cabo sob o rótulo "danos biológicos" serviu para minar a reductividade dessas duas identificações, por um lado tornando credível a idéia de que a pessoa em suas várias dimensões e em primeiro lugar em sua integridade física entra no foco da proteção da responsabilidade civil; por outro lado, evidenciando que o dano não pecuniário é uma categoria muito maior do que o dano moral, abrangendo as perdas relativas a tudo o que não é patrimônio e, portanto, por excelência, a pessoa.*<sup>770</sup>

Noutra linha, é preciso ter em consideração ser tradicionalmente assumida como um clássico princípio jheringiano a noção de que “[...] *sem culpa não há responsabilidade*”<sup>771</sup>. Sem embargo, também se deve reconhecer que, historicamente, a

---

<sup>769</sup> CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**. Terza Edizione. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005. p. 53. No original “*Seguendo una evoluzione che ha travalicato in crinale del passaggio di millennio, l’originario danno non patrimoniale, attraverso il danno biologico, si è tramutato nella figura generale del danno alla persona entrando in nuova dimensione nella quale la persona si è messa in evidenza non solo come l’altro polo del diritto privato per troppo tempo rimasto sullo sfondo, ma si è attestata definitivamente come luogo della tutela di responsabilità civile nella quale una tradizione bimillenaria aveva dato rilevanza solo a patrimonio*”.

<sup>770</sup> MORGANTE, Daniela. La responsabilidad per dano all’ambiente. In: FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 1846. No original “*Lo sviluppo condotto sotto l’eticheta “danno biologico” è servito a mettere in crisi la riduttività di questi due identificazioni, da un lato accreditando l’idea che la persona nelle sua varie dimensione e in primo luogo nella sua integrità fisica entra nel fuoco della tutela di responsabilità civile, dall’altro mettendo in luce che il danno non patrimoniale è categoria ben più capiente del solo danno moral, risultando comprensiva delle perdite riguardanti tutto ciò che non è patrimonio e perciò, per eccellenza la persona*”

<sup>771</sup> CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**: regola e metáfora. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991. p. 6. No original: “[...] *rafforzò per parecchio tempo ancora il paradigma al quale la dottrina dovette fare capo e che nell’intenzione del legislatore coincideva ancora con il principio jheringiano “senza colpa nessuna responsabilidad”*”.

RC deve assumir uma disciplina consentânea com o tempo e as circunstâncias<sup>772</sup>. Nesse quadrante, para Carlo Castronovo o projeto da adequação contemporânea da responsabilidade civil passou pela ampliação das hipóteses de dano. Todavia, esse projeto de avaliação do direito da RC “não questiona a lógica segundo a qual ela tende a regular conflitos de interesses: trata-se eventualmente de identificar novos interesses, regulando-os da mesma maneira que os já conhecidos”<sup>773</sup>. É importante distinguir entre a patrimonialidade da consequência econômica de determinado ato e uma situação subjetiva e efetivamente patrimonial. Afinal, segundo o autor, “o dano em sentido legal é, no nosso sistema legal, o prejuízo de uma situação legal subjetiva”<sup>774</sup>.

Ainda sobre o tema, a obra dos irmãos Henri e Jean Mazeaud e François Chabas contempla o exame pormenorizado de um problema bastante sensível para a análise da emergência do dever de indenizar no âmbito da responsabilidade civil, que se traduz no questionamento acerca de quando se valer do direito de ação em termos de RC. Para esses autores: “Os procedimentos de responsabilidade, e portanto a possibilidade de comparecer perante o tribunal competente, surgem, em regra, a partir do dia em que a vítima sofreu o dano. Uma falta não é suficiente para agir [...]” – acentuam, observando que o dano é um dos três elementos essenciais da responsabilidade<sup>775</sup>.

---

<sup>772</sup> Idem. No original “*Così nei due ambiti nei quali il discorso si è fratto, quello dei beni giuridici protetti e quelli dei criteri di imputazione, quanto al primo, alla tesi che “danno ingiusto” sia una clausola generale si è contrapposta quella secondo cui si tratterebbe di una espressione generale che ha come referente la lesione di ogni situazione giuridica previamente riconosciuta dall’ordinamento; quanto al secondo, alla riscoperta della responsabilità oggettiva è apparso a taluno che ne fosse seguita una qualche enfaticizzazione rispetto alla quale occorresse far valere un recupero della colpa alla sua esatta dimensione*”.

<sup>773</sup> CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile: regola e metáfora**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991. p. 8. No original “[...] *non mette in questione la logica secondo la quale essa tende a disciplinare i conflitti di interessi: si tratta eventualmente di individuarne di nuovi, regolandoli poi alla stessa stregua di quelli già noti*”.

<sup>774</sup> Ibidem, p. 11. No original “[...] *il danno in senso giuridico è, nel nostro ordinamento, la lesione di una situazione giuridica soggettiva*”.

<sup>775</sup> MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. Tome III. Premier Volume. 6. Ed. Paris: Édition Montchrestein, 1978. p. 273. No original: “*L’action en responsabilité, et partant la possibilité de l’exercer devant la juridiction compétente, naît, en règle générale, du jour où la victime a subi le dommage. Une faute ne suffit pas pour agir. Le préjudice est l’un des trois éléments essentiels de la responsabilité*”.

Como dissemos, a ideia do surgimento substancial da ação de responsabilidade<sup>776</sup> se confunde com a própria ideia da emergência do dever de indenizar, ou seja, a verificação do dano. Nesse diapasão, tanto a faculdade de demandar em juízo como o direito/dever de indenização possuem marco temporal de emergência idêntico. Ou seja, assim que – e apenas se – nasce o direito de indenização e seu consequente dever de indenizar, surge a possibilidade de ação do lesado.

Em vista disso, a grande questão que se coloca à análise dos efeitos do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade civil diz respeito à desvinculação desses dois institutos, um de direito substancial e outro de direito adjetivo. Nesse sentido, é preciso indagar se seria possível estabelecer marcos temporais diferentes para um e outro, de modo que a ação antecederesse ou não o dano, devendo-se persistir no entendimento de que só há ação se houver dano. Para Mazeaud, Mazeaud e Chabas, “[...] assim, em princípio, o demandante não pode agir a partir do momento em que a falta foi cometida, mas apenas a partir do momento em que essa falta lhe causou dano”<sup>777</sup>.

Um dos pontos mais importantes a debater nesta reflexão toca ao dano futuro certo. Em se adotando a regra geral, não haveria de se cogitar qualquer direito de ação do futuro lesado, uma vez que a lesão ainda não se configura, requisito esse que, como regra, é imprescindível ao direito de demandar: “Mas muitas vezes, sem ter sofrido o dano, o autor é ameaçado. Deve ele, então, agir, esperar pela sua realização? Ele pode reclamar apenas depois de ser atingido?”<sup>778</sup>

Mais adiante, os autores também afirmam que o queixoso não pode, portanto, intentar uma ação com o objetivo de proibir uma pessoa de fazer algo que considere ser ilícito e prejudicial. No máximo, uma vez que a falta é cometida, ela pode agir em compensação se essa falha inevitavelmente lhe causar danos. Desse modo, a ação por

---

<sup>776</sup> Não se olvida a natureza abstrata e autônoma do direito de ação, de modo que, quando referimos aqui o direito de ação em responsabilidade civil, queremos avaliar o momento em que poderá o requerente ajuizar uma demanda.

<sup>777</sup> MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François, op. cit., p. 273. No original : “[...] ainsi, en principe, le demandeur ne peut pas agir dès l’instant où la faute a été commise, mais seulement dès l’instant où cette faute lui a causé un dommage”.

<sup>778</sup> Idem. No original : “Mais il arrive souvent que, sans avoir encore subi le dommage, le demandeur en soit menacé. Doit-il donc, pour agir, attendre sa réalisation? Ne peut-il se plaindre qu’après avoir été frappé?”

danos surge apenas no momento em que o dano é sofrido ou no momento em que a lesão futura se tornou certa<sup>779</sup>.

Para os doutrinadores franceses, portanto, há duas hipóteses de cabimento da ação: uma cuja gênese se dá de forma concomitante à emergência do dano, e não à do ilícito; e outra que permite a ação antes do dano, mas que a condiciona à averiguação da certeza de um dano futuro, bem como à prévia confirmação do ilícito.

Nesta linha, pode-se afirmar que a certeza que se exige como condicionante para a verificação do nascimento anterior (ao dano) do dever de indenizar, quando comparado à emergência do dano, é precisamente o oposto da incerteza cujo conteúdo justifica as medidas precaucionais. Isto afirmamos neste momento, porquanto o recorte epistemológico da presente investigação circunscreve-se aos efeitos do princípio da precaução (e da incerteza que este busca regular). De um lado, temos o evento cuja ocorrência é certa. De outro, a incongruência científica no sentido não só da ocorrência ou não de alguma consequência deletéria, como também da medida dessa possível consequência.

Essa identificação parece obrigar, agora com mais um argumento dentre tantos outros, a conclusão de que a precaução não poderia justificar uma alteração nas estruturas do direito da responsabilidade civil ante a sua latente, plena e irrestrita incompatibilidade perante a incerteza científica própria do princípio da precaução. Nessa direção, Mazeaud, Mazeaud e Chabas observam:

*O julgamento pelo qual um tribunal que decide uma disputa reconhece a existência de um direito anterior em disputa é declarativo de direito. O julgamento pelo qual um tribunal concede novos direitos constitui direitos. (...) O interesse essencial desta distinção reside na determinação da data a partir da qual o julgamento tem o seu efeito. O direito que resulta de um julgamento constitutivo não surge até à data desse julgamento, uma vez que é criado por ele. Pelo contrário, se o juízo é declarativo, a existência do direito é anterior ao julgamento, e*

---

<sup>779</sup> MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. Tome III. Premier Volume. 6. Ed. Paris: Édition Montchrestein, 1978. p. 274. No original: “*Le demandeur ne peut donc pas exercer une action ayant pour but de faire interdire à une personne un acte qu’il estime fautif et préjudiciable. Tout au plus, une fois la faute commise, peut-il agir en indemnité si cette faute doit inéluctablement lui causer un dommage. Ainsi, l’action en responsabilité ne prend naissance qu’au moment où le dommage est subi ou au moment où le préjudice futur est devenu certain. Mais, dès ce moment, le droit à réparation naît sur la tête de la victime ; dès ce moment, la victime peut agir en responsabilité*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*tampouco deve ser averiguado; Supõe-se que o direito sempre existiu tal como ele é reconhecido pela decisão*<sup>780</sup>.

Obviamente, a análise dessa possibilidade passa pelo carácter meramente declarativo do julgamento de condenação<sup>781</sup>. Em igual medida, é preciso diferenciar, em um primeiro momento, o perigo de dano de perigo<sup>782</sup>.

Segundo Adriano De Cupis<sup>783</sup>, o “[...] perigo de dano é em si um dano”. O autor cita como exemplo a ameaça de explosão de um edifício, que, se por um lado não é capaz de para fazer emergir o dever de indenização da eventual destruição da construção, por outro pode ser suficiente para diminuir o valor econômico do imóvel. Desse modo, o perigo de dano “[...] afeta negativamente o valor do bem sobre o qual se aproxima, defendendo esse valor, e, portanto, afeta o interesse do sujeito a quem o bem corresponde – em si mesmo já é dano, independentemente do dano que possa resultar da concretização da possibilidade virtual nele ínsita”<sup>784</sup>.

Sob a perspectiva criminal, Francesco Cargnelutti afirma que o perigo nada é além de dano, “[...] na antítese entre perigo e dano, a última palavra é usada com um significado mais restrito com o propósito de indicar uma subespécie de dano”<sup>785</sup>. Voltando à ótica civilista, convém definir se e em que termos o perigo de dano pode ensejar a reparação dos danos não patrimoniais.

---

<sup>780</sup> MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. Tome III. Premier Volume. 6. Ed. Paris: Édition Montchrestein, 1978. p. 540-541. No original « *Le jugement par lequel un tribunal tranchant un différend reconnaît l'existence d'un droit antérieur contesté, est déclaratif de droit. Le jugement par lequel un tribunal attribue des droits nouveaux, est constitutif de droits. (...) L'intérêt essentiel de cette distinction réside dans la détermination de la date à partir de laquelle le jugement produit son effet. Le droit qui résulte d'un jugement constitutif ne naît qu'à la date de ce jugement puisqu'il est créé par lui. Au contraire, si le jugement est déclaratif, l'existence du droit est antérieure au jugement, que ni fait que à constater ; le droit est censé avoir toujours existé tel qu'il est reconnu par la décision* ».

<sup>781</sup> Ibidem, p. 546.

<sup>782</sup> Nesse sentido ver FRANZONI, Massimo. **Dei fatto illecito**: Art. 2043-2059. Commentario del Codice Civile, Scialoja-Branca: delle obbligazioni. Bolonha: Zanichelli, 1993.

<sup>783</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. Vol. I. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1979. p. 327. No original “[...] *pericolo di danno è, esso stesso, un danno*”.

<sup>784</sup> Ibidem, p. 21. No original “[...] *incide negativamente sul valore del bene sul quale incombe, menomando tale valore, e colpisce quindi l'interesse del soggetto cui il bene spetta – è, già per se stesso, un danno, a prescindere da quel danno che potrà derivare d'attuazione della virtuale possibilità insita in esso*”.

<sup>785</sup> CARGNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. Padova: Cedam, 1926. p. 27. No original “[...] *onde, nella antitesi tra pericolo e danno quest'ultima parola si usa con significato più ristretto allo scopo di indicare una sottospecie di danno*”.

Basicamente existem duas correntes. Uma defende a inexorável relação danosa derivada de um perigo a que fora submetido o sujeito<sup>786</sup>; a outra advoga ter-se por ressarcível esse cenário quando for possível afirmar que a ameaça pode afetar bens da personalidade do lesado<sup>787</sup>.

Aqui, portanto, é fundamental a referência à noção de dano evento e de dano consequência<sup>788</sup>. A primeira compreende o dano como vilipêndio de um interesse tutelado pelo ordenamento jurídico ou, ainda, a um direito subjetivo. Já a segunda noção (dano consequência) o toma como exaurimento, isto é, como resultante da lesão previamente observada, seja a um direito subjetivo, seja a um interesse tutelado pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o dano evento<sup>789</sup> consiste na lesão a um direito subjetivo ou a uma norma protetora de interesses. Devido a essa característica, verificada a sua presença, a contrariedade ao direito estará presente mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva. Já o dano consequência consiste no resultado dessa primeira violação, sendo assim denominado pela doutrina italiana, podendo ser patrimonial ou não.

Tal tema foi objeto da análise de dois casos, o Seveso<sup>790</sup> e o Buckeley<sup>791</sup>, em que se remeteu para a ideia de *emotional distress*. Essa ideia também é bem representada no

---

<sup>786</sup> BONILINI, G. **Il danno non patrimoniale**. Milano: Giuffrè, 1983. p. 334 e seguintes.

<sup>787</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. Danno alla persona. In: **Novissimo Digesto Italiano**. Vol. V. Turim: Utet, 1960.

<sup>788</sup> HAZAN, Maurizio; ZORZIT, Daniela. **Il risarcimento del danno da morte**. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 38: “*La dicotomia, che ha a lungo influenzato il corso della giurisprudenza, è stata introdotta da una famosa sentenza della Corte costituzionale, la n. 184/1986 (Corte cost. 14.07.1986, n. 184, Fl, 1986, I, 2053), che ha segnato un vero punto di svolta nel percorso del riconoscimento del diritto al risarcimento per la lesione della salute in sé considerata*”.

<sup>789</sup> ZIVIZ, Patrizia. **Il danno non patrimoniale: evoluzione del sistema risarcitorio**. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 85. *In verbis*: “*Il modello del danno-evento presta il fianco ad un’obiezione di fondo, che investe proprio l’idea di base sulla quale esso viene incardinato. A dovere esse valutata in termini fortemente critici à la stessa configurazione della nuova figura di danno (non già come conseguenza negativa del torto, bensì) quale lesione in sé considerata. L’opzione favorevole alla risarcibilità (automatica) della violazione del diritto minaccia, più o meno precisamente, sostanziali snaturamenti dell’istituto aquiliano. Accogliere una simile prospettiva significa, infatti, incrinare le fondamenta sulle quali risulta costruito l’intero edificio dei fatti illeciti: le cui forme rimediali sono destinate a non poter operare se non in funzione di una neutralizzazione delle ripercussioni negative sofferte, concretamente, dalla vittima. Nell’ottica illustrata, al contrario, emerge la tendenza a garantire un ristoro alla semplice lesione del diritto, a prescindere dell’esistenza di riflessi sfavorevoli a carico del titolare dell’interesse colpito*”.

<sup>790</sup> GAUDINO, Luigi. Il danno da pericolo. In: **Persona e danno**. A cura di Paolo Cendon con la collaborazione di Enrico Pasquinelli. Tomo IV - Casa, ambiente, tempo libero figure vecchie e Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

campo da radiação eletromagnética, mormente no tocante à incerteza de seus resultados que, por sua vez, tornam certas e delimitadas a aflição e a angústia derivadas dessa incerteza: “[...] enquanto no campo científico a única certeza é a incerteza do conhecimento, do ponto de vista social há a certeza do medo, cada vez mais difundida, mais e mais fonte de reações também de natureza judicial”<sup>792</sup>. Desta feita, a noção do direito italiano acerca da atividade perigosa, sobretudo mediante a interpretação jurisprudencial do conteúdo do artigo 2.050 e seguintes do Código Civil Italiano<sup>793</sup>, não assume outro condão senão aquele em que a referida norma afirma que “isso se aplica não apenas a eventos danosos que são uma consequência direta de um comportamento positivo, mas também àqueles decorrentes da omissão de um fornecimento devido, como

---

nuove di illecito l’ambiente di lavoro. Milano: Giuffrè Editore, 2004. p. 3338. *In verbis*: “Com’è noto, in Italia è lo stesso legislatore, con la riserva di legge di cui all’art. 2059, c.c. ad aver definito il requisito da soddisfare per poter ottenere il ristoro del danno morale; nel caso Seveso ciò non è bastato: pur nell’indubbia presenza della fattispecie penale, la Cassazione ha respinto le domande delle vittime del disastro ambientale allestendo un secondo filtro – quello del danno-consequenza – e adottando una lettura del danno morale come sempre parasitario rispetto al danno alla salute”.

<sup>791</sup> *Idem*. *In verbis*: “La Corte Suprema degli Stati Uniti, nel prendere in considerazione l’emotional distress del lavoratore esposto al rischio di tumore da amianto, ha applicato nella maniera più severa il requisito del physical impact, respingendo l’idea che tale soglia possa essere ritenuta valicata dall’inalazione della sostanza tossica e dalla sua permanenza nell’organismo della vittima: tutto ciò, in base ad esplicitate ragioni di policy. E per le medesime ragioni di policy ha finito per caricare sul lavoratore esposto al rischio per la propria salute anche i costi di medical monitoring”.

<sup>792</sup> GAUDINO, Luigi. Il danno da pericolo. In: **Persona e danno**. A cura di Paolo Cendon con la collaborazione di Enrico Pasquinelli. Tomo IV - Casa, ambiente, tempo libero figure vecchie e nuove di illecito l’ambiente di lavoro. Milano: Giuffrè Editore, 2004. p. 3328. No original: “[...] mentre in campo scientifico l’unico dato sicuro è l’incertezza delle conoscenze, dal punto di vista sociale v’è la certezza della paura, sempre più diffusa, sempre più fonte di reazioni anche di carattere giudiziale”.

<sup>793</sup> Sobre o tema ver HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 53 “A respeito deste art. 2050 e dos artigos dele avizinados (especialmente os posteriores), um certo segmento doutrinário (minoritário, infelizmente), entendeu que as hipóteses legisladas eram alcançadas pelo mesmo espírito da mise en danger que organizou, no art. 2050, uma responsabilidade por exposição a perigo, cujo alcance é tão geral que equivale, quanto à importância e em termos de efetiva abrangência, à própria responsabilidade por culpa prevista no art. 2043, inaugural, naquele Código, do sistema de responsabilidade civil. Mas entendeu esse segmento doutrinário ainda mais longe, para considerar que nem mesmo seria preciso esperar que outras leis específicas viessem regular certas mise en danger, para que se as pudesse invocar, e que aquelas normas expressamente citada pelo legislador seriam normas de aplicação específica”

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

no caso de falha na adoção de medidas de segurança na operação de um carro. Neste caso, o dano origina-se na realização da atividade perigosa”<sup>794</sup>.

Paolo Recano observa que, na verdade, a mais alta corte italiana acaba por reconhecer, ainda que implicitamente, que o dano, mesmo no caso de uma omissão perigosa declarada, “[...] a nível de derivação etiológica, origina-se na atividade perigosa realizada. Como é corretamente enfatizado na doutrina, é, portanto, uma abordagem enganosa, pois confunde dois aspectos separados e distintos da disciplina do artigo 2050 c.c. [do Código Civil]”<sup>795</sup>.

Basicamente, pode-se afirmar que a noção de periculosidade advinda da atividade desempenhada pelo potencial violador do princípio da precaução se consubstancia a partir do prisma de observação de que toda e qualquer atividade traz em sua essência alguma sorte de risco, na identificação de uma potencialidade lesiva superior à ordinária<sup>796</sup>: “Portanto, constituem ‘atividades perigosas’, nos termos do art. 2050 cc, aquelas que implicam a possibilidade significativa da ocorrência de danos devido ao seu elevado potencial ofensivo, subsistindo um grau de periculosidade elevado da atividade realizada”<sup>797</sup>.

Observa-se ainda que essa potencialidade lesiva extraordinária deve ser aferida tomando-se em consideração dois planos, um qualitativo e outro quantitativo, sopesando a periodicidade com que se dão os eventos negativos (quantidade) e em qual intervalo de tempo (periodicidade), os quais nitidamente constituem critérios objetivos. Do mesmo modo, esse potencial lesivo deve ser observado sob um padrão qualitativo correlacionado com a extensão e gravidade dos efeitos apontados na hipótese de verificação prática do

---

<sup>794</sup> RECANO, Paolo. **La responsabilità civile da attività pericolose**. Padova: Cedam, 2001. p. 18. No original “*Sussiste non soltanto per gli eventi dannosi che siano conseguenza diretta di un comportamento positivo, ma anche per quelli che derivino dall’omissione di una condotta dovuta, come nel caso di mancata di adozione di misure di sicurezza nel funzionamento di una macchina, in quanto anche in questo caso il danno trae origine dallo svolgimento dell’attività pericolosa (Cass. 6.5.78., n° 2189)*”

<sup>795</sup> Ibidem, p. 19. No original: “[...] a livello di derivazione eziologica, trae comunque origine dall’attività pericolosa espletata. Come giustamente si sottolinea in dottrina, trattasi dunque di impostazione fuorviante in quanto confonde due aspetti separati e distinti della disciplina dell’art. 2050 c.c.”.

<sup>796</sup> FRANÇA. Cour de Cassation. Cass. 24.2.83, n. 1425, RCP, 1983, 774

<sup>797</sup> RECANO, Paolo, op. cit., p. 20. No original “*Costituiscono dunque “attività pericolose”, ai sensi dell’art. 2050 c.c., quelle che comportano la rilevante possibilità del verificarsi di un danno per la loro spiccata potenzialità offensiva, sussistendo un elevato grado di pericolosità dell’attività espletata (Cass. 27.7.90, n. 7571, AC 1991, 46)*”

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



dano decorrente do risco da atividade<sup>798</sup>. Ressalte-se que a concepção da amplitude de identificação da periculosidade está definida pela Corte Constitucional Italiana desde a década de 50 do século passado:

*As atividades perigosas a que se refere o art. 2050 c.c. não são apenas aquelas fornecidas pela lei de p.s. e da regulação relativa, isto é, aquelas previstas pelas diversas leis especiais para prevenir acidentes e para a proteção da segurança pública, mas também aquelas que, embora não especificadas, constiuem para nós um perigo intrínseco ou em relação aos meios empregados (Cass. 8.7.55, n. 2136, RCP, 1956, 47)<sup>799</sup>.*

Define-se aqui uma estrutura aberta, na linha das cláusulas gerais que permeiam o direito civil contemporâneo (italiano), com o propósito de se lhe permitir a perpetuação temporal, sem lhe retirar a adequação sociojurídica. Assim, a título exemplificativo, são definidas as atividades que devem ser adjetivadas como perigosas, de modo a construir uma estrutura típica, que indique expressamente aquelas previstas pelo direito positivo, e outra composta pelas atípicas, com ampla margem de atuação do poder judiciário.

Também se salienta, neste ponto, a eventual legitimidade ativa nos casos de responsabilidade por atividade perigosa. Tal concepção pode ser estabelecida mediante um paralelo com o direito de propriedade. Nele incumbe a todos os que não são proprietários o dever de respeitar a propriedade do titular. Ou seja, o proprietário pode fazer valer seu direito contra todos os demais. Em termos de responsabilidade por atividade perigosa, o direito italiano consagra uma amplitude análoga, ao passo que outorga legitimidade ativa a todo aquele que não tenha, de alguma forma, participado da atividade tida por perigosa. Efectivamente: “Não se discute que a legitimidade é devida

---

<sup>798</sup> Sobre os prismas de observação qualitativo e quantitativo marcantes do carácter extraordinário do risco, ver: COMPORTI, m. **Esposizioni al pericolo e responsabilità civile**. Napoli: Morano, 1965; e DI MARTINO, V. **La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari**. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

<sup>799</sup> RECANO, Paolo, op. cit., p. 21. No original “*Le attività pericolose a cui si riferisce l’art. 2050 c.c. non sono soltanto quelle previste dalla legge di p.s. e dal relativo regolamento, ovvero quelle previste dalle varie leggi speciali a prevenzione di sinistri ed a tutela della pubblica incolumità, ma anche quelle altre che, pur non essendo specificate, abbiamo una pericolosità intrinseca o in relazione ai mezzi di lavoro impiegati*”.

ao terceiro no que diz respeito à atividade nociva prejudicial, ou seja, àqueles que não tenham participado de forma alguma do seu exercício”<sup>800</sup>.

Trazendo tais ensinamentos para a realidade dos direitos de terceira dimensão, a ideia parece-nos uma solução consentânea com o primado da ampliação e da efetivação dos direitos fundamentais, que é consagrada da força normativa dos princípios. Além disso, apresenta-se como identificadora da aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais garantidores de um meio ambiente sadio e equilibrado.

Por outro lado, a ideia da ampla responsabilização encontra respaldo no princípio do poluidor pagador, o qual teve reconhecimento expresso no artigo 174 do tratado de Maastricht, assim como no Livro Verde sobre a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, de 14 de maio de 1993, e no Livro Branco sobre responsabilidade ambiental, de 9 de fevereiro de 2000.

Já Daniela Morgante, ao analisar o conteúdo da directiva 2004/35/CE distingue as medidas entre preventivas e corretivas – cuja adoção constitui, na ocorrência das hipóteses relativas, uma obrigação dos operadores de cobrarem, legal e financeiramente, de acordo com o princípio fundamental “[...] ‘poluidor-pagador’ (art. 5, 6, 6) – que deve ser prosseguido ‘na medida do possível’ e ‘a custos razoáveis para a sociedade’, refletindo, neste ponto, a atenção do legislador comunitário às implicações econômicas de uma proteção excessiva do ambiente capaz de afetar a competitividade e atratividade do mercado europeu”<sup>801</sup>.

Desta feita, no quadro jurídico normativo contemporâneo, a responsabilidade civil passa a representar uma arma eficaz contra os danos ao meio ambiente. Assim, não só pode potencialmente se dedicar a simples perigos de dano, como também a ratificar uma elevada amplitude de sujeitos legitimados ativos para sua efetivação.

---

<sup>800</sup> RECANO, Paolo. **La responsabilità civile da attività pericolose**. Padova: Cedam, 2001. p. 42. No original: “*Si risulta pacifico che la legittimazione attiva spetta a colui che risulta terzo rispetto all’attività pericolosa lesiva, ovverossia a chi non abbia preso parte in alcun modo all’esercizio della stessa*”.

<sup>801</sup> MORGANTE, Daniela. La responsabilità per dano all’ambiente. In: FAVA, Pasquale. **La responsabilità civile**: trattato teorico-pratico. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 1845. No original: “[...] ‘*chi inquina paga*’ (art. 5, 6, 6) – *che vanno perseguire ‘nella misura del possibile’ e ‘a costi ragionevoli per la società’, riflettendosi in ciò l’attenzione del legislatore comunitario per le implicazioni economiche di una protezione eccessiva dell’ambiente, suscettibile di incidere sulla competitività ed attrattività della piazza europea*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Para Cristina Rapisarda Sassoon, dentre outros elementos, a acentuação do papel das técnicas de Responsabilidade Civil nos sistemas de proteção ambiental é certamente a necessidade de dispor de ferramentas legais adequadas para solucionar as consequências da poluição ambiental. E isso se aplica a partir de dois pontos de vista diferentes. Por um lado, há de fato inúmeras situações de danos ambientais em razão da poluição gradual, resultante de fontes poluidoras persistentes. É suficiente pensar, por exemplo, em lixeiras ou substâncias tóxicas. Nesse caso, a utilização da técnica de responsabilidade civil pode permitir uma adequada internalização dos custos sociais dos danos ambientais, destinados a permanecer sem a possibilidade de reparação. Por outro lado, a experiência tem mostrado que, apesar do progresso feito na segurança de plantas e processos industriais, a possibilidade de poluição acidental, isto é, devido a acidentes, não pode ser descartada. Seveso, Bophal, Basileia, Chernobyl são testemunhos da gravidade do problema, embora por eventos e realidades muito diferentes entre si e, provavelmente, em grande parte irrepetíveis<sup>802</sup>.

Ainda para a autora, a adoção do modelo preconizado pelo Livro Verde<sup>803</sup> possui o condão de estimular a prevenção por danos ambientais, ao passo que ao impor ao responsável pela compensação as despesas decorrentes dos danos causados, a RC também exerce importante função preventiva indireta, induzindo padrões de comportamento adequados para evitar danos futuros. Segundo a Comissão, a

---

<sup>802</sup> SASSOON, Cristina Rapisarda. **Il danno ambientale**: responsabilità civile, ordini di bonifica e prospettive della normativa europea. Milão: Pirola, 1996. p. 16. No original: “[...] *l’accentuazione del ruolo delle tecniche di responsabilità civile nei sistemi di salvaguardia ambientale è sicuramente l’esigenza di poter disporre di strumenti legali adeguati per la soluzione delle conseguenze dei fatti di inquinamento ambientale. E ciò vale da due diversi punti di vista. Da un lato, infatti, sono numerose le situazione di danno ambientale dovute a inquinamento graduale, derivante cioè da fonti inquinanti persistenti. E basta pensare, ad esempio, alle discariche di rifiuti o a deposito di sostanze tossiche. In questo caso, l’impiego della tecnica di responsabilità civile può consentire un’adeguata internalizzazione dei costi sociali del danno ambientale, destinato altrimenti a restare privo di possibilità di riparazione. Dall’altro lato, l’esperienza ha dimostrato che, nonostante i progressi compiuti su fronte della sicurezza degli impianti e dei processi industriali, l’eventualità dell’inquinamento accidentale, dovuto cioè a incidenti, non può certo essere esclusa. Seveso, Bophal, Basilea, Chernobyl stanno a testimoniare, anche se con vicende e realtà molto diverse tra loro e probabilmente in gran parte irripetibili, tutta la gravità del problema*”.

<sup>803</sup> Ibidem, p. 85. In verbis: “*Il primo passo in questo senso è stato compiuto nel 1993 con la presentazione del «Libro Verde sul risarcimento dei danni all’ambiente». In realtà, con la presentazione del Libro Verde, la Commissione Ce ha inteso lanciare un messaggio molto preciso a favore dell’impiego della tecnica di responsabilità civile nell’ambito dei sistemi di salvaguardia il risanamento ambientale. Si legge infatti nell’introduzione al documento che la responsabilità civile è uno strumento giuridico e finanziario idoneo ad ottenere dai responsabili di danni all’ambiente il risarcimento delle spese sostenute per la relativa riparazione*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

responsabilidade civil é um elemento essencial da política comunitária em matéria de ambiente<sup>804</sup>.

Ainda em referência ao que disciplina o Livro Verde, Sassoon faz menção do papel preventivo da adoção de uma estrutura de responsabilidade objetiva no seio do direito ambiental. Com efeito, ao suprimir o filtro da culpa, talvez o principal entrave, em conjunto com o nexo de causalidade, quando estiverem em causa os danos ambientais, a responsabilidade objetiva torna-se um instrumento para, ainda que indiretamente, evitar esses danos. Sem embargo, é preciso referir que a sobredita Comissão não ignora o encargo económico extraordinário que poderia recair sobre setores produtivos inteiros devido à aplicação generalizada de sistemas de responsabilidade objetiva, como consequências distorcivas da concorrência<sup>805</sup>.

Para além disso, o denominado Livro Verde estabelece os critérios que deverão orientar a classificação de quais atividades que devem ser reguladas pela regra objetiva da responsabilidade civil: a) a natureza do risco representado por uma atividade particular; b) a probabilidade de que tal atividade cause danos e a provável extensão do dano; c) o incentivo que a responsabilidade objetiva poderia representar para fins de melhor gerenciamento de riscos e prevenção de danos; d) a viabilidade e o custo provável da reparação do dano; e) o encargo financeiro que a responsabilidade objetiva representaria para o setor económico em questão; e f) a necessidade e disponibilidade de seguros<sup>806</sup>. Também em âmbito europeu, a Convenção de Lugano determina: “De acordo com o art.

---

<sup>804</sup> Ibidem, p. 86. No original: “[...] ai responsabili il risarcimento delle spese derivante del danno provocato, la responsabilità civile assolve anche un’importante funzione preventiva indiretta, imponendo standard di comportamento idonei a scongiurare danni futuri. Per questa sua duplice funzione, di strumento successivo e preventivo, la responsabilità civile rappresenta, secondo la Commissione, un elemento essenziale della politica ambientale comunitaria”

<sup>805</sup> SASSOON, Cristina Rapisarda. **Il danno ambientale**: responsabilità civile, ordini di bonifica e prospettive della normativa europea. Milão: Pirola, 1996. p. 86. No original: “Eliminando l’ostacolo della prova della colpa, spesso di eccessiva difficoltà per il danno ambientale, secondo il Libro Verde «la responsabilità oggettiva costituisce un incentivo a evitare il verificarsi di danni». Non sfugge tuttavia alla Commissione lo straordinario onere economico che potrebbe ricadere su interi comparti produttivi per effetto dell’applicazione generalizzata di sistemi di responsabilità oggettiva, come conseguenze distorsive per la concorrenza”.

<sup>806</sup> SASSOON, Cristina Rapisarda. **Il danno ambientale**: responsabilità civile, ordini di bonifica e prospettive della normativa europea. Milão: Pirola, 1996. p. 87. No original: “a) la natura del rischio rappresentato da una particolare attività; b) la probabilità che tale attività comporti un danno e la probabile portata del danno; c) l’incentivo che la responsabilità oggettiva potrebbe rappresentare ai fini di una migliore gestione del rischio e prevenzione del danno; d) la fattibilità e il costo probabile della riparazione del danno; e) l’onere finanziario che la responsabilità oggettiva rappresenterebbe per il settore economico in questione; f) la necessità e la disponibilità di un’assicurazione”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

1, o objetivo da convenção é garantir a reparação adequada dos danos decorrentes de atividades perigosas ao meio ambiente. A Convenção também prevê os meios de prevenção e restauração. E este é o ponto muito decisivo do texto da Convenção: sua aplicabilidade específica, isto é, as atividades perigosas”<sup>807</sup>.

Contudo, a ideia de responsabilidade não fica imune a críticas, sendo a principal delas a expansão indiscriminada dos limites da RC, tema que é objeto da análise a seguir<sup>808</sup>.

---

<sup>807</sup> Ibidem, p. 88. No original: “*In base all’art. 1, la convenzione ha lo scopo di garantire un’adeguata riparazione dei danni derivante da attività pericolose per l’ambiente. La Convenzione prevede anche i mezzi di prevenzione e di ripristino. Ed è questo il punto decisamente qualificante del testo della Convenzione: la sua specifica applicabilità, cioè, alle attività pericolose*”.

<sup>808</sup> ZIVIZ, Patrizia. **Il danno non patrimoniale**: evoluzione del sistema risarcitorio. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 86-87. *In verbis*: “*Adottare una visione favorevole ad identificare il danno con la lesione del diritto porta, sul piano applicativo, numerosi inconvenienti, prima fra tutti quello rappresentato proprio da quel processo di indiscriminato allargamento dei confini della responsabilità civile che tanti studiosi hanno, nel corso del tempo, paventato. In effetti, la costruzione di una categoria di danni risarcibili corrispondente alla lesione del diritto in sé considerata imporrebbe di dar corso alla riparazione di una simile posta pregiudizievole a fronte di qualsivoglia illecito; non soltanto, cioè, quando sia in gioco una situazione non patrimoniale, ma anche in corrispondenza ai diritti aventi contenuto patrimoniale. Se quel che conta è la violazione in sé di una situazione protetta dall’ordinamento, non si vede perché dovrebbe essere operata una discriminazione tra interessi non patrimoniali o meno: una volta ammesso il principio secondo cui costituisce pregiudizio risarcibile la lesione del diritto pura e semplice, tale regola è destinata a valere su scale generale. Ciò significa andare incontro ad un sistema in cui (accanto alle partite di natura patrimoniale) si tratterebbe di risarcire una serie pressoché infinita di danni: uno per ciascuna delle situazioni suscettibili di venir colpite nella sfera della vittima. Una semplice prospettiva finisce, allora, per negare la peculiarità fondamentale che caratterizza l’istituto aquiliano, il quale è stato pensato e strutturato come risposta dell’ordinamento a fronte del verificarsi di un danno, e non già al mero manifestarsi dell’illecito*”.

## PARTE V

## 21. DA IMPORTÂNCIA DO DIREITO PRIVADO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE: A RESPONSABILIDADE CIVIL

---

É já clássica a afirmação de François Ost de que se o direito ambiental é um labirinto cujo espectro de ineficiência seria o Minotauro, e a ideia de responsabilidade<sup>809</sup> poderia ser o seu fio de Ariadne<sup>810</sup>. Para o autor, dentro do direito do ambiente, a concepção de um papel central para a responsabilidade encontra, inclusive, respaldo na identidade principiológica entre os mandamentos da otimização dedicados ao direito ambiental pelo sistema europeu e os princípios caracterizadores do papel da responsabilidade<sup>811</sup>.

Denotando ainda a importância do fenômeno da responsabilidade nesse ramo do direito, François Ost define que ela desempenha quatro papéis fundamentais. O primeiro deles, assegurar a indenização mais plena possível às vítimas dos danos de poluição<sup>812,813</sup>. Também identifica o papel da imputação precisa dos custos de reparação dos danos às

---

<sup>809</sup> OST, François. La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement. **Droit et Société**, Paris, n. 30/31, p. 281-322, 1995. No original: “*Le droit de la responsabilité écologique apparaît donc comme un dispositif complexe dont les différents éléments constitutifs sont en relation d'interaction dialectique; en amont : la prévention sous toutes ses formes ; au centre : la faute, pénale dans les cas les plus scandaleux, civile dans les hypothèses de responsabilité bien individualisée; en bordure du centre, les extensions de la responsabilité : présomptions, simples ou irréfragables, de faute, puis, au terme de l'évolution, la responsabilité objective: dans ce cas, le risque occupe la première place et le droit de la responsabilité a changé de centre de gravité; finalement, en aval : l'assurance et les fonds de compensation*” (p. 286-287).

<sup>810</sup> Ibidem, p. 282. No original: “*Si le droit de l'environnement est un labyrinthe dont le spectre de l'ineffectivité ferait figure de Minotaure, l'idée de responsabilité pourrait bien être son fil d'Ariane*”.

<sup>811</sup> Ibidem, p. 283. No original: “*Un indice parmi d'autres du rôle central que pourrait jouer la responsabilité comme principe fédérateur du droit de l'environnement, à l'interface du technique et du politique : lorsque le Traité de L'Union européenne définit, à l'article 130R, les principes sur lesquels «est fondée l'action de la Communauté en matière d'environnement», ce sont quatre principes eux-mêmes fondés sur l'idée de responsabilité qui sont retenus : l'action préventive, la correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement, le principe du pollueur-payeur et le principe de précaution*”.

<sup>812</sup> Idem: “*Le premier objectif consiste, bien entendu, à assurer l'indemnisation la plus complète possible des victimes des dommages de pollution*”.

<sup>813</sup> Sobre a distinção entre dano de poluição e dano ecológico, cf MARTIN, Gilles J. **Le dommage écologique**. Rapport présenté au comité ad hoc droit économie sociologie du P.I.R.E.N. Nice, 1989.

peças as quais lhe deram causa, à luz do princípio do poluidor pagador<sup>814</sup>. Igualmente, exerce a responsabilidade uma função de garantir a solvência do “pagador” por meio de uma mutualização dos riscos, repartindo o fardo das reparações por meio de seguros<sup>815</sup>. Por fim, por constituir o foco deste trabalho, o de proteger efetivamente o ambiente e, indiretamente, as pessoas vítimas dos danos de poluição por meio do aspecto preventivo “[...] *qui à lui seul, permet de regrouper la plupart des normes environnementales et qui explique la majorité de ses institutions et procédures*”<sup>816</sup>. Parece óbvio, portanto, defender que “[...] quando o dano ecológico é irreversível ou muito insidioso e difuso para ser realmente cuidado, ou que seu tratamento suporia a mobilização de somas enormes, somente a prevenção se torna uma atitude responsável”<sup>817</sup>.

Não há dúvida de que o bem ambiental tem conteúdo nitidamente público<sup>818</sup>. Porém, é igualmente consensual que tal bem, em sua origem e gestão, não pode dissociar-se do campo privado e individual<sup>819</sup>. No ambiente está em causa, portanto, “[...]um valor global, com um substrato material, mas, em si mesmo considerado, um valor”<sup>820</sup>. Isso não significa, contudo, que a tutela desse bem jurídico tipicamente público não se possa dar também sob a égide privada, sobretudo porque é inegável que qualquer agressão ao ambiente terá influência, em maior ou menor grau, na esfera privada das pessoas, tanto

---

<sup>814</sup> OST, François, op. cit., p. 283 : “*Imputer le plus précisément possible les coûts de réparation des dommages aux personnes qui en son l’origine*”.

<sup>815</sup> Idem : “[...] *garanti la solvabilité du «payeur» et d’assurer aux exploitants une mutualisation des risques en répartissant la charge des réparations*”.

<sup>816</sup> OST, François. La responsabilité, fil d’Ariane du droit de l’environnement. **Droit et Société**, Paris, n. 30/31, p. 281-322, 1995.

<sup>817</sup> Ibidem, p. 292. No original : “[...] *lorsque le dommage écologique est irréversible ou trop insidieux et diffus pour être vraiment pris en charge, ou que son traitement supposerait la mobilisation de sommes énormes, seule la prévention s’avère une attitude responsable*”.

<sup>818</sup> ALPA, Guido. La natura giuridica del danno ambientale. In: PERLINGIERI, Pietro (Org.). **Il danno ambientale com riferimento alla responsabilità civile**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. p. 91-110. *In verbis*: “*Il bene ambientale, in altre parole, ‘può dirsi un bene che fisicamente risulta dall’insieme di più cose, senza peraltro essere riferibili ad una cosa composta’. I beni ambientali, infine, sono ‘complessi di cose che racchiudono quel che potrebbe dirsi un valore collettivo, dalla norma individuato come oggetto di una tutela giuridica’. Il bene ambientale è, comunque, pubblico*” (p. 93).

<sup>819</sup> MATEO, Ramon Martin. **Manual de derecho ambiental**. Madrid: Trivium Editorial, 2005. No original: “*El factor antrópico, como e bacteriotrópico, y sus fundamentos egoístas, son quizás consecuencia de la creación de la vida y de la lucha por la superveniencia individual. Posiblemente los mandatos genéticos altruistas no tendrán implicaciones concretas que vayan más allá de la conservación del grupo inmediato, aunque confiemos que en nosotros existan instrucciones rudimentarias ampliables racionalmente que permitan expandir la generosidad, incluyendo el conjunto de la humanidad y la conservación para ello del entorno natural*” (p. 28).

<sup>820</sup> ALPA, Guido, op. cit., p. 93. No original: “[...] *un valore d’insieme, ha un substrato materiale, ma, in sé considerato, è un valore*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



específica quanto indistintamente consideradas e, de igual modo, porque grande parte dos problemas ambientais decorre, em certa medida, da ideia da apropriação privada de bens ambientais<sup>821</sup>. O direito privado, por conseguinte, tem importante papel na gestão jurídica, direta ou indireta, do ambiente.

Afinal, como amplamente demonstrado nesta investigação, o meio ambiente integra o conjunto de bens e direitos constituintes da personalidade humana, conceito cujos valores informadores conformam toda a juridicidade contemporânea e, para além disso, ostenta também um carácter inegavelmente transgeracional. Ou seja, refere-se não só às personalidades atualmente existentes, mas também às que estão por vir. Não por outro motivo, e como já aqui referenciado, Guido Alpa já afirmou a existência da tentativa de construir a proteção do meio ambiente em uma vertente individual. E, ao revés de se referir à disciplina da propriedade em sentido estrito, indicou a colocação do problema na esfera dos direitos da personalidade<sup>822</sup>. Justificando seu posicionamento, o autor afirma, em tradução livre, que “[...] essa posição, visando uma análise mais abrangente e aberta da questão ecológica, parece quase natural: não é por acaso que alguns documentos constitucionais recentes ‘constitucionalizaram’ o direito ao meio ambiente estabelecendo explicitamente o direito do indivíduo a desfrutar de um ambiente saudável”<sup>823</sup>.

Para além disso, Guido Alpa também refuta uma análise de base econômica para a avaliação da responsabilidade civil ambiental, argumentando que “[...] a ligação entre ‘saúde’ e ‘ambiente’ é tão estreita, e, tendo de se superar a concepção econômica patrimonialista dos bens, protegidos pelo sistema legal como economicamente apreciáveis, a identificação de um direito ao ambiente como um interesse da pessoa

---

<sup>821</sup> MATEO, Ramon Martin, op. cit., p. 27. No original: “*El origen de nuestros actuales males no está sin embargo en el pasaje de Génesis en que se recoge la despedida de Dios a Adán y Eva a quienes les dice: “Creced y multiplicaos y henchid la tierra y enseñareos de ella y dominad a los peces del mar y a las áreas del cielo y a todos los animales que se mueve por la tierra”.*”

<sup>822</sup> ALPA, Guido. La natura giuridica del danno ambientale. In: PERLINGIERI, Pietro (Org.). **Il danno ambientale com riferimento alla responsabilità civile**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. p 91-110. No original: “*Vi è stato il tentativo di costruire la tutela dell’ambiente in chiave individuale, e – anzi che riferirsi alla disciplina della proprietà, in senso stretto – si è preferito collocare la problematica nell’ambito dei diritti della personalità*” (p. 98).

<sup>823</sup> Idem. No original: “*Questa collocazione, ad un’ analisi più comprensiva ed aperta della questione ecologica, appare quasi naturale: non è un caso che alcune carte costituzionali recenti abbiano addirittura «costituzionalizzato» il diritto all’ambiente explicitamente istituendo un diritto del singolo a godere di un ambiente salubre*”.

torna-se um passo fácil”<sup>824</sup>. Nesse sentido, afirma, o agente privado, uma vez afetado pela degradação do meio ambiente, pode defender-se com os remédios típicos relacionados com a propriedade ou a saúde, ou seja, instrumentos típicos de direito privado<sup>825</sup>.

Por fim, a vinculação do ambiente à personalidade dá-se também por sua correlação com todos os elementos identificadores desta, como a cultura, a educação, recreação, etc.<sup>826</sup>. E entre os instrumentos de direito privado a serem utilizados na defesa do ambiente está a responsabilidade civil. Todavia, a responsabilidade civil encontraria uma limitação de ordem prática bastante forte na imprescindibilidade do dano. Isso, contudo, não retira a importância do direito privado, em especial da responsabilidade civil, na consagração e efetivação dos direitos fundamentais – fruto de uma constitucionalização dos direitos ambientais, acima referenciada. Com efeito, é preciso destacar também, como aponta Salvatore Patti em relação ao direito italiano, o qual se repete em menor ou maior grau em quase todos os ordenamentos, que há um inegável limite à atuação do direito público nesse âmbito. Logo, é relevante a disponibilização ao particular de instrumentos de direito privado, dos quais o indivíduo pode extrair a proteção do ambiente em que vive e, por conseguinte, da sua própria personalidade. Não se pode, portanto, descartar a possibilidade de utilização privada de institutos jurídicos relegando a defesa do bem ambiental às ações públicas<sup>827</sup>.

---

<sup>824</sup> Idem. No original: “[...] essendo così stretto il nesso tra «salute» e «ambiente», e dovendosi superare la concezione economico-patrimonialista dei beni, in tanto tutelati dall’ordinamento in quanto economicamente apprezzabili, la individuazione di un diritto all’ambiente inteso come interesse della persona diviene un passo agevole”.

<sup>825</sup> Ibidem, p. 107. No original: “Il privato, pregiudicato dal degrado dell’ambiente, potrà difendersi con i remedi tipici relativi alla proprietà o alla salute; credo si debba rinunciare all’idea che il danno ambientale dell’art. 18 possa avere riflessi privatisci”.

<sup>826</sup> TOMMASINI, Raffaele. **La responsabilità civile nel terzo millennio**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 366. In verbis: “L’ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l’esigenza di un habitat naturale nel quale l’uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti”.

<sup>827</sup> PATTI, Salvatore. **La tutela civile dell’ambiente**. Padova: Cedam, 1979. p. 52. No original: “[...] l’importanza di mettere in luce l’esistenza di istituti del diritto privato, di cui il singolo possa disporre per la tutela dell’ambiente in cui vive, deriva – in modo particolare nel nostro paese – dall’insufficienza che almeno fino a questo momento hanno dimostrato gli interventi di tipo pubblicistico. Si avverte inoltre l’esigenza, teorica e pratica, di collocare ogni soggetto in una posizione autonoma nell’ambito del sistema di tutela, offrendogli la possibilità di utilizzare i mezzi di difesa attribuiti al privato, per la conservazione di un bene che lo riguarda in ogni momento della sua esistenza e coinvolge lo svolgimento della personalità. In altri termini, sembra opportuno non limitarsi ad attendere l’intervento della collettività e la predisposizione di strumenti di tipo pubblicistico perché risulti protetto l’interesse di tutti. Dall’azione del singolo, Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Logo, apesar de na contemporaneidade o direito de responsabilidade civil, diante da imprescindibilidade da figura do dano, não ter o condão de outorgar, *prima facie*, a proteção demandada pelo ambiente e, também, aos direitos de personalidade por ele formados, mormente porquanto atrelada à sua conformação jurídica integralmente a jusante do dano, isso não significa a sua absoluta impropriedade para a salvaguarda do bem ambiental, nem tampouco que essa estrutura moldada para o pós-dano não mereça uma análise mais acurada, nomeadamente diante das várias vozes no sentido de permitir uma RC sem dano. Ou seja, a responsabilidade civil, em sua concepção jurídica contemporânea, garantiria apenas e tão somente a indenização por danos, não impedindo, de acordo com uma visão restritiva, a continuação da atividade. Sem embargo, para ser efetiva a proteção do meio ambiente, ela deve ostentar caráter preventivo ou, pelo menos, tender à cessação imediata da atividade poluidora<sup>828</sup>.

Uma das formas cognoscíveis e amplamente viáveis, quando se defrontam as distorções decorrentes da utilização de um instrumento de direito privado para a salvaguarda de um direito tipicamente público, toca, por exemplo, a imposição dos custos de uma produção mais eficiente e responsável pela responsabilidade civil, sendo esta inegavelmente mais efetiva do que medidas de índole pública. Nessa linha, a doutrina aponta que as regras da RC só podem, por conseguinte, desempenhar um papel positivo quando o nível de compensação imposto à empresa levar a que esta desista da atividade nociva ou modifique as técnicas de produção, de modo a eliminar ou reduzir os danos. Normalmente, essa fase ocorrerá quando o custo da compensação que a empresa terá de suportar impuser aumentos de preços que ponham em risco a sua competitividade no mercado<sup>829</sup>.

Como dito, há casos específicos em que a responsabilidade civil, em termos ambientais, é mais efetiva, porque rápida e porque oferece um nível de proteção superior

---

*mediante gli strumenti del diritto privato – sia pure indirettamente e parzialmente – può derivare un’efficace tutela anche per gli interessi della collettività”.*

<sup>828</sup> Ibidem, p. 77. No original: “*Essa assicura soltanto il risarcimento del danno, e – secondo una visione restrittiva – non impedisce la continuazione dell’attività, mentre la tutela dell’ambiente per esser efficace deve avere soprattutto carattere preventivo o, almeno, tendere all’immediata cessazione dell’attività inquinante”.*

<sup>829</sup> PATTI, Salvatore. **La tutela civile dell’ambiente**. Padova: Cedam, 1979. No original: “*Le norme della responsabilità civile possono pertanto svolgere un ruolo positivo soltanto quando il livello dei risarcimenti imposti all’impresa induca quest’ultima a desistere dell’attività dannosa o a modificare le tecniche di produzione in modo da eliminare o ridurre i danni. A questa fase si giungerà normalmente quando il costo dei risarcimenti che l’impresa dovrà sopportare imporrà aumenti di prezzo tali da mettere in pericolo la sua competitività sul mercato”* (p. 78).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

às estruturas típicas de proteção do direito público, sendo imprescindível a utilização desse instituto no âmbito da gestão ambiental. Isso não significa, contudo, que um sistema de proteção (o privado) deva substituir o outro (de índole pública); apenas e tão somente serve para demonstrar que a RC representa relevante e fundamental papel na defesa do ambiente<sup>830</sup>.

O primeiro dos elementos importantes para a configuração da relevância da estrutura da responsabilidade civil enquanto instrumento de direito privado para a proteção ambiental frente à atribuição tipicamente pública a ela afeta toca na questão da prevaricação. Muito embora seja até certo ponto cruel, é preciso reconhecer: os agentes públicos “[...] *are vulnerable to bribery from third parties or from the class of offenders they are supposed to monitor*”<sup>831</sup>. Assim, muito embora não seja correto afirmar que a corrupção não é um fenômeno estranho à esfera privada – pelo contrário, ela é bastante comum –, é preciso reconhecer que não é tão viável quando contraposta ao sistema público, sobretudo porque as partes envolvidas tendem a não tergiversar com bens como a sua própria saúde e integridade física. Nesse sentido:

Embora as indenizações não sejam estabelecidas pelos tribunais para corrigir as baixas probabilidades de detecção, há uma boa chance de que os níveis de dano definidos para esses casos se aproximem do montante necessário para fornecer o nível apropriado de dissuasão. Os infratores que escondem sua conduta (*dumping* da meia-noite) provavelmente serão considerados pelo tribunal como tendo agido intencionalmente, o que justificaria uma sentença punitiva. Enquanto a sentença punitiva for suficiente para anular quaisquer ganhos que o delinquente tenha obtido com o *dumping* da meia-noite, o processo contencioso terá funcionado como um impedimento. Há evidências de que as sentenças por danos punitivos visam acabar com os ganhos dos autores dos comportamentos ilícitos<sup>832</sup>.

---

<sup>830</sup> HYLTON, Keith N. When should we prefer tort law to environmental regulation? **Washburn Law Journal**, [s.l.], v. 41, n. 3, p. 515-534, 2002.

<sup>831</sup> *Ibidem*, p. 520.

<sup>832</sup> HYLTON, Keith N. When should we prefer tort law to environmental regulation? **Washburn Law Journal**, [s.l.], v. 41, n. 3, p. 521, 2002. No original: “*Although damages are not set by courts in order to correct for low detection probabilities, there is a fair chance that the damage levels set for these cases come close to the amount required to provide the appropriate level of deterrence. Offenders who hide their conduct (midnight dumping) are likely to be found by the court to have acted intentionally, which would justify a punitive award. As long as the punitive award is sufficient to wipe out any gains the tortfeasor may have gotten from midnight dumping, the litigation process will have worked as a deterrent. There is evidence that punitive damage awards are aimed to wipe out tortfeasors’ gains*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Sob o prisma ambiental, não é discutível que aquele que sofreu danos à sua personalidade decorrentes de algum comportamento pernicioso é menos suscetível de algum ato moralmente questionável, no sentido da aplicação da responsabilidade civil ao causador do dano. A gestão eminentemente ou, ao menos, maioritariamente pública do bem ambiental traz em si uma impessoalidade que se revelou bastante problemática, ainda mais quando acompanhada da insuficiência e ineficiência do Estado para lidar com os problemas ambientais.

Ademais, para Keith Hylton, a RC é ainda mais adequada para a defesa do ambiente porquanto a informação, via de regra, é mais acessível ao particular, em tese sempre mais próximo do problema. Assim, o requerente (aquele que interpõe a medida judicial) “[...] sabe mais sobre sua lesão do que qualquer outra parte. O réu sabe mais sobre seu ônus de precaução do que qualquer outra pessoa. O sistema da responsabilidade civil, portanto, dá a ambas as partes um incentivo para persuadir o tribunal de que a sua versão da apropriada norma regulamentadora é a adequada”<sup>833</sup>.

É evidente, portanto, que não se pode subestimar a proteção privada do bem ambiental, sendo a RC o instrumento mais comum para essa modalidade de defesa.

O direito ambiental compreende a tutela dos “[...] *sistemas naturales que hacen posible la vida*”<sup>834</sup>. Daí decorre sua inexorável inter-relação com o bem maior, a vida, assim como de sua qualidade, abrangendo inclusive, como muitas ordens constitucionais, sítios de beleza cênica, o meio ambiente cultural (patrimônio histórico, artístico e arqueológico) e o trabalho em que está inserido o ser humano, ainda que seja forçoso reconhecer que a ética ocidental sempre foi bastante questionável no que diz respeito ao estabelecimento de marcos para a relação entre o homem e a natureza<sup>835</sup>.

Esta concepção permite-nos concluir que o direito ambiental, a despeito de predominantemente público, tem estreitas vinculações com o direito privado e, portanto,

---

<sup>833</sup> Ibidem, p. 522. No original: “*The plaintiff knows more about his injury than any other party. The defendant knows more about his burden of precaution than anyone else. The negligence system gives both parties an incentive to persuade the court that their version of the appropriate regulatory rule is appropriate*”.

<sup>834</sup> MATEO, Ramon Martin. **Manual de derecho ambiental**. Madrid: Trivium Editorial, 2005. p. 61.

<sup>835</sup> NASH, Roderick Frazier. **The rights of nature: a history of environmental ethics**. Madison: The University of Wisconsin Press, 1988. No original: “*Just like theologians, western ethicists have focused for two millenia almost exclusively on the conduct of people toward each other and toward various deities. Traditionl moral philosophy professed little concern for the human relationship with nature*” (p. 122).

sob a égide privada, não-de proporcionar-se técnicas de defesa desse bem jurídico. Trata-se de encarar uma multidisciplinariedade intrínseca ao direito ambiental, cujo caráter universalista nos impulsiona a encontrar técnicas de tutela de grande amplitude. Isso porque o direito público, “[...] *si bien prevalente, no monopoliza la tutela ambiental, en la que conviven otros derechos como el civil, mercantil, internacional y privado*”<sup>836</sup>.

É sob o prisma privado que a ubiquidade do direito ambiental se revela. As pessoas, em sua esfera privada de interesses, são ao mesmo tempo ávidas consumidoras de energia oriunda de fontes não renováveis e de lixo não reciclável e, também, vítimas da contaminação da diminuição da qualidade de vida que, ao menos parcialmente, pode ser imputada a cada um de nós.

É sob a perspectiva privada ainda que a ideia de sustentabilidade se revela, estabelecendo mecanismos de produção que satisfaçam as aspirações legítimas da presente geração, sem que indiretamente se coloque em causa o potencial para as futuras gerações satisfazerem, igualmente, seus também legítimos interesses.

A ideia de uma resposta privada para o problema ambiental, este último quase sempre encarado numa perspectiva publicística, pode, todavia, levar à conclusão de uma resposta de cunho monetário, nomeadamente com base no princípio do poluidor pagador. Não obstante, e muito embora se defenda a ideia de uma estrutura de defesa do bem ambiental sob a lógica privada, os princípios da prevenção e da precaução induzem a uma solução que vai além ou, em termos mais técnicos, antes da responsabilidade do produtor por meio do pagamento de certa quantia, quando já verificada a deterioração do meio ambiente.

Trata-se, portanto, de uma lógica privada de manejo dos riscos. Sempre orientada pelos princípios da precaução e da prevenção, os quais por sua vez demandam a ampla participação da sociedade, devidamente munida de informação e educada, com o propósito de avaliar e selecionar quais serão os riscos admitidos e quais não.

---

<sup>836</sup> MATEO, Ramon Martin, op. cit. p. 64.

## 21.1 A Permanente Crise da Responsabilidade Civil

Segundo António Castanheira Neves, no começo do século (XX) a responsabilidade civil confrontava-se com uma nova problemática, a qual parecia abalar radicalmente os princípios e as estruturas dogmáticas que nesse domínio então se pensava estarem adquiridos: era a problemática do “risco” que estava a pôr em causa o que se postulava como a essência mesma da responsabilidade civil<sup>837</sup>. Tida como “[...] mecanismo de controle social que tem por propósito o alívio da tensão criada pela prática de uma ação que não corresponde a uma expectativa, em um determinado sistema social, visando a restabelecer o equilíbrio deste [...]”<sup>838</sup>, a RC passaria, a partir de então, a lidar com a tensão gerada pelos riscos.

Diante do desafio imposto pelo risco, a nova compreensão dessa responsabilidade veio a admitir como uma de suas várias modalidades – por um aprofundamento da mediamente unitária intenção normativo-jurídica e de justiça que elas manifestavam e que era, afinal, o seu fundamento último – tanto a “responsabilidade pela culpa” quanto a “responsabilidade pelo risco”.

Estabelecendo o paralelo circunstancial e científico, Roger Silva Aguiar observa que a RC seria novamente posta em questão mediante a análise da problemática da “repartição dos riscos” ou da direta forma de reparação dos danos através de formas de socialização daqueles (riscos) e desses (danos), impondo a pergunta: a responsabilidade, no seu sentido tradicional e com as modalidades referidas, continua a ter justificação e, sobretudo, poderia subsistir, nessa sua índole jurídica específica, num futuro já próximo e previsível do desenvolvimento jurídico-social?

A ideia era demonstrar um “[...] dogmatismo incapaz de compreender, no fechamento das suas categorias, a dialéctica da superação imposta pelas exigências materiais da justiça”<sup>839</sup>. Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade civil deve libertar-

---

<sup>837</sup> NEVES, António Castanheira. Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira. In: **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 475 a 482.

<sup>838</sup> AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil**: a culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011. p. 214.

<sup>839</sup> NEVES, António Castanheira. Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira. In: **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 477.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

se das amarras do que Castanheira Neves denominou dogmatismo da conservação, o qual “[...] repele qualquer mutação que atinja suas categorias de pensamento supostamente definitivas, numa incompreensão absoluta do novo que exige reconhecimento”<sup>840</sup>. O autor também indica elementos do fim de uma estrutura de RC, denominada dogmatismo do progresso, entendido como aquele que “[...] realiza-se na atitude inversa de só admitir o novo adquirindo, com recusa igualmente absoluta do que persista com sentido, não obstante sua relativa superação”<sup>841</sup>.

Na seara da RC o temperamento entre o dogmatismo de conservação e o de progresso obteve sua expressão na convivência entre os sistemas de responsabilidade pela culpa e pelo risco. Isso implica dizer que o sistema de repartição e socialização de riscos e danos se, por um lado, não pode ser negado como instrumento jurídico socialmente relevante, por outro, não está a ensejar ou a justificar o fim do fenômeno jurídico da responsabilidade civil, o que dar-se-ia enquanto expressão de um dogmatismo de progresso. Cuida-se da coexistência harmônica de ambos e até mesmo de vários sistemas. Nesse sentido, António Castanheira Neves define:

O problema não se resolverá deste *modus* contraditório, em termos de nenhuma de suas dimensões ficar decerto intocada, mas não se vê também só por isso suprimida: a responsabilidade pessoal e a culpa subsistirão, mas sem que o seu sentido possa prescindir da revisão exigida pelo reconhecimento e integração no sistema, quer das várias formas de responsabilidade objectiva, quer da responsabilidade social ou da socialização dos danos – revisão exigida, dir-se-á ainda e de outro lado, pela também recuperada integração daquelas primeiras dimensões num sistema que entretanto adquiriu outras novas e distintas dimensões e que, por isso, não pode deixar de sofrer uma correlativa modificação no seu sentido global. Não uma lógica forma, de uma sistemática unidade pela identidade, e sim uma lógica dialéctica de uma sistemática totalizante do diverso integrado<sup>842</sup>.

A ideia de comparação realizada pelo autor entre dois momentos históricos do direito da responsabilidade civil propõe, de um lado, a aceitação do risco com o doravante diálogo entre os dois sistemas de responsabilização e, de outro, quando da emergência de fenômeno da socialização dos riscos, bem como da lógica dogmática que permite a manutenção de todos os sistemas, faz sentido agora com o incremento de uma

---

<sup>840</sup> Idem.

<sup>841</sup> Idem.

<sup>842</sup> Ibidem, p. 477-478.



RC impregnada de preceitos normativos e valorativos orientados pela precaução em direito ambiental. Ou seja, a necessidade da perquirição e investigação de um modelo de responsabilidade civil ambiental baseado unicamente no risco ou, ainda, como mencionado por alguns autores, na conformação jurídica de uma RC sem dano. A ideia reside na contemporização e adequação do direito ao cenário social que busca regular, já alinhavado nas fases anteriores da presente investigação, como prestígio à condição histórico-social do jurídico, como denominado por António Castanheira Neves:

Afirma-se deste modo a condição histórico-social do jurídico, a excluir um seu entendimento apriorístico; mas não se afirma menos a sua natureza normativo-material e concretamente problemática, a recusar a sua remissão para um simplismo voluntarista. Não o apriorismo jusnaturalista e dedutivista; não também o voluntarismo positivista e formalista – mas uma normatividade histórico-socialmente de autónoma fundamentação material, i. e., simultaneamente tão condicionada nos pressupostos dados como de autónoma constituição na intencionalidade<sup>843</sup>.

Logo, a compreensão completa do fenómeno jurídico da responsabilidade civil enquanto um resultado, não só mas relevantemente, de um contexto histórico-social, perpassa a própria concepção conjunta de uma “normatividade histórico-socialmente” capaz de, assim, apreender sua correta função dentro de um cenário social e circunscrito a um determinado período histórico.

Negar-lhe (ao fenómeno da RC) a veia histórica e a correlata perspectiva social suprir-lhe-ia a natureza de jurídica e afastar-lhe-ia de sua intencionalidade mutante no sentido de manter-se constante quanto à sua sintonia histórico-social e à perspectiva axiológica limitada pelos eixos espaço-tempo. Cuida-se de uma expressão de referencial já trabalhada neste estudo. É necessária a observância do fenómeno jurídico mediante o estabelecimento de sua intencionalidade perante determinado referencial axiológico em contínua mutação a ensejar, portanto, a igualmente contínua mutação do jurídico como forma de manter-se firme e inabalável frente àquilo que sempre muda.

Na hipótese ventilada, a crise da responsabilidade civil referenciada toca à configuração de um cenário social de contratos de massa de pluralidade em quantidade e

---

<sup>843</sup> NEVES, António Castanheira. Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira. In: **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 478.

intensidade de riscos sob diferentes graus de incerteza. A massificação, em especial cotejo, conduz à diluição da própria individualidade e da pessoalidade. Passa-se a representar um número, um código dentro de um mundo de relações padronizadas. A socialização da responsabilidade configura-se como “[...] o apagamento do pessoal pelo social, na redução da pessoa à sociedade”<sup>844</sup>. Logo, acrescenta António Castanheira Neves, o que se pretende afirmar:

[...] é que a diferenciação dos tipos de responsabilidade, por um lado, e a eventual distinção entre esta e as formas de segurança social (seja através de um regime de seguro, seja por qualquer modo de especificação do “direito social”), por outro lado, e a articulação integrada entre aqueles tipos e estas formas, por último, se deve continuar a fazer no quadro de um sistema de compreensão global do problema da responsabilidade, na pluralidade de suas dimensões, sem sacrifício dos valores fundamentais que o direito exige que aí se reconheçam<sup>845</sup>.

Todavia, ainda que se reconheça um potencial ocaso do direito da RC em face da solidarização dos riscos e dos danos decorrentes de uma inegável massificação dos contratos e das relações eminentemente padronizadas, pode-se igualmente concluir que ele (o direito de responsabilidade civil) é iluminado pela aurora do princípio da precaução no direito privado. Afinal, pondera Giselda Maria F. N. Hironaka, a própria ideia de justiça, tão cara à RC<sup>846</sup>, contamina-se com a ideia dos riscos e da repartição destes mesmos riscos, dado que o “[...] modelo do tempo passado, aquele descrito sob o pálio da modernidade, conforme se convencionou chamar, já não nos serve mais, ou, no mínimo, é insuficiente”<sup>847</sup>.

Em obra cujo objeto é, precisamente, a análise da viabilidade da estruturação de uma responsabilidade civil sem dano, Bruno Leonardo Câmara Carrá faz importantes apontamentos sobre a crise contemporânea da RC ao indicar que “[...] a dimensão dos

---

<sup>844</sup> NEVES, António Castanheira. Nótula a propósito do Estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira. In: **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 479.

<sup>845</sup> Idem.

<sup>846</sup> HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do Século XXI. p. 189. In DINIZ, Maria Helena (Coord. O direito civil no século XXI. São Paulo : Saraiva, 2003. *In verbis*: “A responsabilidade civil – assim como a penal – tem, antes de tudo, um sentido de reposição do justo, numa simbologia reconhecida em padrões morais, éticos ou religiosos diversos, todos eles muito antigos”.

<sup>847</sup> Ibidem, 198.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

danos atuais já não recomendaria mais seu mero reconhecimento e reparação”<sup>848</sup>. A ideia exposta é de uma nova crise, resultado da noção de objeto central estabelecido na prevenção e não na reparação, atribuída à doutrina francesa do final do século XX no sentido de cisão com um modelo de responsabilidade civil clássico. Assim, segundo o autor, haveria “[...] uma distorção entre a realidade fenomênica e seus danos incontroláveis com a estrutura dogmática em vigor”<sup>849</sup>.

No âmbito da responsabilidade civil, portanto, seria a contemporaneidade o cenário configurador de uma nova e sem precedentes crise de sua própria ontologia. A crise, em si, traz em seu bojo a necessidade de uma mudança, a qual, no caso específico, deveria orientar-se pela preocupação central de oferecimento de uma resposta consolidada para as novas demandas, com especial relevo às demandas ambientais<sup>850</sup>.

---

<sup>848</sup> CARRÁ. Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30.

<sup>849</sup> CARRÁ. Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 38.

<sup>850</sup> Nesse sentido, *ibidem*, p. 40. *In verbis*: “O continuum evolutivo que vai da responsabilidade baseada na culpa até a sedimentação do modelo objetivo centrado na teoria do risco impele a mais uma revisão de seus fundamentos, que, desta vez, pode resultar na própria suplantação do primeiro de seus pressupostos”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

## 22. A EMERGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO DIREITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

---

A despeito de algumas indicações de que o princípio da precaução, em sua forma atual, tenha sido engendrado como instrumento da política ambiental da Alemanha Ocidental na década de 1960<sup>851</sup> e positivado nos anos 1970<sup>852</sup>, pode-se afirmar, com relativa segurança, que sua consolidação positiva como veículo normativo de direito ambiental e, nesse quadrante específico, de direito ambiental internacional<sup>853</sup>, deu-se por meio da Declaração do Rio<sup>854</sup> e, em termos mais específicos relativos à União Europeia, da sua introdução como princípio de direito ambiental através do tratado de Maastricht<sup>855</sup>. Todavia, segundo Nicolas de Sadeleer, o artigo 174 do mencionado instrumento

---

<sup>851</sup> LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: \_\_\_\_\_; GOMES, José Joaquim Gomes (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 136-203 e p. 174. “O princípio da precaução tem sua origem no direito alemão a partir do conceito do *Vorsorgeprinzip*, do ordenamento jurídico, que exige a atuação mesmo antes de qualquer dano efetivo. Segundo Stein, esse princípio apareceu em meados de 1960, quando as questões ambientais se tornaram um grande tema político na Alemanha, tendo sido posteriormente, em 1970, positivado.”

<sup>852</sup> FISHER, Elisabeth. **Risk regulation and administrative constitutionalism**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 209. No original: “*The precautionary principle, in its present form, originated in West German environmental policy in the late 1970s, although similar types of philosophies can be seen in other Northern European Member States*”.

<sup>853</sup> Há indicações de precaução também na Carta da Natureza, de 1982, em seu item 11, c, e na Conferência Internacional para a Proteção do Mar do Norte de 1987.

<sup>854</sup> Também em âmbito internacional, ver: UNIÃO AFRICANA. Bamako Convention on the Ban on the Import into Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes within Africa (1991). Disponível em: <<https://www.lrct.go.tz/download/treaty-convention/bamako.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018. No original: “[...] 3 (...) (f) *Each Party shall strive to adopt and implement the preventive, precautionary approach to pollution problems which entails, inter alia, preventing the release into the environment of substances which may cause harm to humans or the environment without waiting for scientific proof regarding such harm. The Parties shall cooperate with each other in taking the appropriate measures to implement the precautionary principle to pollution prevention through the application of clean production methods, rather than the pursuit of permissible emissions approach based on assimilative capacity assumption*”.

<sup>855</sup> DE SADELEER, Nicolas. The precautionary principle in European Community Health and Environmental Law: sword or shield for the Nordic countries? In: **Implementing the precautionary principle: approaches for the Nordic countries, EU and USA**. London: Earthscan, 2008. p. 10-58. No original: “*Although it had been enshrined as a general principle of international environmental policy at the 1992 United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) at Rio de Janeiro, its introduction into the EC legal order had to await the adoption of the Maastricht Treaty*” (p. 12). Em igual sentido, FISHER, Elisabeth. **Risk regulation and administrative constitutionalism**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 209. No original: “*The principle was included in the Treaty establishing the European Community (TEC) in 1992 as one of a number of principles that environmental policy “shall be based on”*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

normativo internacional falhou em constituir uma definição precisa do seu conteúdo normativo. O referido autor atribui essa ausência ao fato de que a implementação da precaução numa ampla gama de políticas é bastante contextual<sup>856</sup>.

Em 2000, com o objetivo de corrigir tal falha, a Comissão Europeia, órgão consultivo da União Europeia, produziu uma comunicação que descreve a precaução como “[...] *a risk management tool that is part of a risk analysis framework*”. Outra previsão importante com relação à definição de precaução, tendo em vista a rarefeita definição normativa, refere-se aos julgamentos realizados pela Corte Internacional de Justiça, nomeadamente o caso 236.2011, pelas cortes italianas, nos quais figurava como parte a empresa Monsanto Agricultura Italia, tendo sido decidido que: “[...] o Estado-membro pode, de acordo com o princípio da precaução, exercer o poder que o artigo 12º deste regulamento lhe atribui, embora não disponha ou ainda não disponha de elementos susceptíveis de demonstrar que esses alimentos apresentam um perigo para a saúde humana e para o ambiente”<sup>857</sup>.

Em igual sentido, no caso envolvendo o Greenpeace, o Ministère de l'Agriculture de France et de la Pêche, a Novartis Seeds e a Monsanto Europe, destaca-se que a:

[...] observância do princípio da precaução está reflectida na obrigação do notificador, estabelecida no artigo 11.º, n.º 6, da Directiva 90/220, de comunicar imediatamente à autoridade competente novas informações sobre os riscos do produto para a saúde humana ou para o ambiente e às autoridades competentes, conforme previsto no n.º 4 do artigo 12.º, informar imediatamente a Comissão e os outros Estados-Membros sobre essas informações e, em segundo lugar, o direito de qualquer Estado-Membro, previsto no artigo 16.º da directiva, de restringir ou proibir a utilização e/ou a venda no seu território de um produto que tenha recebido o consentimento quando tiver razões justificáveis para

---

<sup>856</sup> Ibidem, p. 13. No original: “[...] *does not provide a definition either of the principle, or of the closely linked principles encapsulated in that provision. The lack of definition could be justified on the ground that the implementation of these principles across a wide range of policies is rather contextual*”.

<sup>857</sup> INFOCURIA - Case-law of the Court of Justice. **C-236/01** - Monsanto Agricultura Italie and others. [s.l.], 9 Sept. 2003. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-236/01#>>. Acesso em: 7 nov. 2013.

considerar que constitui um risco para a saúde humana ou para o ambiente<sup>858</sup>.

Para Jean-Pierre Desideri, a precaução é “[...] uma resposta à indiferença a respeito do destino dos outros em todas as suas expressões, individualismo, inconsistência, desatenção, negligência, fraqueza ou puro egoísmo”<sup>859</sup>. A ideia de precaução é aqui a expressão recorrente do ethos concernente ao dever de responsabilidade. Em ambos está em causa uma expressão avessa à ideia de egoísmo, centrada na de deveres de responsabilidade para com o “ser alheio” e tudo o que é compreendido nessa esfera.

Cass R. Sunstein<sup>860</sup> determina que o princípio da precaução é guiado por cinco atributos básicos: a heurística da disponibilidade, a probabilidade negligenciada, a aversão a perdas, a negligência sistêmica e a crença na benevolência da natureza. A

---

<sup>858</sup> EUR-LEX - Access to European Union Law. Association Greenpeace France and Others v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche and others. Judgment of the Court of 21 March 2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0006>>. Acesso em: 7 nov. 2013. No original: “[...] observance of the precautionary principle is reflected in the notifier's obligation, laid down in Article 11(6) of Directive 90/220, immediately to notify the competent authority of new information regarding the risks of the product to human health or the environment and the competent authority's obligation, laid down in Article 12(4), immediately to inform the Commission and the other Member States about this information and, secondly, in the right of any Member State, provided for in Article 16 of the directive, provisionally to restrict or prohibit the use and/or sale on its territory of a product which has received consent where it has justifiable reasons to consider that it constitutes a risk to human health or the environment”.

<sup>859</sup> DESIDERI, Jean-Pierre. La précaution en droit privé. **Recueil Dalloz**, [s.l.], Anne 176, n. 15. p. 238-242, 2000. No original: “[...] une réponse à l'indifférence au sort d'autrui dans toutes ses expressions, l'individualisme, l'inconscience, l'inattention, la négligence, ça faiblesse ou l'égoïsme pur et simple” (p. 238).

<sup>860</sup> O autor também analisa a comunicação da Comissão Relativa ao Princípio da Precaução. A ideia da comissão indica que a proteção à saúde é preferencial relativamente a considerações econômicas; porém, para Cass R. Sunstein, essa consideração é inútil por duas razões. A primeira delas, porquanto uma praticamente insignificante melhora na saúde pública não justifica um dispêndio enorme de dinheiro e, ademais, o próprio gasto desmedido pode produzir efeitos negativos sobre a saúde. Acerca do tema, ver a obra do autor: **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 121. No original: “Consider in this light the partly sensible but frequently vague and confusing communication on the Precautionary Principle from the European Commission. The communication urges that the principle ‘should be considered within a structured approach to the analysis of risk’ that includes ‘risk assessment, risk management, risk communication’. Hence measures based on the principle should not be blindly precautionary, but should be nondiscriminatory in application and consistent with similar measures previously taken. The commission also insists the precautionary steps should be proportional to the chose level of protection and “based on an examination of the potential benefits and costs of action or lack of action (including, where appropriate and feasible, an economic cost/benefit analysis)”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

questão da heurística pode produzir uma avaliação imprecisa das probabilidades: “O ponto-chave é que a heurística da disponibilidade muitas vezes subscreve o uso do Princípio da Precaução, sugerindo a importância de se tomarem precauções contra alguns, mas dificilmente todos, os riscos envolvidos”<sup>861</sup>. De mais a mais, ele sugere que “[...] às vezes, o Princípio da Precaução se torna viável porque a questão da probabilidade é negligenciada, e as pessoas se concentram em um resultado emocionalmente influenciado entre um grande conjunto de possibilidades”<sup>862</sup>. É importante destacar que em muitas oportunidades o medo é real, mas a probabilidade de ele se tornar real não foi relevada. A aversão a perdas resume-se na maior importância dada à manutenção de um *status quo* em detrimento da obtenção de melhoria nas condições de vida. Ou seja: “[...] uma perda do *status quo* é vista como mais indesejável do que um ganho é visto como desejável”<sup>863</sup>.

No tocante à negligência sistêmica<sup>864</sup>, Cass R. Sunstein afirma que o foco da perquirição dos riscos fica cingido pelo que ele denomina risco-alvo, o que implica a desconsideração das questões relacionadas à atitude precaucional. Para o autor, a análise visando a eventual adoção de medidas precaucionais deve sempre ser sistêmica e colocada de modo a considerar todos os riscos de danos irreversíveis<sup>865</sup>. Sem embargo, há de ter-se em conta, ainda segundo o escólio de Cass R. Sunstein, que todo dano tem seu ponto de irreversibilidade. Afinal, qualquer morte é irreversível, mas isso não implica

---

<sup>861</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 39. No original: “*The key point is that the availability heuristic often underwrites the use of the Precautionary Principle, by suggesting the importance of taking precaution against some, but hardly all, of the risks involved*”.

<sup>862</sup> Idem: “[...] *sometimes the Precautionary Principle becomes workable because the issue of probability is neglected, and people focus on one emotionally gripping outcome among a large set of possibilities*”.

<sup>863</sup> Ibidem, p. 41. No original: “[...] *a loss from the status quo is seen as more undesirable than a gain is seen as desirable*”.

<sup>864</sup> Idem, no original: “*The conclusion is that the Precautionary Principle often seems helpful because analysts are focusing on the “target” risk, and not on the systemic, risk-related effects of being precautionary, or even on the risk-related consequences of risk reduction. Rational regulators, of course, think about systems, not snapshots. And once we see that risks are inevitably parts of systems, the Precautionary Principle will become far less helpful*”.

<sup>865</sup> Ibidem, p. 115: “*The Precautionary Principle is often invoked in cases involving risks of irreversible harm. As we have seen, the term “irreversible” appears in numerous descriptions of what the principle is designed to avoid. The intuition here is both straightforward and appealing: More steps should be taken to prevent harms that are effectively final than to prevent these that can be reversed at some cost. If an irreversible harm is on one side, and a reversible one on the other, an understanding of “option value” suggests that it is worthwhile to spend a certain amount to preserve future flexibility, by paying a Premium to avoid the irreversible harm*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

dizer que a irreversibilidade aqui consagrada se aplique a todo e qualquer risco de mortalidade<sup>866</sup>.

Para o Autor, nem todos os danos, ainda que irreversíveis (segundo sua lógica de que tudo é irreversível), podem ser objeto de medidas orientadas pelo princípio da precaução: “[...] a mudança irreversível tem de ser para pior, e também deve atingir um certo nível de magnitude. Uma mudança verdadeiramente minúscula na temperatura global, mesmo que permanente, não justificaria precauções dispendiosas, se for benigna ou se impuser pouco dano”<sup>867</sup>. Observa-se que a ideia de que um dano, ainda quando irreversível, em virtude da sua eventual pequena dimensão não deveria ser objeto da adoção de um comportamento pautado por uma vertente precautória, revela uma lógica economicista do direito, em especial no momento em que for contraposto a medidas precaucionais custosas (caras). Na realidade, o princípio da precaução visa exatamente afastar a lógica monetária da aplicação do direito, e o faz em favor de bens de relevância ímpar outorgada a determinados bens, os quais, por mais economicamente drástica que fosse a medida de resposta ao potencial comportamento a eles lesivo, ainda seria vantajosa como medida precaucional.

Ademais, Cass R. Sunstein não estabelece se há critério para aferir um dano de pequena monta e outro de grande. O exemplo dado, a alteração minúscula da temperatura global (0,1° Celsius por referência), quando avaliado sob o aspecto completo demandado pelo meio ambiente, pode ter consequências extremamente desastrosas para os corais, por exemplo, afetando toda a biodiversidade marinha e gerando um efeito cascata. Esse acréscimo da temperatura global de 0,1°, muito embora pareça pequeno e, portanto, possa ser classificado como dano de pequena monta, deve necessariamente ter suas consequências diretas e indiretas minuciosamente avaliadas, o que pode levar à conclusão de que, a despeito de numericamente insignificante, suas consequências podem ganhar proporções bastante significativas.

---

<sup>866</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. No original: “*But there is a serious problem with an emphasis on irreversibility, and it lies in the ambiguity of the basic idea. Any death, of any living creature, is irreversible, and those who invoke irreversibility do not intend the notion of irreversible harm to apply to each and every mortality risk. What is true for living creatures is true for rocks and refrigerators, too; if these are destroyed, they are destroyed, they are destroyed forever. And because time is linear, every decision is, in an intelligible sense, irreversible*” (p. 115-116).

<sup>867</sup> *Ibidem*, p. 116. No original: “*At a minimum, the irreversible change has to be for the worse, and it must also ride to a certain level of magnitude. A truly minuscule change in the global temperature, even if permanent, would not justify expensive precautions if it is benign or if it imposes little in the way of harm*”.



Não se está aqui a fazer uma crítica à ideia da adoção parcimoniosa do princípio da precaução, mas apenas a reivindicar que são precisos critérios marcadamente claros para a definição dos parâmetros de atuação ou, ainda, para a construção de uma ampla democracia ambiental e sua correlata distribuição de informação. Tal tem o propósito de permitir ao seio social a escolha de quais riscos e quais danos aceita suportar.

Essa ampla participação no processo de tomada de decisões supostamente precaucionais deve forçosamente perpassar ao menos, mas não somente, quatro fatores de identificação da necessidade de aplicação do princípio da precaução definidos. O primeiro deles é o nível de incerteza que possibilita uma resposta regulatória, seguido da mensuração da magnitude do eventual dano apto a justificar essas medidas, da escolha das medidas e/ou ferramentas que serão utilizadas caso haja a aplicação do princípio e, por fim, da avaliação da margem de segurança aplicável quando encarada a dúvida<sup>868</sup>.

Acerca do conteúdo normativo do princípio da precaução, em comentário ao relatório Kourilsky-Viney, François Ewald também preleciona que ele é aplicável a todos os que têm o poder de cessar ou efetivar uma qualquer atividade apta a causar risco aos outros. A ideia inicial da eficiência do aqui estudado princípio suscitava no seio doutrinário algumas inquietudes, em especial no que se refere aos seus destinatários. Inicialmente, a concepção das suas esferas de abrangência era bastante limitada aos identificados como “tomadores de decisão”. Nesse sentido, o autor entende que ele (o princípio) “[...] só faz sentido como definidor da responsabilidade do Estado e que deve permanecer confinado (.. a aplicar-se) apenas aos Estados, sem afetar diretamente as pessoas privadas. E apenas na medida em que é dirigido aos Estados, cujas responsabilidades são estendidas”<sup>869</sup>.

O fundamento da visão de François Ewald configura-se no fato de que todo texto normativo do princípio da precaução é endereçado ao Estado, tal como postulado no

---

<sup>868</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 118. No original: “[...] *we should now be able to see the applications of precautionary principle against particular risks can be described in term of four important factors: (a) the level of uncertainty that triggers a regulatory response, (b) the magnitude of anticipated harm that justifies such a response, (c) the tools that Will be chosen when the principle applies (tools such as disclosure requirements, technological requirements or prohibitions) and, (d) the margin of safety that applies in the face of doubt*”.

<sup>869</sup> Idem. No original: “*À l'inverse du rapporte Kourilsky-Viney, je voudrais plaider que le principe de précaution n'a de sens que comme définissant une responsabilité de l'État, et qu'il doit rester confiné. Le principe de précaution ne s'applique qu'aux États, sans concerner directement les personnes privées. Et ce n'est que dans la mesure où il s'adresse aux États, dont il étend les responsabilités, qu'il a un sens*”.

artigo 130 R do tratado de Maastricht e na lei conhecida como Barnier, de 2 de fevereiro de 1995<sup>870</sup>, que definiram o princípio da precaução e o endereçaram aos governos. E, também, no fato de diferenciar tipos de responsabilidade. A concepção ampliada do alcance do princípio da precaução materializado no relatório Kourilsky-Viney, e superadora da visão restritiva de François Ewald, o coloca como regulador da responsabilidade dos agentes privados em relações tipicamente privadas, em cujo âmbito desenvolvem atividades capazes de representar risco para o outro, para uma coletividade ou para toda a humanidade. Seja como for, para François Ewald as definições do princípio da precaução conduzem a duas observações básicas. Em primeiro lugar, ele (o princípio) não se revela como anticientífico, mas considera a necessidade de tomar decisões políticas quando configurado um cenário de incertezas<sup>871</sup>. Ademais, o princípio também revela a ausência de propósito e razão para a noção de reparação quando em contraposição a danos catastróficos<sup>872</sup>, traduzindo-se, portanto, não em um princípio de abstenção, mas sim num princípio de ação<sup>873</sup>.

A ideia de precaução traz, portanto, a debate para o campo do direito ambiental a questão do desenvolvimento científico, devido sobretudo à ampliação dos modelos de produção, mediante a introdução de novas técnicas, novos insumos químicos e, em igual medida, devido à incapacidade da própria ciência em definir e aferir as consequências dessas novas técnicas produtivas, nomeadamente sobre o ambiente e, por conseguinte, no âmbito da personalidade humana. Não por outro motivo, Nicolas de Sadelleer afirma que a ciência extrajurídica é muito mais evidente no direito ambiental do que em qualquer outro campo do direito. Para o autor, “[...] em primeiro lugar os cientistas detectam,

---

<sup>870</sup> A lei recebe esse nome em homenagem a Michel Barnier, ministro francês do Meio Ambiente do Governo Balladur. Tal lei alterava, dentre outras disposições, a do “Code Rural”, em especial o artigo L.200-1, definindo o conceito de princípio da precaução: “[...] *le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable*”. In: FRANCE. Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement. Dispositions relatives à la participation du public et des associations en matière d'environnement. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000551804>>. Acesso em : 10 set. 2018.

<sup>871</sup> Idem. No original: “*L'attitude de précaution n'est pas anti-scientifique, mais pose la question de la décision politique lorsque l'expert n'est pas en mesure de donner une réponse univoque ou lorsqu'il y a conflit d'experts*”.

<sup>872</sup> Idem : “*La précaution désigne une attitude préventive qui est induite par l'idée que, face à des dommages catastrophiques, la notion de réparation n'a pas de sens*”.

<sup>873</sup> Ibidem, p. 26. No original: “*De ce point de vue, le principe de précaution est un principe d'action et non d'abstention*”.

identificam e estabelecem os problemas ecológicos aos quais o direito deve responder. Em segundo lugar, as crises ambientais são percebidas por descrições científicas de nosso mundo físico”<sup>874</sup>.

O direito e a ciência jurídica buscam a certeza, a estabilidade, a pacificação social, por intermédio do estabelecimento de regras claras de convívio e, destarte, viabilizando uma relativa harmonia no contexto social, são o fim precípua do direito. Sem embargo, essa estrutura normativa fundada em certezas e dogmas ou, ainda, tendente a estruturar-se sob a solidez de preceitos seguros e claros, passa a dialogar com a incerteza própria do ambiente natural, à qual se soma a incerteza potencializada pela interferência antrópica nesse ambiente<sup>875</sup>. Esse diálogo entre a tentativa histórica de construção de certezas, do dever ser ideal, representado pelo direito, e a incapacidade manifesta de definir o porvir, tão bem identificadas pelo princípio da precaução, também deve incluir a incontestável preocupação com o ambiente por si só, ainda que tal elemento seja mais controverso, no que se refere à demanda por proteção quando comparado à necessidade de proteção atribuível aos direitos fundamentais clássicos, como a saúde e a integridade física<sup>876</sup>.

Assim, o princípio da precaução tem um conteúdo que alarga os deveres de preservação e conservação ambientais, assim como de todas as implicações que o ambiente traz no âmbito dos direitos fundamentais de personalidade<sup>877</sup>. Está em causa,

---

<sup>874</sup> DE SADELEER, Nicolas. The precautionary principle in European Community Health and Environmental Law: sword or shield for the Nordic countries? In: \_\_\_\_\_ (Ed.). **Implementing the precautionary principle**: approaches from the Nordic countries, EU and USA. London: Earthscan, 2008. p. 10-58. No original: “*First scientists detect, identify and set out the ecological problems to which the Law must respond. Second, environmental crises are increasingly perceived through scientific descriptions of our physical world*” (p. 15).

<sup>875</sup> DE SADELEER, Nicolas. The precautionary principle in European Community Health and Environmental Law: sword or shield for the Nordic countries? In: \_\_\_\_\_ (Ed.). **Implementing the precautionary principle**: approaches for the Nordic countries, EU and USA. London: Earthscan, 2008. p. 10-58. No original: “*Nevertheless, this marriage of Law and reason is not entirely free of strife: legal rules are meant to provide predictability; yet, nature is unpredictable. While jurists seek certainty, the scientist points to the uncertainty inherent in ecological risk*” (p. 16).

<sup>876</sup> Idem. No original: “*Damage to the environment is likely to be more controversial than damage to health. Whereas one usually agrees the activities endangering human ecosystems, ecosystemic process, species of plants and animals, or micro-organisms deserve any kind of protection*”.

<sup>877</sup> DE SADELEER, Nicolas. The precautionary principle in European Community Health and Environmental Law: sword or shield for the Nordic countries? In: \_\_\_\_\_ (Ed.). **Implementing the precautionary principle**: approaches for the Nordic countries, EU and USA. London: Earthscan, 2008. No original: “*The precautionary principle enables the judiciary to endorse a*”  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

portanto, um novo parâmetro a ser utilizado pela autoridade estatal no campo das interações verticais dos direitos fundamentais e, igualmente, nas relações horizontais e diagonais, acerca de quais riscos seriam ou não suportáveis dentro de uma ponderação de ganhos e possíveis perdas<sup>878</sup>, sem que isso demande a configuração de um cenário de risco zero:

*The debate on the acceptable level of protection must be more firmly rooted in each legal system's constitutional traditions. Although prevented from adopting a purely hypothetical approach to risk and orienting their decisions towards a level of "zero risk", EC institutions must still however, respect their obligations under Articles 95(3), 152(1), 152(3), and 174(2) EC to ensure an increased level of protection of human health, consumer protection and the environment, which, in order to ensure compatibility with this provision need not technically be the highest level possible<sup>879</sup>.*

De toda a maneira, é importante destacar que o princípio da precaução não se revela como instrumento de justificação para a tomada de decisões arbitrárias<sup>880</sup>, e tampouco é motivado pelo pânico derivado de uma exposição até certo ponto catastrófica dos problemas ambientais da segunda modernidade. Ainda que o conceito e o âmbito de atuação desse princípio<sup>881</sup> sejam conturbados, porquanto ainda não assentes em bases jurisprudenciais e acadêmico-científicas sólidas, é inevitável a conclusão de que ele assume relevância (e não se diz aqui ainda efeitos ou implicações) na estruturação da responsabilidade civil.

---

*broad interpretation of an array of environmental obligations, ranging from waste management to wild life conservation. Relying explicitly or implicitly upon the precautionary principle, the ECJ departs from a literal interpretation of obligations laid down in secondary Law. As a result, measures impairing fundamental rights might be justified in the light of the principle" (p. 16).*

<sup>878</sup> Ibidem, p. 33. No original: "[...] depends upon the level of risk determined by the authority "as being unacceptable for society" within the context of particular circumstances of each individual case".

<sup>879</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>880</sup> FISHER, Elisabeth. **Risk regulation and administrative constitutionalism**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 226. No original: "The precautionary principle should never be used as a justification for arbitrary decision-making. In the communication, decision-makers are understood to be carrying out a series of discrete tasks, and environmental and public health decision-making is characterized as a three-step process: a scientific process of risk assessment; a political process of risk management; and a process of risk communication".

<sup>881</sup> Nesse sentido: KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Rapport au premier ministre: le principe de précaution**. Paris: Odile Jacob : La Documentation Française, 2000. 405p. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Isso porque, como bem definiu Jorge F. Sinde Monteiro, o papel desempenhado pelo direito da responsabilidade civil concatena-se visceralmente com as concepções de justiça e equidade dominantes no seio social<sup>882</sup>, porquanto a noção contemporânea de RC ambiental (vinculada ao conceito de justiça ambiental ou justiça ecológica<sup>883,884</sup> e, portanto, contaminada por aspectos de precaução), possui, em seu âmago, viés trans e intergeracional. Além disso, o autor observa a necessidade de atuação positiva e antecipada, ainda que frente ao desconhecido (incerteza), tornando insuficiente ou minimamente questionável a esfera de atuação (função) de cunho apenas ressarcitório e compensatório dedicada historicamente ao instituto (RC), e alargando as esferas subjetiva e temporal marcantes da estrutura da responsabilidade civil.

Efectivamente, *ab initio*, o diálogo<sup>885</sup> entre o princípio da precaução e a RC poderá não se limitar à “[...] incorporação da dimensão futuro no âmbito do instituto ressarcitório [...]”<sup>886</sup>, mas permitir a insurgência da necessidade de alteração da lógica meramente ressarcitória/reparatória destacada ao direito da responsabilidade civil pela ciência jurídica contemporânea. Afinal, os problemas com os quais a lógica da justiça (nesse aspecto distributiva<sup>887</sup>) e a ética se deparam na segunda modernidade (sociedade

---

<sup>882</sup> MONTEIRO, Jorge F. Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 13-14. No original: “Dir-se-á então que a função da responsabilidade civil consiste nisso de, em consonância com as concepções de justiça e equidade dominantes na sociedade, assinalar de entre o número incontável de eventos danosos que se verificam todos os dias aqueles em que ao lesado há-de ser permitido repercutir o dano (*die Abwälzung des Schadens*) sobre o lesante”.

<sup>883</sup> Sobre o tema, ver: ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do nível elevado de protecção ecológica: resíduos, fluxos de materiais e justiça ecológica**. Coimbra: Almedina, 2006.

<sup>884</sup> Cf. KLOEPFER, Michael. **Environmental justice und geographische Umweltgerechtigkeit in deutsches Verwaltungsblatt**. Köln: Heymanns, 2000.

<sup>885</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. Haia: II, Kluwer, 1995. p. 36 e ss.

<sup>886</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. A participação da dimensão de futuro na responsabilidade extracontratual. In: CORREIA, F. Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**: Vol. I: Responsabilidade: entre Passado e Futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012 (Studia Iuridica; 102. Ad Honorem; 6). ISBN 9789723220513. p. 119-145.

<sup>887</sup> Alguns doutrinadores, como Niklas Luhman e Jürgen Habermas, propõem conjugar a ideia constitucional de justiça distributiva à teoria da responsabilidade civil, notadamente ante a complexidade das relações sociais contemporâneas, porquanto essa modalidade de justiça implica a distribuição dos benefícios sociais e, portanto, também dos ônus sociais. Nesse sentido: LUHMANN, Niklas. Globalization or world society? How to conceive of modern society. **International Review of Sociology March**, [s.l.], v. 7, Issue 1, p. 67, 1997. Disponível em: <<http://www.generation-online.org/p/fpluhmann2.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2013; HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

reflexiva) superam, em seu contexto, as amarras espaço-temporais subjetivas, até então limitadoras da esfera da responsabilidade. A questão da posição temporal da RC em comparação ao dano implica inegável conflito em face dos mandamentos de otimização prelecionados pela atitude precautória própria da justiça ambiental contemporânea.

Esse possível – e nesta fase ainda meramente cogitado – fenômeno da necessidade de alargamento subjetivo-temporal dos limites da responsabilidade civil frente aos seus ditames ganha especiais contornos no direito ambiental, de forma a plasmar o desencontro entre as teorias da responsabilidade ética e jurídica, na medida em que esta última não disponibiliza uma noção de responsabilidade consentânea com o aspecto principiológico adequado à limitação majorada da esfera de liberdade do homem contemporâneo. Daí que Paul Ricoeur afirme:

A orientação retrospectiva que a ideia moral de responsabilidade tinha em comum com a ideia jurídica, orientação em virtude da qual nós somos eminentemente responsáveis pelo que fizemos, deveria ser substituída por uma orientação mais deliberadamente prospectiva, em função da qual a ideia de prevenção dos prejuízos futuros se juntaria à de reparação dos danos já cometidos<sup>888</sup>.

Assim, sob as bases sociológicas de Anthony Giddens e Ulrich Beck, já aqui visitadas, pode-se afirmar que a adoção dos modos de produção modernos comporta a possibilidade, ou em termos mais precisamente técnicos, o risco bastante razoável de consequências futuras deletérias para a vida humana, ocasionando um cenário de insegurança social tanto contrário ao fim precípua do direito (pacificação) quanto de (ir)responsabilidade, dadas as dificuldades de adaptação desses novos riscos à estrutura clássica do direito da RC. O campo de atuação clássico dessa estrutura de produção propiciadora de uma esfera de riscos cujos limites são desconhecidos cinge-se à produção de organismos geneticamente modificados, por exemplo<sup>889</sup>.

---

3, n. 7, Sept./Dec. 1989. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141989000300002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141989000300002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 14 dez. 2013.

<sup>888</sup> RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Trad. de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 56.

<sup>889</sup> Nesse sentido: AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 107: “A relevância sobre a proposição de uma definição de biossegurança reside no fato de que pode ser considerada o ponto de partida para a orientação de como será estruturado o processo de formação das decisões Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Daí emerge o conflito ético, filosófico e sociológico pautado pela necessidade (tanto ética quanto jurídica) de questionamento, e tendente a avaliar as possibilidades advindas da (e fundada na) ciência jurídica. Tal se dá frente à virtual ineficácia da atual estrutura da responsabilidade civil no fornecimento de uma resposta efetiva para o ambiente (e a personalidade humana), em atenção também ao moderno conceito de justiça. Neste quadrante inicial, e diante da construção de um cenário social de incertezas, destaca-se que a mera percepção da impossibilidade de a responsabilidade civil oferecer, em sua concepção contemporânea, uma resposta ao problema ora posto não se presta a avalizar a alteração das categorias jurídicas em que ela se baseia. Ou seja, o direito ambiental não foi, não é e jamais pretendeu configurar um superdireito, capaz de esfacelar todas as demais categorias jurídicas pautadas pelo inquestionavelmente nobre escopo da tutela da integridade do ambiente. A relevância e a inicial (ou conjectural) prevalência do direito ambiental não se revela suficiente para justificar uma reestruturação da RC baseada no dano.

Isso porque, conquanto por um lado se conceba uma estrutura de responsabilização vinculada ao dano, por outro estabelece-se um arcabouço jurídico normativo orientador da necessidade de adoção de medidas, positivas e negativas, em momento anterior ao dano. Mas a simplória identificação desses aspectos não traz outra conclusão que não a de que, *prima facie*, a responsabilidade civil não se prestaria a satisfazer os anseios precaucionais do ambiente e, indiretamente, da personalidade humana.

Os dilemas da segunda modernidade analisados em conjunto com as proposições jurídico-normativas do princípio da precaução põem-se, unicamente, a exigir uma abordagem epistemológica diferenciada do binômio liberdade-responsabilidade<sup>890</sup>. Tal se dá no sentido de exigir um novo parâmetro para a sua avaliação enquanto conforme ou desconforme com axiomas éticos e jurídicos, mediante a conformação dialógica da RC e o princípio da precaução, restando ainda a avaliação da sua ontologia para aferir as eventuais consequências desse cenário no campo da sua estruturação e conformação jurídicas.

---

sobre os riscos, a determinação do alcance das avaliações de riscos e sobre o que efetivamente é objeto de decisão nesses processos e a partir dessas avaliações”.

<sup>890</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. **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. v. I. Cascais: Principia, 2013.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

A ideia da influência do princípio da precaução na responsabilidade civil é identificada por Jean-Pierre Desideri: “*Parée de toutes ces vertus, la précaution impose de reconstruire le droit des victimes. Selon les situation qu’elle appréhende, elle appelle une adaptation de la responsabilité civile por autant que celle-ci soit possible, ou son dépassement.*”<sup>891</sup>. Não obstante ser sempre salutar ponderar que uma eventual adaptação da responsabilidade civil aos preceitos precaucionais não pode implicar a desnaturação dela<sup>892</sup>, muito embora obrigatoriamente exija uma ponderação mais aprofundada. Isso porque as estruturas históricas da RC sempre estiveram muito ligadas às questões da culpa e também da responsabilidade objetiva<sup>893</sup>. Nesse sentido: “Segundo o direito, o risco só é considerado se puder causar danos. Considerando que, pelo contrário, a incerteza existe por si só, sem que seja sempre prejudicial. É por isso que a adaptação a situações de incerteza para descobrir novas hipóteses de responsabilidade vem do artifício”<sup>894</sup>.

Logo, a precaução no âmbito da responsabilidade civil tenderá a ter a sua aplicação circunscrita à ideia de culpa<sup>895</sup>, porquanto as noções de negligência, imprudência e imperícia, que identificam, em regra, um comportamento culposos, trazem em sua própria essência o desrespeito de um dever de cuidado, o qual, agora sob a égide precaucional, teria novas balizas, muito mais estreitas. Todavia, segundo Jean-Pierre Desideri, alguns casos impuseram a necessidade de conferir uma nova significação a essa influência— como no caso do sangue contaminado, objeto de estudo em Itália por Umberto Izzo, já aqui referenciado –, passando a significar a impropriedade de esperar pela certeza quando for demasiado tarde<sup>896</sup>.

---

<sup>891</sup> DESIDERI, Jean-Pierre. La précaution en droit privé. **Recueil Le Dalloz**, [s.l.], 2000, Anne 176, n. 15, p. 239, 2000.

<sup>892</sup> DESIDERI, Jean-Pierre. La précaution en droit privé. **Recueil Le Dalloz**, [s.l.], 2000, Anne 176, n. 15, p. 238-242, 2000. No original: “[...] *l’adaptation de la responsabilité civile à l’incertitude ne peut se faire alors qu’au prix d’une dénaturation de la notion même de responsabilité*”.

<sup>893</sup> Idem. No original: “*Ce qui rend naturel l’appel à la précaution pour justifier une responsabilité civile en situation de risque est que celle-ci s’enracine depuis très longtemps aussi bien dans la responsabilité pour faute que dans la responsabilité objective*” (p. 239).

<sup>894</sup> Idem. No original: “*Sous le regard du droit, le risque n’est considéré que s’il peut causer un dommage. Alors qu’au contraire l’incertitude existe par elle-même, sans qu’elle soit toujours dommageable. C’est pourquoi l’adaptation aux situations d’incertitude dans le but de découvrir de nouvelles hypothèses de responsabilité procède de l’artifice*”.

<sup>895</sup> Idem. No original: “*De manière générale, c’est en multipliant les devoirs dont la violation constitue une faute que l’appel à la précaution repousse les frontières de la faute*”.

<sup>896</sup> Idem. No original: “*La parenté de la précaution est évidemment la plus étroite avec la faute civile, tant le point de vue de la responsabilité est ‘précautionneux’.* A la suite des rvages causés Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



Sem embargo, para o autor, em tese, ao se desvencilhar do que lhe resta de previsibilidade em homenagem ao princípio da precaução, a RC seria despida de sua alma<sup>897</sup>. Logo, para Jean-Pierre Desideri, é papel exclusivo do Estado a adoção de medidas de mitigação e de gestão de riscos hipotéticos, sendo bastante questionável a internalização pelo direito privado do princípio ora estudado. Logo, no contexto da responsabilidade civil não se pode exigir que ele vá mais longe em situações de incerteza<sup>898</sup>. Contudo, ainda segundo o autor, é preciso ter em conta que a dificuldade de reconhecer um comportamento culposo derivado da falta de precaução em uma situação de incerteza torna necessário repensar a liberdade, preceito indissociável da responsabilidade que cada um de nós intrinsecamente tem de expor os outros a possíveis danos<sup>899</sup>. Desta feita, no âmbito da RC, o princípio da precaução revela uma nova concepção de responsabilidade, tendente à moralização de comportamentos com o escopo claro e definido de, em tese, evitar a ocorrência de danos, prevenindo atividades especialmente arriscadas no âmbito privado.<sup>900</sup>

---

*par le sang contaminé, une théorie s'est fait jour qui s'efforce de ramener la précaution à n'être qu'une extension ultime des devoirs généraux de prudence et de prévention, c'est-à-dire de la responsabilité pour faute. La précaution se présente comme la redécouverte sous un nouveau nom des vertus morales et juridiques de la prudence et de la prévention, qui commandent de ne pas attendre d'avoir obtenu des certitudes avant qu'il ne soit trop tard*".

<sup>897</sup> Ibidem, p. 240. No original: "Outre qu'elle abandonnerait ce qui lui reste de prévisibilité, la responsabilité perdrait encore son âme à devoir s'adapter de cette façon aux situations d'incertitude. Au service de l'intérêt général, on comprend qu'il incombe à l'Etat d'aller plus loin à l'égard des risques hypothétiques, quand bien même ceux-ci ne reposent que sur de simples suppositions sans qu'aucune réalisation concrète n'en soit encore intervenue. Mais l'on ne peut qu'être réservé sur la privatisation d'un 'principe de précaution' qui ne conduirait à une responsabilité civile que par abus de langage, en désignant comme personne potentiellement responsable un payeur sur lequel on voudrait faire peser le fardeau d'une indemnisation automatique. Tel est le cas quand celui-ci est privé de toute possibilité d'exonération".

<sup>898</sup> DESIDERI, Jean-Pierre. La précaution en droit privé. **Recueil Le Dalloz**, [s.l.], 2000, Anne 176, n. 15, p. 238-242, 2000. p. 241. No original: "Dans le cadre de la responsabilité civile, il ne peut être exigé de sa part d'aller plus loin dans les situations d'incertitude, c'est-à-dire de procéder à des investigations dépassant ce qu'il est d'usage de demander, dont le coût économique excéderait le dommage prévisible, ni à plus forte raison à révéler comme fautive une situation réelle que tout le monde croyait vraie".

<sup>899</sup> Idem. No original: "S'il s'agit d'en justifier de nouvelles hypothèses, la précaution permet donc d'adapter la responsabilité civile au risque mais pas à l'incertitude. Ce qui incite de plus fort au dépassement de la responsabilité civile dans les situations d'incertitude" (p. 239).

<sup>900</sup> Ibidem, p. 242. No original: "La difficulté à reconnaître une faute dans un défaut de précaution en situation d'incertitude oblige à repenser la liberté d'exposer autrui à un dommage éventuel, en l'absence de réglementation sur la sécurité. Parce qu'elle a été d'abord une éthique avant d'être conceptualisée comme un principe, la précaution ne se lime pas à prolonger l'autre conception de la responsabilité, qui est orientée vers la simple moralisation des comportements individuels ou collectifs dans un but de prévention des dommages. Pour prévenir efficacement la

Nesta linha, o princípio da precaução permite a extensão das obrigações<sup>901</sup> de segurança, a emergência de uma obrigação de avaliação e a consagração de uma obrigação de informação. A ideia é uma ampliação dos círculos de deveres. Com relação à extensão das obrigações de segurança, Maryse Deguergue afirma: “O princípio da precaução provavelmente aumentará ainda mais essa obrigação de segurança exigindo que a administração antecipe os riscos, mesmo que eles não sejam cientificamente estáveis”<sup>902</sup>. Já a emergência de uma obrigação de indenização revela-se na necessidade de avaliar que os riscos “[...] devem necessariamente surgir antes da tomada de decisão e envolver uma comparação entre diferentes opções, a fim de identificar a parte menos arriscada”<sup>903</sup>. Por fim, a consagração de uma obrigação de informação, além de determinar a necessária avaliação conceitual e pragmática dos contornos da tomada de decisão, prescreve “[...] não apenas uma obrigação corolário de monitorar informações sobre a evolução dos riscos, mas também solicita que se considerem as opiniões minoritárias e dissidentes sobre a realidade dos riscos”<sup>904</sup>.

A concepção do alargamento das obrigações ou dos deveres, seja de segurança, seja de avaliação ou de informação, pode parecer um novo modelo da culpa ou, ainda, “[...] uma reavaliação da culpa através do princípio da precaução”<sup>905</sup>. Isso porque o direito subjetivo (e também o da personalidade) ao meio ambiente não são senão uma

---

*réalisation des dommages en situation d'incertitude, la finalité de la précaution est de permettre d'interdire les activités trop dangereuses dans le cadre des relations privées”.*

<sup>901</sup> DEGUERGUE, Maryse. La responsabilité administrative et le principe de précaution. **Revue juridique de l'environnement**, Limoges, n. spécial, p. 105-118, 2000. No original: “*D'une part, la précaution favorise l'apparition de nouvelles obligations qu'en l'absence de textes précis le juge façonnera et dont le manquement pourra être sanctionné par la reconnaissance objective d'une faute; d'autre part, au travers de l'abstention ou de l'action des personnes incriminées, le juge appréciera différemment le comportement de celles-ci à l'aune de la précaution*” (p. 108).

<sup>902</sup> Idem. No original “*Le principe de précaution est de nature à étendre encore cette obligation de sécurité en imposant à l'administration d'anticiper des risques, même non scientifiquement établis* ».

<sup>903</sup> DEGUERGUE, Maryse. La responsabilité administrative et le principe de précaution. **Revue juridique de l'environnement**, Limoges, n. spécial, p. 105-118, 2000. No original “[...] *des risques doit nécessairement s'opérer antérieurement à la prise de décision et impliquer une comparaison entre différentes options afin de dégager le parti le moins risqué*” (p. 109).

<sup>904</sup> Idem. No original “[...] *non seulement une obligation corollaire de suivi de l'information sur l'évolution des risques, mais aussi la prise en considération des opinions minoritaires et dissidentes sur la réalité des risques*”.

<sup>905</sup> Ibidem, p. 110. No original “[...] *une revalorisation de la faute par l'intermédiaire du principe de précaution*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

expressão do dever jurídico, ou, por outras palavras, um reflexo daquilo que é devido por alguém em virtude de uma regra de direito<sup>906</sup>, agora ampliada pelo regime da precaução.

Em termos de responsabilidade civil, é cogente que a emergência do dever jurídico se dá quando há possibilidade de violar a regra social. De tal sorte, pode-se conceber o dever jurídico como a expressão da conduta exigida, e agora segundo a lógica precaucional exige-se: mais informação, mais segurança e mais participação. O dever jurídico reflete-se, portanto, na imposição que pode decorrer diretamente de uma norma de caráter geral, como a que estabelece a obrigatoriedade de determinados comportamentos ou, indiretamente, pela ocorrência de certos fatos jurídicos de diferentes espécies, como, por exemplo, a prática de um ilícito civil, que geraria o dever jurídico de indenização.

Em todos estes exemplos, o dever jurídico deriva, em última análise, do ordenamento, o qual prevê consequências para essa forma de negócio jurídico. Consiste, portanto, na exigência que o direito objetivo faz a determinado sujeito de que assuma uma conduta em favor de alguém, ou ainda que adote todas as medidas possíveis no sentido de evitar a configuração de dano a outrem, como importa ao princípio da precaução. Nesse sentido, Olivier Godard indica: “O princípio da precaução não age como uma quebra no vínculo entre ação pública e ciência ou razão. Esta não é a devida responsabilidade e dignidade do político, que deve, pelo contrário, estar mais atento à vida científica, a fim de modular a ação de acordo com a construção do conhecimento, sem se afastar das suas faculdades de julgamento.”<sup>907</sup>.

A ideia da precaução traça, portanto, uma nova perspectiva, a qual invariavelmente irá afetar a RC em um nível ainda mais elevado, quando comparado à prevenção, porquanto viabilizaria a adoção de consequências jurídicas mesmo num quadro de incerteza.

---

<sup>906</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 254.

<sup>907</sup> GODARD, Olivier. Le principe de précaution, un principe politique d'action. **Revue juridique de l'environnement**, Limoges, n. special, p. 143, 2000. No original : “*Le principe de précaution n'agence pas une rupture du lien entre l'action publique et la science ou la raison. Ce n'est pas là que réside la responsabilité propre et la dignité du politique qui devra au contraire se montrer plus attentif à la vie scientifique afin de moduler l'action en fonction de la construction des savoirs, sans le départir de ses facultés de jugement*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

## 22.1. Delineamentos históricos

O estágio atual do desenvolvimento do princípio da precaução e de toda sua afetação ao seio social, ainda que toldado pela incerteza do debate acadêmico<sup>908</sup>, permite, de forma razoável, ponderar se será ou não mais prudente, ou juridicamente aceitável continuar a atribuir à responsabilidade civil um papel precipuamente ressarcitório ou remediatório. E dessa forma, eventualmente (em caso de resposta negativa), induzir a reavaliação da função antecipadora e preventiva do clássico instituto do direito privado, convolvando-o em instrumento de gestão de riscos<sup>909</sup>.

Obviamente não se está a pôr em causa a prudência de espectro futuro decorrente do efeito social resultante de uma punição por dano anterior, mas sim uma prevenção ampla e irrestrita da RC, nos moldes do fenômeno da parcial “re-objetivação”<sup>910</sup> verificada no período pós-revolução industrial<sup>911,912</sup>. Esta ensejará a

---

<sup>908</sup> Para uma avaliação crítica do princípio da precaução, SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. No original: “*The conclusion is that the Precautionary Principle often seems helpful because analysts are focusing on the “target” risk, and not on the systemic, risk-related effects of being precautionary, or even on the risk-related consequences of risk reduction. Rational regulator, of course, think about systems, not snapshots. And once we see that risks are inevitably parts of systems, the Precautionary Principle will become far less helpful*” (p. 49).

<sup>909</sup> Ao abordar o tema “risco”, cujo manejo a teoria da justiça distributiva atribui ao instituto da responsabilidade civil, é preciso admitir, conforme já definiram Mary Douglas e Aaron Wildasky, que sua percepção representa uma “construção coletiva”, muito embora mesmo os mencionados autores prelecionem que a “[...] ideia de que a percepção pública do risco e seus níveis aceitáveis são construções coletivas, um pouco como a linguagem e um pouco como o julgamento estético, é difícil de aceitar”. In: **Risk and culture: an essay on the selection of technical and environmental dangers**. Berkeley: University of California Press, 1997. No original: “[...] *the idea that public perception of risk and its acceptable levels are collective constructs, a bit like language and a bit like aesthetic judgment, is hard to take*” (p. 186).

<sup>910</sup> Utiliza-se a expressão parcial “re-objetivação” pois, por um lado, a supressão da culpa não foi total, permanecendo, ainda, a subjetividade como regra na RC; e re-objetivação, porquanto não se trata de um fenômeno novo na seara da responsabilidade. Nesse sentido, ver: LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 19.

<sup>911</sup> VARELA, Antunes; DE LIMA, Pires. **Código civil** anotado. v. I. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 505. No original: “[...] *responsabilidade objectiva ou pelo risco começou a afirmar-se com particular intensidade no domínio dos acidentes de trabalho, alargou-se depois ao campo vastíssimo dos acidentes de viação e tende hoje a espalhar-se por muitos outros setores*”.

<sup>912</sup> PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil** – refondu et complete par Georges Ripert et Jean Boulanger. Tomo II, 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1952. p. 320. No original: “*Bien que le Code civil ait admis un principe général de responsabilité, la règle légale a para isuffisante pour assurer la réparation du préjudice à raison de l’augmentation considérable du nombre des dommages et principalement des accidents corporels. La grande industrie, développant le machinisme, ei imposant ‘agglomération des* Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

avaliação da possibilidade jurídica de alterar seus pressupostos, uma vez identificada a impropriedade da responsabilidade civil para responder aos anseios da segunda modernidade<sup>913</sup> e de suas consequências<sup>914</sup>.

É fato que essa necessária (não diríamos juridicamente viável) alteração não será imune a questionamentos doutrinários, assim como não ocorreu com a discussão de uma RC que para se pôr em prática prescindia da culpa<sup>915</sup>, já aqui denominada re-objetivação da responsabilidade civil. De igual forma, não se desconhece que tais mutações não podem vulnerar o princípio *neminem laedere*. Nesse sentido, afirma José de Aguiar Dias:

No prefácio à obra de Savatier, escreveu Georges Ripert que nada lhe parece tão ilusório como a convicção de que se deve o extraordinário desenvolvimento da responsabilidade civil ao sentimento mais elevado

---

*ouvriers dans es usines, a eu pour conséquence l'accident du travail.*<sup>912</sup> .. *Le désir d'assurer la réparation de ces dommages est d'autant plus grande que les victimes bien solvante n'appartiennent pas à la même catégorie sociale que les auteurs. Les ouvriers sont dressés contre les patrons; les passante contre les automobilistes. Un sentimento d'inégalité sociale, développé par le regime démocratique, donne à cette question juridique uns aspecto politique*".

<sup>913</sup> BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. Londres: Sage Publications, 1992. p. 19. No original: "*In advanced modernity the social production of wealth is systematically accompanied by the social production of risks. Accordingly, the problems and conflicts relating to distribution in a society of scarcity overlap with the problems and conflicts that arise from the production, definition and distribution of techno-scientificallly produced risks*".

<sup>914</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da Unesp, 1990. No original: "Tanto Marx como Durkheim viam a era moderna como uma era turbulenta. Mas ambos acreditavam que as possibilidades benéficas abertas pela era moderna superavam suas características negativas. Marx via luta de classes como fonte de dissidências fundamentais na ordem capitalista, mas vislumbrava ao mesmo tempo a emergência de um sistema social mais humano. Durkheim acreditava que a expansão ulterior do industrialismo estabelecia uma vida social harmoniosa da divisão do trabalho e do individualismo moral. Max Weber era o mais pessimista entre os três patriarcas fundadores, vendo o mundo moderno como um mundo paradoxal onde o progresso material era obtido apenas à custa de uma expansão da burocracia que esmagava a criatividade e a autonomia individuais. Ainda assim, nem mesmo ele antecipou plenamente o quão extensivo viria a ser o lado mais sombrio da modernidade. Para dar exemplo, todos os três autores viram que o trabalho industrial moderno tinha consequências degradantes, submetendo muitos seres humanos à disciplina de um labor maçante, repetitivo. Mas não se chegou a prever o desenvolvimento destrutivo de larga escala em relação ao meio ambiente material. Preocupações ecológicas nunca tiveram muito espaço nas tradições de pensamento incorporadas na Sociologia, e não é surpreendente que os sociólogos hoje encontrem dificuldade em desenvolver uma avaliação sistemática delas" (p. 16-17).

<sup>915</sup> JACOTOT, David. Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité por faute. **Revue juridique de l'environnement**, Limoges, n. spécial, p. 91-105, 2000. No original: "*Vers la fin du siècle dernier, l'insuffisance d'une responsabilité exclusivement fondée sur la faute se fit ressentir tant il devint nécessaire de ne pas laisser sans réparation les victimes d'accidents du travail. Une réponse au besoin d'indemnisation, revendication sociale pénétrante, naquit sous la plume de Saleilles et Josserand : la fameuse théorie du risque vit le jour en France*" (p. 91).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

de Justiça e ao progresso do Direito. A seu ver, trata-se agora, exatamente como antes, de estabelecer a norma de prudente limitação à atividade humana. Nada mais certo, se bem que o fato não justifique certas considerações pessimistas do professor de Paris. A razão está em que as regras fundamentais de Direito são suficientes como *standard*. Não se pode duvidar de sua eterna juventude e do seu incorruptível valor, se se repara em que, na matéria da responsabilidade, permanece íntegro o áureo princípio do *neminem laedere*. O que o tempo, o progresso, o aparecimento de novas e febris atividades industriais determinam é o ajustamento daquela regra às necessidades atuais. Nem sempre, porém, pode o legislador fazê-lo, porque as leis devem ter caráter, tanto quanto possível, estável<sup>916</sup>.

Na altura antes mencionada, a culpa era vista como pressuposto insuperável da emergência do dever de indenizar, veiculadora, em sua essência, do caráter axiológico vigente e regulador da RC, considerado o ideal iluminista da liberdade<sup>917</sup>. De igual sorte, a culpa ostentava posição fundamental diante do binômio liberdade-responsabilidade<sup>918</sup>.

Portanto, a culpa representava o fundamento ético-jurídico da responsabilidade, traduzindo-se em algo intrínseco à liberdade e à autonomia privada (i.e., a outra face da mesma moeda). Assim, ela revelou-se como a conformação de uma liberdade (passo a ser responsável a partir do momento em que sou livre), cuja esfera seria limitada apenas e tão somente quando verificado o elemento subjetivo do reconhecimento jurídico da reprovabilidade, majoritariamente consentâneo com a identificação da atuação contrária ao direito existente.

Destarte, a culpa expressava a vinculação do direito da responsabilidade civil com a concepção clássica da justiça libertária (decorrente de um processo histórico pós-absolutista). Esta (justiça), por sua vez, avaliada em consonância com os padrões delineadores do justo dentro do *ethos* de uma sociedade dita liberal, e enquanto um dos elementos conformadores das relações interpessoais imediatas (únicas relevantes para o direito à época), concepção que contemporaneamente dessume-se inadequada.

---

<sup>916</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1960. p. 21.

<sup>917</sup> MONTEIRO, Jorge F. Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. “Data de 1900 os primeiros ensaios da responsabilidade sem culpa durante a discussão do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), todavia, tais tentativas “esbarraram quase invariavelmente com a barreira intransponível constituída pelo princípio da culpa, erigido em verdadeiro dogma, o qual representa em matéria de responsabilidade civil uma réplica fiel do princípio da autonomia privada em material contratual (se aqui a liberdade do indivíduo é a regra e o contrato a exceção, também ali a irresponsabilidade é a regra e a responsabilidade, baseada sobre o elemento subjectivo da vontade, sob a forma de dolo ou negligência, a exceção)” (p. 19).

<sup>918</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves. **Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?** Coimbra: Almedina, 2006.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Todos os aspectos indicadores de um direito de RC “justo” no seio daquela estrutura social gravitavam em torno da liberdade e autonomia individuais. E, também, da necessidade de identificação de um desvalor jurídico da conduta como fundamento de imputação da responsabilidade (limitação da liberdade) na esfera civil.

Historicamente, no final do século XIX, tal concepção restritiva (em grau máximo, segundo a filosofia propícia às liberdades) mostrou-se ineficaz para os fins colimados pelo direito, enquanto os contornos fáticos absorvidos pela esfera de atuação da ciência jurídica evidenciaram a existência de uma crise insolúvel diante da gravidade e complexidade dos problemas sociais então emergentes. Esse contexto tornou imperiosa a reavaliação das estruturas da responsabilidade civil, visando oferecer resposta às demandas do período industrial. Nesse ponto histórico:

O ressarcimento do dano foi elevado ao patamar de objeto principal da equação reparatória, ou, em outras palavras, o mecanismo de controle social começou a se deslocar do papel de simples desestímulo à conduta indesejada/limitação do impacto da conduta negativa sobre o sistema, para a função de apoio àquele que não teve sua expectativa atendida, de forma a minimizar a reação agressiva ou de defesa por parte deste (outro senão a vítima)<sup>919</sup>.

Superar esse dogma implicou avançar sobre as críticas de que o estabelecimento de novas formas (ou novas óticas sobre o fenômeno) de RC verificadas independentemente da culpa acarretaria danos consideráveis ao desenvolvimento econômico. A ideia, de forte influência liberal, era a de que a superação do filtro culpa imporia empecilhos ao progresso financeiro e econômico que institucionalizaria uma estrutura jurídica da responsabilização desvinculada do elemento balizador que seria o de determinar que comportamentos deveriam ser censuráveis a ponto de ensejar a responsabilização. Para Maria Celina Bodin de Moraes, na análise do modelo brasileiro de RC, a

[...] transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação corresponde a uma mudança sociocultural de significativa relevância que continua a influenciar o direito civil neste início de século. Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade,

---

<sup>919</sup> AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil**: a culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011. p. 216.

compatível com a ideologia do Código de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado<sup>920</sup>.

Como unanimemente demonstram a experiência prática e a doutrina, não se pode negar que o fenômeno da re-objetivação da RC aumenta o número de danos ressarcidos, acarretando com isso uma maior esfera de responsabilidade, circunstância que necessariamente irá implicar maiores custos para a produção, e tornando ainda mais dispendioso o exercício de qualquer atividade econômica. Sem embargo, o mesmo fenômeno pode ser encarado apenas e tão somente como instrumento da efetiva e devida transferência de custos. De fato, não há novos custos, porquanto não há novos danos; eles apenas deixaram de ser suportados pelas vítimas e passaram a ser suportados pelo seu causador, ainda que este tenha operado sem qualquer culpa.

Destarte, a crítica tem sua razão de ser, quando encarada sob o prisma econômico; porém, não pode deixar de ser observada por outros ângulos. Sem embargo, o mote principal de atuação diante do cenário do incremento substancial dos danos pós-revolução industrial era a mitigação dos graves problemas sociais tributários do crescente número de acidentes<sup>921</sup> não indenizados e o inegável custo financeiro de uma forma de responsabilidade civil com foco no dano e na necessidade de permitir-lhes indenização por razões de índole marcadamente políticas, que sucumbiu frente à demanda de uma resposta efetiva do direito diante das demandas de outrora.

Havia, à época, um contraponto entre o ideal liberal da responsabilidade excepcional (apenas nas hipóteses de culpa) e o problema social derivado desse modelo limitador da responsabilidade (consubstanciado no crescente número de danos não indenizados e no problema social decorrente de tal circunstância). Os acidentes cresceram exponencialmente em números, sendo dotados de características até então ignoradas pelo

---

<sup>920</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas** – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 857.

<sup>921</sup> Sobre o denominado *Unfallrecht*, ver: KÖTZ, Hein. Sozialer Wandel im Unfallrecht. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Schriftenreihe: [recensão]/Jorge Sinde Monteiro. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, A. 5, n. 1, p. 241-254, Jan.-Jun. 1979. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



direito. Isso fez com que a ciência jurídica constatasse a incapacidade da RC para oferecer uma resposta socialmente aceita para o conflito com que se deparara.

Daí que Jorge F. Sinde Monteiro tenha denominado o dito processo histórico de “desadaptação” de uma estrutura da responsabilidade fundada na culpa à nova realidade social. Trata-se, segundo o autor, de mais um dos “[...] fenômenos periódicos de desajustamento entre o direito e a vida”<sup>922</sup>. Esse (a alteração da natureza dos danos e o seu incremento estatístico) foi o cenário que impulsionou<sup>923</sup> a emergência da teoria do risco na seara da responsabilidade civil. Especialmente no que se refere ao direito laboral, essa mutação deu-se mediante a criação de uma obrigação ou dever de segurança derivada da ideia de que aquele que colhe os bônus tem o dever de suportar os incômodos naturais de sua atividade (*Ubi commoda, ibi incommoda*).

O foco central da então ressurgente expressão da responsabilidade objetiva<sup>924</sup> residia, portanto, em características intrínsecas às atividades econômicas que, muito embora plenamente úteis do ponto de vista social sob determinado prisma (produção e circulação de riquezas), acarretavam, naturalmente, danos sociais que não eram abraçados pela teoria subjetiva (sobretudo pela dificuldade na prova da culpa). Isso dava ensejo à concepção igualmente social e também política de que deveriam ser suportados auferisse proveito econômico dela proveniente, a despeito de qualquer perquirição de culpa, ao invés de um imposto onerando o lesado.

Nesse referido contexto e momento histórico, a RC desvincula-se (ainda que não a abandone por completo) de uma função de repressão a comportamentos tidos como culposos (*faute* ou *binômio ilicitude + culpa no modelo germânico*) para prestigiar a intenção socialmente pactuada de relegar o menor número de danos sem remediação ou ressarcimento. Passam, portanto, a coexistir dois sistemas de responsabilidade civil. Um assente na culpa, que até ao presente momento continua a ser a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro; e outro objetivo, assente no risco. O marco jurídico-positivo dessa interrupção da culpa como elemento indissociável da responsabilidade,

---

<sup>922</sup> MONTEIRO, Jorge F. Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 19.

<sup>923</sup> Não se diz aqui propiciou, pois não se constituiu apenas como terreno fértil para o desabrochar da responsabilidade objetiva, mas, sim, impulsionou, posto que, mais do que dar condições, o cenário foi a mola propulsora da alteração epistemológica da RC.

<sup>924</sup> Cumpre-nos novamente destacar que a gênese da responsabilidade civil se deu com base em patamares objetivos, com posterior valorização da ideia de culpa.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

apontado toda a doutrina, é a lei prussiana das empresas de transportes ferroviários (*Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen*)<sup>925</sup>.

Esta pequena digressão histórica permite-nos concluir pela elevada dinamicidade<sup>926</sup> do direito da RC, sempre pautado pelas alterações no seio social, de maneira a permitir a identificação de periódicas “desadaptações” (expressão cunhada por Sinde Monteiro) entre o *dever ser positivo-jurídico* e o *dever ser ético* (conflito entre a ética e o direito), conduzindo à cíclica incapacidade da ciência jurídica de realizar sua a sua função precípua da pacificação social. Esse cenário também se verifica, nesta altura, diante da insuficiência das medidas meramente ressarcitórias frequentemente atribuídas à responsabilidade civil:

As razões para a volta do caráter exemplar da responsabilidade civil não são difíceis de explicar, resultando, na maior parte dos casos, da própria insuficiência das respostas oferecidas pela responsabilidade civil como mecanismo meramente ressarcitório, com o montante da indenização limitado ao *quantum* efetivamente sofrido, segundo os cálculos da Teoria da Diferença pela qual o dano resulta da diminuição do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida. Essa fórmula de cálculo (na verdade, condicionante do conceito jurídico de dano), conquanto apropriada para o comum dos casos, no dano patrimonial, é inadequada – e mesmo inservível – para o dano extrapatrimonial, terreno que continua pantanoso, pois parece impossível o encontro de critério unitários, gerais e abstratos, aplicáveis à generalidade das situações<sup>927</sup>.

Na esteira desse pensamento podemos afirmar, com segurança, que a modernidade reflexiva e o princípio da precaução traduzem-se, hodiernamente, no

---

<sup>925</sup> Sobre o tema, ver: HANSEMAN, David. **Kritik des preußischen Eisenbahn-Gesetzes vom 3. Nov. 1838**. Leipzig: J.A. Mayer, 1841.

<sup>926</sup> Nesse sentido: DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1960. *In verbis*: “Os estádios em que se processa essa evolução mostram nitidamente que a reparação do dano é inspirada, antes de tudo, na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito e lhe constitui o elemento animador. É por isso que não foi possível até hoje, mau grado o esforço dos melhores juristas, estabelecer uma teoria unitária e permanente (no sentido relativo que o termo tem em direito) da responsabilidade civil. O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que evolui-se a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes” (p. 31-32).

<sup>927</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 21, jan./mar., 2005.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

cenário pretensamente impulsionador de uma reavaliação do fenômeno da RC preventiva, em virtude particularmente de um novo padrão de justiça apegado aos preceitos coletivos em detrimento dos individuais<sup>928</sup>. Ou seja, os principais argumentos no sentido da viabilidade jurídica de uma responsabilidade civil sem dano estariam fundados na sua permanente evolução, a qual conduziria ou, em tese, permitiria construir um modelo de RC divorciado do dano, nos moldes da segregação da culpa<sup>929</sup>.

## 22.2. Avanço da Análise Sociológica e da Fundamentação da Gênese do Princípio da Precaução no Âmbito da Responsabilidade Civil

A realidade social hodierna exige uma estrutura de responsabilidade civil orientada por uma nova bússola moral e fundada em um novel conteúdo ético que considere a desadequação do atual modelo de responsabilidade privada (em contraposição à sua elevada carga e atrelamento ético) e as demandas geradas pela pós-modernidade. É esse o fenômeno social cujas consequências trouxeram à tona a necessidade de avaliação da incorporação do princípio da precaução no direito da RC. Nesse sentido, afirma José de Aguiar Dias: “À medida que a civilização se desenvolve [...], tornam-se mais e mais complexas as relações sociais, com interpenetração cada vez mais profunda dos círculos de atividade jurídica de cada um. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses, cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil”<sup>930</sup>.

Esse cenário de incertezas acarreta uma dimensão transindividual e intergeracional dos danos e riscos de danos, imputando ao direito o objetivo primordial

---

<sup>928</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1960. p. 21. *In verbis*: “O sentimento de justiça, nos que o têm, não é, por certo, mais refinado hoje do que anteriormente. Sucede, porém, que ele é, agora, muito mais solicitado a manifestar-se e a intervir do que antigamente. É por isso que se tornou mais acentuadamente uma concepção social, em lugar de noção caracterizadamente individual”.

<sup>929</sup> CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta**. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>930</sup> DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, p. 22.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

de prevenção/precaução, o que por sua essência se contraporía ao instituto tipicamente de direito privado nos moldes da RC clássica e sua tecnicamente irremediável necessidade de configuração dos danos. Identificando de forma concisa o cenário social impregnado de riscos, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que a sociedade de riscos gera um sentimento de angústia no seio social, o qual se adensa “[...] diante do descompasso existente entre a velocidade do progresso tecnológico e a lentidão com a qual amadurece a capacidade de organizar, social e juridicamente, os processos que acompanham esse progresso”<sup>931</sup>.

Noutra abordagem, Judith Martins-Costa entende que o equilíbrio social (abalado em consequência da modernidade) revela-se como fundamento ou “[...] a razão que justifica a regra em acordo com os ideais de justiça vigentes [...]”<sup>932</sup> de um direito da responsabilidade civil, revelando a necessidade premente de conformação entre a ética e o direito por meio de sucessivas readaptações deste (direito) no sentido de refletir os valores professados por determinado grupo social, em determinado período de tempo. Desse modo, o risco da modernidade

[...] tornou-se um fator paralisante, uma vez que ele não indica o que deve ser feito, mas tão somente sugere o que não deve ser feito – e nesta lacuna do conhecimento reside sua força. Assim revestido, o risco não se traduz como o mal, mas tão somente como uma ameaça do mal: mal do qual não se conhece, muitas vezes, a dimensão, as causas, a força ou sequer as exatas consequências<sup>933</sup>.

Tornar-se-ia necessária, então, a avaliação também sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, tendo como premissa a interpretação da componente ambiental na aferição da personalidade humana, da viabilidade jurídica da aplicação ao âmbito privado de um princípio de índole marcadamente pública, sobretudo se consideradas as intercorrências da ideia de dano empírico e de liame etiológico.

---

<sup>931</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 323.

<sup>932</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência Estadual**, Brasília, v. 93, p. 43, 1991.

<sup>933</sup> AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil**: a culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011. p. 230.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Nesta investigação está em causa precisamente a avaliação da possibilidade jurídica, decorrente da identificação de um cenário inegavelmente a isso propenso, de aplicação do direito fundamental ao ambiente e sua necessária operacionalização (com todos seus aspectos e seu arcabouço principiológico) no âmbito das relações horizontais do direito privado. Tal se dá com especial destaque para a implementação da RC como instrumento de salvaguarda direta/indireta do ambiente por meio da atribuição de uma preponderante função de precaução ao clássico instituto de direito civil.

Desta sorte, é necessário recordar na presente fase, e consoante tópico já tratado nesta pesquisa, que mesmo concebidos os direitos fundamentais em sentido próprio como direitos de índole vertical (relação cidadão-Estado<sup>934</sup>), eles também espraiam seus efeitos nas relações horizontais. Michel Prieur, em sua obra *Droit de l'environnement*, já identificou a necessidade de efeitos horizontais e extensos atribuídos ao direito ambiental como disciplinador da vida privada, porquanto, “[...] na medida em que o ambiente é a expressão das interações e relações dos seres vivos (incluindo os seres humanos), entre eles e com o meio ambiente, não é de surpreender que a lei ambiental tenha direito a um carácter horizontal, abrangendo as diferenças dos ramos clássicos do direito (privado, público e internacional)”<sup>935</sup>.

Nessa perspectiva, lança-se sobre o direito ambiental um olhar de sentido amplo, aí incluídos seus princípios e, no caso em análise, o princípio da precaução, o qual afetará todos os sistemas jurídicos (independentemente de serem públicos ou privados) orientando-os para um enfoque preservacionista e, complementando o dizer de Michel Prieur, igualmente preventivo e precaucional. Desse modo:

*Sin embargo, debido a la evolución de la sociedad, actualmente vale la pena cuestionarse sobre si la responsabilidad civil podría estar presente ex ante en relación con el acaecimiento del daño, ¿para*

---

<sup>934</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. No original: “[...] os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente, direitos do homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o carácter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política”.

<sup>935</sup> PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 4<sup>a</sup> éd. Paris: Dalloz, 2001. p. 6. No original “*Dans la mesure où l'environnement est l'expression des interactions et des relations des êtres vivants (dont l'homme), entre eux et avec leur milieu, il n'est pas surprenant que le droit de l'environnement soit un droit de caractere horizontal, recouvrant les differences branches classiques du droit (privé, pblic et international)*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*evitarlo? ¿Podría ella intervenir cuando existe simplemente una amenaza, una sospecha fundada, la incertidumbre sobre la existencia de un riesgo? ¿En otros términos, podría una persona ser declarada jurídicamente responsable por amenazar el interés individual o colectivo?*<sup>936</sup>

Como também vimos, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais no âmbito privado não admite a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Já a teoria da eficácia imediata<sup>937</sup> disciplina que os direitos fundamentais podem ser entendidos como o esteio em que se apoia todo o sistema do direito posto, estando presentes mesmo após a bipartição entre público e privado, logo, oponíveis tanto aos poderes públicos quanto quando em causa estiverem relações privadas<sup>938</sup>.

Esta concepção (eficácia horizontal direta ou imediata do direito fundamental ao meio ambiente) permite-nos concluir que o direito ambiental, a despeito de ser predominantemente público, tem estreitas vinculações com o direito privado. Assim, sob a égide privada também não-de ser oferecidas as técnicas de defesa desse bem jurídico, técnicas essas que, necessária e juridicamente, devem se desvelar consentâneas com os princípios jurídicos informadores do direito material tutelado. Trata-se de uma expressão da contemplação de uma multidisciplinaridade intrínseca ao direito ambiental (incluindo-se aí seus princípios), cujo caráter universalista implica a demanda de técnicas de tutela de grande amplitude, pelo facto de que o direito público, “[...] *si bien prevalente, no monopoliza la tutela ambiental, en la que conviven otros Derechos como el civil, mercantil, internacional privado*”<sup>939</sup>.

Ademais, é sob o prisma privado que a ubiquidade do direito ambiental se revela e vem à tona. Como já dito anteriormente, as pessoas, em suas respectivas esferas privadas de interesses, são ao mesmo tempo ávidas consumidoras de energia oriunda de

---

<sup>936</sup> TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 18, p. 206, 2010.

<sup>937</sup> QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981. p. 70. No original: “[...] *la obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución y no sólo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones e supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos*”.

<sup>938</sup> Nesse sentido: PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

<sup>939</sup> MATEO, Ramon Martin. **Manual de derecho ambiental**. Madrid: Trivium Editorial, 2005. p. 64.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

fontes não renováveis, grandes produtoras de lixo não reciclável e vítimas da diminuição da qualidade de vida que, ao menos parcialmente, pode ser imputada a cada um de nós (reflexividade). Mais: há sob a perspectiva privada a ideia de que a sustentabilidade vinculada à satisfação das necessidades vitais se estabelece mediante a consecução de mecanismos de produção que, por um lado, satisfaçam as legítimas aspirações da presente geração, sem que, de outro e de modo indireto, coloquem em causa o potencial para as futuras gerações satisfazerem igualmente os seus legítimos interesses<sup>940</sup>.

Assim, a ideia de uma resposta privada para o problema ambiental quase sempre encarado em perspectiva publicista pode, todavia, levar à conclusão de uma resposta de cunho monetário, sobretudo com base no princípio do poluidor-pagador. Não obstante, e muito embora se defenda a ideia de uma estrutura de defesa do bem ambiental sob a lógica privada, o princípio da precaução induz a uma solução que vai além do ressarcimento e até do que se ousou chamar compra do direito de degradação<sup>941</sup>. A eficácia do princípio do poluidor-pagador resta diminuída por um cenário de riscos incertos, donde deriva a incapacidade de definição de quais danos e em qual medida eles ocorreriam, tornando-o, em termos pragmáticos, absolutamente irrelevante para a proteção ambiental na contemporaneidade. Em termos mais precisos, a lógica precaucional configura-se antes (ou a montante) da responsabilidade do produtor por meio do pagamento de certa quantia ocorrida após verificada a deterioração do meio ambiente.

O princípio da precaução pressupõe, portanto, uma lógica privada de manejo ou gestão dos riscos e não de imputação de responsabilidade pecuniária em momento posterior à veiculação do dano. Essa circunstância, só por si, revela desadequação da responsabilidade civil aos princípios do direito ambiental, notadamente o princípio da precaução.

---

<sup>940</sup> Nesse sentido, ver: COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. – Nota explicativa: para o texto, desenvolvimento sustentável guarda a semântica de satisfação das necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprirem suas próprias necessidades.

<sup>941</sup> Sobre o tema: ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço... mas devia. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo (Coord.). **Estudos de homenagem ao prof. doutor Jorge Miranda**. Volume IV – Direito administrativo e justiça administrativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. *In verbis*: “Impor aos operadores económicos que exploram recursos naturais a internalização dos custos económicos, sociais e ambientais da degradação ou perda de biodiversidade é apenas uma extensão, à conservação da natureza, do clássico e bem firmado princípio de direito ambiental: o princípio do poluidor-pagador (PPP)” (p. 32). Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Por fim, determina-se que a responsabilização particular não assume papel secundário na proteção do bem ambiental<sup>942</sup>, revelando-se instrumento importante de restauração e preservação dos níveis ambientais colimados pelas ordens constitucionais. É por isso relevante ter em consideração de que forma um princípio concebido como regramento político norteador dos poderes públicos instituídos poderá, igualmente, colocar-se em prática no âmbito privado.

A aplicação do princípio da precaução (e do padrão de comportamento a ele atrelado) a atores privados justifica-se, a par da eficácia horizontal do direito ao meio ambiente ou ainda em conformação ao disciplinado pelo art. 70 do Código Civil Português (direito ambiental como direito à personalidade), na medida em que esses atores privados participam diretamente da criação e gestão dos riscos. Efectivamente, na lógica liberal da economia, a produção de bens e a prestação de serviços é repassada quase integralmente à esfera privada, a qual, sob o manto da livre iniciativa presente em quase todos os ordenamentos jurídicos, escolhe as formas e os métodos de consecução de seus objetivos empresariais.

Assim, a partir do momento em que a precaução reclama uma nova ética de RC deve, também, estender seus efeitos a todos os atores sociais responsáveis pela criação e gestão dos riscos, e não se limitar a orientar comportamentos públicos. Ou seja, analisado sob a concepção da eficácia horizontal do direito ambiental, o campo de atuação do princípio da precaução torna-se amplamente vasto na esfera subjetiva, atingindo não só os atores públicos (função a ele atribuída historicamente) como também todo e qualquer particular. Nesse sentido, postula Adela M. Seguí:

*El principio nació en relación al derecho internacional del ambiente, y después fue adquiriendo carta de ciudadanía en numerosos textos internacionales, europeos y comunitarios. Su presencia en referencia a riesgos graves y a daños irreversibles sobre bienes colectivos es una realidad innegable. (...) Ha sido considerado por algunos como un simple principio político que se impone los poderes públicos, por otros como regla normativa autónoma a la disposición del juez, a título de*

---

<sup>942</sup> ARCHER, António Barreto. **Direito do ambiente e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2009. No original: “Os países onde os particulares e as associações não governamentais têm maior apoio legal e jurisdiccional para reagirem, através do mecanismo da responsabilidade civil, contra as condutas lesivas do ambiente, como os Estados Unidos da América, a Inglaterra ou a Alemanha, são precisamente aqueles Estados em que o défice de execução do direito do ambiente é menor, verificando um cumprimento generalizado dos padrões de emissão de poluentes estabelecidos por lei, apesar do poderio económico e dos crescentes níveis de produção e de sofisticação tecnológica de sua actividade industrial” (p. 19). Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



*estándar, o como principio general del derecho. (...) Para otros, la precaución podría encarnarse en un verdadero principio erigido en fundamento de la responsabilidad civil, en su nueva versión de mecanismo de tutela preventiva de los daños graves e irreversibles a que ya me he referido. Uno de los cuestionamientos más serios que se formularon a la precaución como fundamento de la responsabilidad, es que ella representaría una concepción regresiva del instituto. Comparto la opinión de que ese temor es infundado, por dos razones: la primera, porque la vitalidad incuestionable de la responsabilidad objetiva desestima la posibilidad de su declinación; la segunda, porque la responsabilidad por falta de precaución y la responsabilidad objetiva comparten su finalidad última: poner el acento en la función preventiva de la Responsabilidad civil. (...) Considero conveniente a esta altura del debate, profundizar la reflexión sobre la influencia que ejercería sobre el derecho de la responsabilidad la ética de precaución integrando un propósito mayor: el reconocimiento de un principio de precaución como fundamento nuevo de la responsabilidad civil que la dotaría de una función original<sup>943</sup>.*

Ademais, considera-se que, em razão da dinamicidade das relações privadas, os deveres de gestão dos riscos mediante elaboração de pesquisas definidoras das consequências de determinadas atividades, da adoção das técnicas de produção o mais seguras possível e da mitigação dos danos revelar-se-iam mais viáveis do ponto de vista prático, quando impostos ao particular. A concepção de uma eficácia horizontal direta e imediata (âmbito particular) de um direito fundamental do meio ambiente e de seus instrumentos traduz-se em vigoroso elemento de justificação da implementação do princípio da precaução no âmbito do direito da responsabilidade civil ambiental. Isso, contudo, em nenhum momento nos permite afirmar que já se revela possível a estruturação jurídica de uma RC atuante a montante do dano.

Todavia, faz-se necessária a avaliação de outros modelos que se destinam a justificar a aproximação da precaução ao direito da responsabilidade civil. Desse modo:

A evolução progressiva da dicotomia tradicional entre público e privado e a necessidade paralisante, profundamente sentida nos modernos arranjos constitucionais, de plena exploração dos direitos individuais nas mãos das autoridades públicas modificaram profundamente o cenário das relações entre autoridades estatais e particulares,

---

<sup>943</sup> SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, [s.l.], v. 52, p. 267, out.-dez. 2004.

inaugurando uma tendência interpretativa destinada a sujeitar o Estado às regras do direito civil<sup>944</sup>.

Afinal, existe discussão acerca dos efeitos do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade, mas a imensa maioria desses trabalhos toca não à esfera da RC, mas sim da responsabilidade administrativa, que tem natureza pública, assim como essencialmente o direito ambiental. Nesse contexto, o Decreto-Lei nº 147/2008 (Portugal), no inciso I de seu artigo 14, é claro ao delimitar a responsabilidade administrativa preventiva dos que desenvolvem atividades arriscadas. Vê-se aqui, claramente, uma abordagem preventiva; contudo, não dedicada ao direito privado.

Por outro lado, cumpre notar, neste ponto específico do trabalho, que não se desconhecem as críticas, mormente a kelseniana, da divisão entre direito público e privado<sup>945</sup>. Fato é que, ao se filiar na corrente da visão única, a dicotomia que se apresenta como óbice à eficácia do princípio da precaução no direito da responsabilidade civil desapareceria por completo. Todavia, no prisma acadêmico, é importante avaliar a questão posta em causa sob a égide diferenciadora das estruturas de direito público e privado<sup>946</sup>, de forma a demonstrar que, ainda que existente, ela não se revela impeditivo

---

<sup>944</sup> PASQUINELLI, Chiara. **Le leggi dannose**: percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. No original: “*Il progressivo evolversi della tradizionale dicotomia tra pubblico e privato e la paralela esigenza, profondamente sentita nei moderni ordinamenti costituzionali, di una piena valorizzazione dei diritti individuali al cospetto dei pubblici poteri hanno ormai profondamente mutato lo scenario dei rapporti tra autorità statali e soggetti privati, inaugurando una tendenza interpretativa orientata a sottoporre lo Stato alle regole del diritto civile*” (p. 5).

<sup>945</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998. No original: “A Teoria Pura do Direito relativiza a oposição, tornada absoluta pela ciência jurídica tradicional, entre Direito privado e público, transforma-a de uma oposição extra-sistemática, quer dizer, de uma distinção entre Direito e não Direito, entre Direito e Estado, numa distinção intra-sistemática; e precisamente porque, desse modo, também decompõe e destrói a ideologia que está ligada à absolutização da oposição em causa, comprova o seu caráter de ciência. Representando-nos, na verdade, a oposição entre Direito público e privado como a oposição absoluta entre poder e Direito ou, pelo menos, entre poder do Estado e Direito, cria-se a ideia de que no domínio do Direito público, especialmente no do Direito constitucional e administrativo – que têm especial importância política – o princípio da legalidade não vale com o mesmo sentido e com a mesma intensidade que no domínio do Direito privado, que se considera, por assim dizer, o domínio propriamente jurídico” (p. 382).

<sup>946</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado Editor – Sucessor, 1997. No original: “Pode afirmar-se, em suma, que nada caracteriza melhor uma determinada ‘ordem jurídica’ do que a relação em que dentro dela são colocados, um em face do outro, o direito público e o privado e o modo como aí são distribuídas entre estes dois domínios as diversas relações jurídicas. A superação do feudalismo coincidiu, como se sabe, com o aparecimento da consciência desta distinção entre direito público e privado. Mais tarde, o ‘Estado Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

da impregnação do direito da RC com marcas de precaução<sup>947</sup>. A prova disso reside no fato de o direito comunitário europeu ter começado os trabalhos da fixação de um marco legal de responsabilidade (cujo conteúdo prestigiava a precaução) sob a lógica privada, tendo-a no final abandonado para estabelecer, por meio da diretiva 2005/34, um diploma internacional de responsabilidade de cunho publicista<sup>948</sup>.

Assim, e como dito, a par da concepção de uma eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas – e, aí, também no ato ilícito fonte da obrigação de indenizar –, outros elementos apontam para a inserção do princípio da precaução no direito da responsabilidade civil. A introdução desse princípio no âmbito da RC é apontada e referendada de forma bastante relevante pelo escólio de Mathilde Boutonnet, de modo a compreender, segundo a sua teorização, a estruturação de um direito positivo da responsabilidade civil contemplador do conteúdo axiológico do princípio da precaução, o qual resplandeceria, também, no entendimento jurisprudencial e consuetudinário.

Por meio da teorização da internalização do princípio da precaução no âmbito da RC, a autora reconhece que, muito embora não concebido como princípio a ser aplicado no âmbito da responsabilidade civil<sup>949</sup>, a precaução espalhou seus efeitos sobre o instituto do direito privado, trazendo-lhe inúmeras implicações, nomeadamente no tocante à suposta configuração da possibilidade de uma RC sem dano.

---

polícia’ e o desenvolvimento que o acompanhou tiveram a caracterizá-los a liberação do direito público de todas as impurezas do direito privado. Mais tarde ainda, e inversamente, caracteriza-se a evolução que conduz ao ‘Estado de Direito’ (*Rechtsstaat*) pela liberação do direito privado de todas as limitações e restrições juspublicísticas até aí existentes. E assim – pode finalmente dizer-se – é ainda uma transformação idêntica e, como as anteriores, constitutiva duma época, aquela a que estamos assistindo hoje. Essa caracteriza-se, por sua vez, por uma idêntica transição dum direito liberal para um direito social, em que o direito privado e particularmente a propriedade e a liberdade contratual voltam de novo a sofrer numerosas e importantes limitações impostas pelo direito público” (p. 258).

<sup>947</sup> Sobre a dicotomia entre direito público e privado, vale ainda a menção à obra de Miguel Reale, *Lições preliminares do direito* (27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. em especial a p. 335).

<sup>948</sup> Sobre o tema, ver: BETLEM, Gerrit. Environmental liability and the private enforcement of community law. In: HARTKAMP, Arthur S. et al. **Towards a European Civil Code**: third fully revised and expanded edition. Nijmegen: Kluwer Law International, 2004.

<sup>949</sup> BOUTONNET, Mathilde. **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. No original: “*Celui-ci constituait un principe directeur du droit de l’environnement et non un principe normatif du droit de la responsabilité civile*” (p. 180).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Para a autora, a inserção do conteúdo precaucional no âmbito do direito da responsabilidade civil pode ser construída sob duas vertentes. A primeira da indução-dedução e a segunda assim denominada deambulação.

Uma das fontes formais da inserção do princípio da precaução no âmbito da RC, a indução-dedução<sup>950</sup> dar-se-ia prioritariamente por intermédio da aplicação jurisprudencial e, ainda, por meio das normas consuetudinárias<sup>951</sup> da perspectiva precaucional. Logo, essa interpretação constituiria um plexo de fontes do direito (diversas da política legislativa) no sentido de garantir a aplicação de uma abordagem precaucional ao âmbito da RC.

Noutra perspectiva, a deambulação, compreendida como propriedade do instituto jurídico de transitar entre diferentes ordens jurídicas (público-privadas), também pode identificar a emergência formal do princípio da precaução na área da responsabilidade civil<sup>952</sup>. Com especial destaque, em virtude do caráter multilateral do direito ambiental, o qual não se limita a atuar apenas no âmbito público.

No entanto, reconhece-se que é frágil a emergência formal (emergência do direito consuetudinário e a interpretação jurisprudencial ou, novamente, a prerrogativa de um direito multiforme) do princípio da precaução na RC. Nesse sentido, tal fonte, embora justifique a emergência do princípio como uma nova diretriz para a responsabilidade civil, não é comparável às fontes substanciais que permitiriam identificar seu verdadeiro significado<sup>953</sup>.

A consideração inicial das teorias formais da emergência do princípio da precaução formulada por Mathilde Boutonnet soma-se, portanto, à análise das suas fontes

---

<sup>950</sup> Ibidem, p. 151: “[...] *l'existence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile pourrait résulter de ce mouvement, de l'induction à la déduction. En effet, il se construit de multiples règles juridiques émanant de la jurisprudence ou de la coutume, et non plus seulement du législateur, revêtant la même idée directrice: éviter les dommages graves dans les domaines de la santé, de l'environnement et de la bioéthique*”.

<sup>951</sup> Ibidem, p. 150: “[...] *l'induction se ferait essentiellement à partir de règles jurisprudentielles et coutumières*”.

<sup>952</sup> Ibidem, p. 151: “[...] *La déambulation du principe de précaution vers le droit privé, plus particulièrement vers le droit de la responsabilité civile, pourrait alors partir du droit administratif étant lui aussi une branche contentieuse*”.

<sup>953</sup> Ibidem, p. 181: “[...] *permette conclure définitivement à l'émergence du principe de précaution comme nouveau principe du droit de la responsabilité civile. En effet, si les sources formelles officialisent un principe, ce sont les sources substantielles qui lui offrent sa véritable signification*”.

substantivas ou materiais, especificamente divididas em duas outras categorias: pragmática e ideológica.

A noção trazida pela doutrinadora é a de que, de início, o princípio da precaução se constituiria apenas e tão somente em princípio de direito ambiental<sup>954</sup>, mas evoluindo, nesse primeiro momento, para ser aplicado igualmente nas relações entre particulares, o que, contudo, ainda o mantém fora da estrutura da RC<sup>955</sup>. A imersão do preceito axiológico precaucional no âmbito da responsabilidade civil dar-se-ia tanto a partir de um prisma formal quanto de um prisma material. Indiscutivelmente, para Mathilde Boutonnet também existem as já indicadas fontes pragmáticas, como a necessidade de tutela e salvaguarda preventiva demandadas pelo direito ambiental. Em igual medida, existem também as razões de internalização ideológicas, as quais estão “[...] revelando a vontade de resolver este dano para não ter que suportá-los um dia”<sup>956</sup>.

Mesmo que externo ao direito da RC, isso não significa dizer que o princípio da precaução não tenha contaminado o clássico instituto de direito privado – inicialmente externo, portanto, mediante a construção de uma estrutura de “*faute de précaution*” e do “*standart de précaution*”<sup>957</sup>. Uma vez internalizado, segundo a autora o princípio da precaução altera a finalidade da responsabilidade civil: o objetivo da ação da responsabilidade civil com base no princípio da precaução “[...] será principalmente preventivo e não restaurador. (...) O princípio da precaução iria ainda mais longe, permitindo a criação de uma ação preventiva real, destinada a impedir diretamente danos”<sup>958</sup>.

Segundo a autora, a ação da RC orientada pelo princípio da precaução, para além de se traduzir em uma medida necessariamente coletiva, também demanda a configuração de condições prospectivas, o risco de prejuízo e o risco de causalidade<sup>959</sup>. Pois bem, estas digressões indicam com clareza as conclusões da doutrinadora francesa acerca dos efeitos

---

<sup>954</sup> BOUTONNET, Mathilde. **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. p. 589.

<sup>955</sup> Ibidem, p. 590.

<sup>956</sup> Ibidem, p. 591. No original : “[...] révélant la volonté d’anticiper ces dommages pour ne pas avoir un jour à les subir”.

<sup>957</sup> Idem.

<sup>958</sup> Ibidem, p. 592. No original : “La finalité de l’action en responsabilité civile fondée sur le principe de précaution serai avant tout préventive et non pas réparatrice. ... Le principe de précaution irait encore plus loin en permettant la création d’une véritable action préventive, destinée à prévenir directement les dommages”.

<sup>959</sup> Ibidem, p. 593.

da precaução no âmbito da responsabilidade civil, nomeadamente por meio da compreensão da viabilidade jurídica de uma RC coletiva e preventiva. Resta ainda, porém, demonstrar a teorização por ela formulada para chegar à referida conclusão.

A sistematização da temática é louvável pela sua clareza. Inicia-se com as já várias vezes referidas fontes pragmáticas, o que nos remete às partes iniciais desta investigação. A caracterização de uma sociedade de riscos demonstraria, segundo a referida pesquisa, a necessidade de repensar as estruturas e a responsabilidade civil. Nomeadamente, Mathilde Boutonnet indica como fontes materiais dos elementos mais caracterizadores dos conflitos ambientais contemporâneos: a gravidade dos riscos e dos danos, e a complexidade dos mesmos. Para a autora: “As fontes pragmáticas do princípio da precaução no direito da responsabilidade civil confirmam que se tornou necessário prevenir a gravidade dos danos no campo do meio ambiente, da saúde e da bioética, quer sejam puramente ecológicos ou não, da saúde, ou mais ‘simbólicos’, como são os danos genéticos”<sup>960</sup>. Ou seja, a insuficiência tecnológica com o objetivo de precisar a extensão dos danos derivados de determinadas atividades (ou, até mesmo, se eles irão eventualmente se realizar) e, em especial, a magnitude, por exemplo, dos efeitos climáticos decorrentes do modo de produção contemporâneo, permitem afirmar a particular gravidade dos danos ambientais.

Outra fonte pragmática de inserção do princípio da precaução no âmbito da RC toca à complexidade dos riscos, ao ponto de desestimular a incerteza como fundamento para obstar ao seu cunho precautório. A complexidade dos danos ambientais toca, necessária e principalmente, aos efeitos deletérios retardados e à multiplicidade das fontes, elementos que se tornariam filtros bastante acurados da responsabilidade civil, de modo que essa complexidade, vinculada sobretudo ao estabelecimento da relação de causa e efeito, tão natural no direito da responsabilidade, dá azo à inserção do princípio da precaução.

Nunca é demais frisar: não se discute a necessidade da prevenção de danos ambientais. E, portanto, é evidente a pretensa impropriedade do sistema da RC para

---

<sup>960</sup> BOUTONNET, Mathilde. **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. No original: “*Les sources pragmatiques du principe de précaution en droit de la responsabilité civile confirment qu’il est devenu nécessaire de prévenir la gravité des dommages concernant le domaine de l’environnement, de la santé et la bioéthique, qu’ils soient purement écologiques ou non, sanitaires ou plus ‘symboliques’ tels que le dommage génétique*” (p. 241).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

oferecer uma resposta condizente às demandas informadas, nos termos de Mathilde Boutonnet, como fontes pragmáticas da inserção da precaução no âmbito da responsabilidade civil. O cuidado de natureza prática/empírica, muito embora louvável e relevante, não tem aptidão para referendar, por si só, a mutação das estruturas da RC. Por razões óbvias, contudo, não se desconhece que diante da avaliação quantitativa e qualitativa de certos riscos ambientais a precaução é indicada<sup>961</sup> e, sobretudo em alguns casos, constitui a única medida realmente efetiva. Isso, todavia, não significa que tal cenário baste para fundamentar uma estrutura da responsabilidade civil pré-dano. A ideia exposta pela autora parece-nos indicar que, na medida em que se justifica a inserção do princípio da precaução no âmbito da RC, ato contínuo e de forma automática esta se revelaria apta a veicular uma responsabilidade preventiva.

Em apertada síntese, as ditas fontes pragmáticas do princípio da precaução, em sede de direito da responsabilidade civil, tendem a construir elementos reais denunciadores da necessidade premente de se evitarem riscos graves, complexos e de extensão global. Sem embargo, parece-nos que as ditas fontes pragmáticas se traduzem apenas (sem mitigar sua importância) em elementos do contexto fático do diálogo entre o princípio da precaução e a RC. Assim, alçar a questão da complexidade e da gravidade dos riscos da modernidade ao *status* de fonte pragmática da identificação de emergência de um princípio da precaução no direito da responsabilidade civil nos parece demasiado.

Reputamos ser mais adequado identificar esses elementos como o cenário em que se daria essa alteração epistemológica ou, ainda, as razões sociológicas da necessária alteração. Em nosso entender, a intencionalidade dos elementos da gravidade e da complexidade dos riscos não faz deles *fontes* da emergência do princípio da precaução no direito da RC, mas sim elementos que, em conjunto com tantos outros, permitem tão

---

<sup>961</sup> BOUTONNET, Mathilde. **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. No original: “*Au terme de cette étude, les premiers indices offerts par les règles juridiques s’avèrent largement confirmés. L’observation de la réalité factuelle et sociale légitime le contenu du principe de précaution : qu’ils soient écologiques, sanitaires ou plus ‘symboliques’, tel le dommage génétique, les risques de dommages collectifs sont si graves qu’il est nécessaire de s’en soucier. La fonction préventive du principe de précaution relève du bon-sens. Ainsi, la signification de ce dernier répond au préalable à un souci pragmatique: face à la gravité quantitative et qualitative de certains dommages que les risques technologiques peuvent entraîner, la prévention devient l’outil le mieux adapté. Cependant, l’étude des sources pragmatiques du principe de précaution ne peut s’arrêter là. Les risques décrits ne sont pas seulement graves. Ils se révèlent bien souvent incertains et globaux. Le droit de la responsabilité civile se trouve alors face à un autre défi, celui de la complexité, source substantielle importante du principe de précaution en droit de la responsabilité civile*” (p. 221).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

somente a identificação de um cenário veiculador da necessidade de alteração jurídica do instituto da responsabilidade civil face à sua impropriedade para as necessidades ambientais contemporâneas.

Em paralelo às ditas fontes pragmáticas justificadoras da impregnação dos aspectos precaucionais derivados de um preceito de caráter inicial indiscutivelmente público, estão as denominadas fontes ideológicas. E cumpre-nos aqui observar o seguinte. Se, por um lado, não se discute a influência ideológica na construção do direito, por outro, sua concepção como ciência deve cada vez mais imunizá-lo das meras interferências ideológicas, sob pena de se transmutar em relevante ferramenta de fundamentação do arbítrio, como ocorreu historicamente<sup>962</sup>.

Dito isto, voltemos a nossa investigação à análise das espécies do gênero “fontes ideológicas”, pretensamente aptas a motivar uma alteração substancial nas estruturas clássicas da RC. Seguindo a doutrina de Mathilde Boutonnet, as fontes substanciais ideológicas, em contraposição às pragmáticas, buscam um fundamento moral do princípio da precaução na responsabilidade civil, bem como um substrato doutrinário<sup>963</sup> para que o direito da RC fique impregnado das marcas da precaução. Esta análise das fontes substanciais ideológicas ganha contornos de relevância, porquanto a sociedade reflexiva trouxe à tona problemas para os quais os se mostraram ineficazes tanto os conceitos jurídicos da responsabilidade quanto os éticos .

Diante da concepção de fontes materiais ou substanciais da emergência do princípio da precaução no direito da responsabilidade civil, com sua divisão entre fonte pragmática e fonte ideológica, pode-se identificar que esta última se desenvolveu,

---

<sup>962</sup> Sobre o tema, é preciso verificar o relatório, nesta obra mencionado, elaborado por Geneviève Viney e Philippe Kourilsky, acerca do princípio da precaução, que indica seus padrões de adoção, evitando sua configuração em instrumento de arbítrio. Em igual sentido, LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 103.

<sup>963</sup> Mathilde Boutonnet faz diversas referências, neste tópico, às teorias de M. Radé e G. Viney assim como a C. Thibierge, para concluir: “*Ainsi, la reconnaissance par la doctrine d’un nouveau fondement doctrinal animant le principe de précaution ne sera pas irréaliste. Elle s’intégrerait naturellement dans le processus d’évolution de la théorie générale. Aux nouvelles données correspondent de nouveaux fondements. Si la justification idéologique qui anime le principe de précaution est officialisée par la doctrine et devient un nouveau fondement du droit de la responsabilité civile, elle ne représenterait finalement qu’une étape au sein du processus : l’évolution future des données appellera demain encore des évolutions*”. In: **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. p. 273.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



principalmente, em virtude da crescente preocupação global com a proteção do ambiente<sup>964</sup>.

Ou seja, sob a égide da construção de um novo fundamento para escorar a conclusão invocada da possibilidade de uma responsabilidade preventiva, Mathilde Boutonnet deu nova roupagem aos riscos e à gravidade deles, dantes indicados como fontes pragmáticas, aduzindo que tais elementos se refletem fortemente na ética da responsabilidade<sup>965</sup>. Por conseguinte, estes novos danos requalificados devem ter implicações morais e doutrinárias e, para tanto, a autora salienta, neste quadrante, o escólio de Hans Jonas.

Em nosso entender, porém, porque refletem uma nova interpretação do mesmo fenômeno, igualmente não dão azo à construção jurídico-normativa de uma Responsabilidade Civil precaucional.

Esta perspectiva, contudo, não retira a relevância doutrinária da pesquisa. Segundo Mathilde Boutonnet, além do que já manifestávamos em nossa crítica, como fenômeno jurídico de elevada carga ética, a RC valer-se-ia dos atributos precaucionais também por um fundamento de cunho ideológico. Isso porque o cenário que envolve o atual desafio do direito da responsabilidade civil, também denominado de fontes pragmáticas de emergência, revela uma necessária avaliação ético-sociológica de certos tipos de implicações decorrentes do modo de produção adotado, entre os quais os ambientais. Esta afirmação tem um ponto indiscutível: a refundamentação ética da RC parece-nos ser uma necessidade. Com efeito, ela tem lugar inclusive de forma periódica, como se verificou aquando da sua inquestionável despatrimonialização. No entanto, a estruturação de um cenário de angústia, e até certo ponto de pânico social, como

---

<sup>964</sup> Ibidem, p. 294. No original: “*Les sources idéologiques du principe de précaution en droit de la responsabilité civile comprennent un fondement moral et un fondement doctrinal. Le fondement moral révèle une proposition éthique soucieuse des intérêts de l'humanité. Face à l'ampleur de certains dommages, la responsabilité doit être élargie et prospective bien que modérée et soucieuse des intérêts économiques et sociaux présents. Cependant, il ne s'agit ici que de discours moral. Or, grâce à l'émergence d'un fondement doctrinal, les idées véhiculées par la philosophie peuvent apparaître dans la théorie générale du droit de la responsabilité civile et innover le droit positif. En ce sens, la fonction préventive du principe de précaution se trouve plus rigoureusement légitimée et les rapports qu'il entretient avec la philosophie deviennent moins critiquables*”.

<sup>965</sup> BOUTONNET, Mathilde **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. No original: “*Se souciant des risques de dommages d'une gravité importante dans les domaines de l'environnement, de la santé et de la bioéthique, ce principe reflète fortement l'é de la responsabilité*” (p. 273).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

justificador de uma opção para além do que inicialmente se concebeu para a responsabilidade civil, ainda se revela inviável sob o ponto de vista jurídico e, sobretudo, positivo-normativo.

Pretender-se-ia, portanto, uma alteração ética, dada a prevalência de determinados bens em detrimento de uma noção tipicamente antropocêntrica e liberal afeta historicamente ao direito da RC (donde deriva a culpa posteriormente substituída pela concepção do risco). É preciso, todavia, considerar que o fenômeno ético-filosófico da influência marcante no direito da responsabilidade civil (liberal-individualismo), em recorte epistemológico histórico, era estigmatizado pela existência material e imediata do outro a quem se destinavam os deveres de cuidado.

Subvertendo a lógica imediatista e individualista, o matiz filosófico do princípio da precaução comporta uma expansão desse conceito, agora traduzido na ampliação temporal-subjetiva da esfera da responsabilidade. De acordo com Mathilde Boutonnet, a responsabilidade precaucional revelar-se-ia então também em responsabilidade não só perante o outro, ser físico e aparente e sujeito de direitos<sup>966</sup>, mas perante outros em sentido amplíssimo, ainda que por ora inexistentes, estabelecendo uma nova ótica para a relação tipicamente individualista da RC, em atenção ao aspecto trans e intergeracional do direito ambiental.

Esta concepção, pautada (também) pela heurística do medo de Hans Jonas, muito embora não afaste a responsabilidade objetiva no âmbito do direito do ambiente<sup>967</sup>,

---

<sup>966</sup> Nesse sentido, ver RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Trad. de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. No original: “[...] a dimensão política surge como o meio por excelência de realização das potencialidades humanas. Os meios através dos quais exerce esta função são primeiramente a edificação daquilo a que Hanna Arendt chamava o ‘espaço público de desaparecimento’. A expressão prolonga um termo vindo do iluminismo, o de ‘publicidade’ no sentido de mostrar, sem constrangimentos nem dissimulações, toda a rede de fidelidades no seio da qual cada vida humana desenvolve a sua breve história. Esta noção de espaço público exprime antes de mais nada a condição de pluralidade resultante da extensão das relações inter-humanas a todos aqueles que o face a face entre eu e o tu deixa de fora a título de terceiros” (p. 32).

<sup>967</sup> Sobre o tema da responsabilidade objetiva em matéria ambiental, ver a indicação de RC agravada, a qual tornaria também desnecessária a configuração do nexos de causalidade. In: NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999. No original: “Inserir-se no final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito culpa não sempre será imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar: o exercício de determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiro, implicava, em contrapartida aos benefícios que elas proporcionavam ao agente, o ônus de suportar os danos que eventualmente fossem causados a outrem. Foi por isso que se construiu a teoria da responsabilidade objetiva. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

indiretamente acarreta o renascimento do aspecto ético da responsabilidade, assente não na obtenção de um proveito com determinada atividade nem no dever daí decorrente de suportar os danos dela provenientes (responsabilidade objetiva), mas no aspecto subjetivo da responsabilidade intergeracional de atuar em desconformidade com os padrões de precaução. Essa responsabilidade, fulcrada na lógica precaucional, analisada como fonte ideológica do princípio da precaução no âmbito da ciência da RC, tem um referencial filosófico marcado pela ampliação dos sujeitos e objetos aos quais se destinam os deveres da responsabilidade. Esta, por sua vez, ainda que não equivalente ao conceito de responsabilidade jurídica, a ela se vincula por óbvias razões.

Hans Jonas informa que o progresso científico deu azo à emergência de problemas éticos novos, notadamente aqueles cujos efeitos sobre o ambiente são irreversíveis. A ideia central de tal teorização ética é, portanto, a de que o homem precisa alçar a natureza à condição de elemento digno e merecedor da sua responsabilidade, baseado em uma avaliação moral da responsabilidade cujo conteúdo limitou os poderes e liberdades humanas, alargando sua esfera de responsabilidades (por ora moral e com potencial a ser jurídico), principalmente porque a ciência já provou ser inadequada para resolver os problemas gerados pelo seu próprio progresso<sup>968</sup>. O que o referido autor propõe, diante da complexidade societária (das relações sociais e de produção), é uma responsabilidade de duração prolongada e mais grandiosa, num cenário em que o conhecimento tecnológico coloca a sociedade, a cada dia, diante de um choque ético sem precedentes.

Poder-se-ia argumentar em favor de um fundamento ético promotor da superação do elemento imediatista e materialista da esfera de responsabilidade clássica

---

Agora estamos entrando num segundo momento, em que se verifica haver hipóteses especiais em que se prescinde também denexo de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade em causa” (p. 37).

<sup>968</sup> Sobre o giro epistemológico na forma de se portar diante do meio ambiente: MATEO, Ramon Martin. **Manual de derecho ambiental**. Madrid: Trivium Editorial, 2005. No original: “*El origen de nuestros actuales males no está sin embargo en el pasaje de Génesis en que se recoge la despedida de Dios a Adán y Eva a quienes les dice: “Creced y multiplicaos y henchid la tierra y enseñorearos de ella y dominad a los peces del mar y a las áreas del cielo y a todos los animales que se mueve por la tierra”*”. Continuando seu raciocínio, o autor indica: “*El factor antrópico, como e bacteriotrópico, y sus fundamentos egoístas, son quizás consecuencia de la creación de la vida y de la lucha por la supervivencia individual. Posiblemente los mandatos genéticos altruistas no tendrán implicaciones concretas que vayan más allá de la conservación del grupo inmediato, aunque confiemos que en nosotros existan instrucciones rudimentarias ampliables racionalmente que permitan expandir la generosidad, incluyendo el conjunto de la humanidad y la conservación para ello del entorno natural*” (p. 27).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

perante o outro já existente, alargando-o não só temporalmente, mas também no sentido de uma ampliação do círculo moral<sup>969</sup> a quem se deve responsabilidade, ainda que, por ora, só sob o prisma moral<sup>970</sup>.

Assim, o princípio da precaução de certa forma subverte o imperativo categórico de Immanuel Kant<sup>971</sup> e propõe um novo modelo, que define que o meio de vida humano deve compatibilizar-se como a manutenção da vida na Terra. Do ponto de vista do direito da responsabilidade civil, o sujeito ostentador do direito ao respeito da sua liberdade – em outras palavras, o outro titular do meu dever de responsabilidade – deixa de ser a entidade humana e passa a convolar-se em algo mais amplo, afeto a tudo o que necessariamente faz possível e torna digna a vida no planeta. Expresso de outra maneira, está em causa uma conduta balizada pela ideia do dever de agir, ou de assumir responsabilidades perante todos e tudo. Ou seja: “[...] aja de modo a que os efeitos da sua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida, ou até mesmo, não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra”<sup>972</sup>. Tal se dá em contraposição à ideia kantiana consubstanciada no ideal: “[...] aja segundo a máxima através da qual a sua ação possa tornar-se lei universal”<sup>973</sup>.

Está em causa, portanto, o que Paul Ricoeur definiu como a reafecção do conceito de responsabilidade, cuja explicação tem como fundamento a ineficácia das estruturas da RC face à natureza dos danos da segunda modernidade, o que, portanto, se afasta da ideia de reparação. Tal como vimos há poucos parágrafos atrás, a tradição positivista do direito leva a endereçar o fenómeno da responsabilidade civil apenas e tão somente àquelas entidades físicas ou jurídicas/coletivas capazes de juridicamente titularizarem direitos e obrigações, entre elas as da responsabilidade.

Analisando a essência da justiça, Paul Ricoeur observou que essa posição dogmática é insuficiente para a edificação de uma teoria da responsabilidade consentânea

---

<sup>969</sup> NAESS, Arne. **Ecology, community and lifestyle**. Cambridge: The Cambridge University Press, 2003. No original: “*We need types of societies and communities in which one delights in the value-creative aspects of creative rather than of value-neutral growth; in which being together with other living beings is more important than exploiting or killing than*” (p. 24).

<sup>970</sup> SPINOZA, Baruch. **Ética**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2007.

<sup>971</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Trad. de Manuela Pinto dos Santos; Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>972</sup> JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. de Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2006. p. 47-48.

<sup>973</sup> KANT, Immanuel. **The moral law**. Kansas : Hutchinson University, 1985. p. 84.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

com a necessidade identificada pelas ditas fontes pragmáticas da emergência do princípio da precaução no âmbito do direito da RC, ou ainda no cenário de incertezas caracterizador de uma sociedade reflexiva. Na verdade, sustenta o autor, subsiste hoje uma plena desadaptação dos mecanismos da responsabilidade civil no momento da verificação das hipóteses em que o princípio da precaução pode ser invocado.

Já foi aqui também afirmado que a responsabilidade tem necessariamente um matiz filosófico e outro jurídico, os quais não coincidem necessariamente, a despeito de invariavelmente dialogarem. Sobre o prisma jus filosófico, Ronald Dworkin<sup>974</sup> fez menção a uma responsabilidade de índole coletiva, porém, ela se estabelece sob duas frentes. Uma de cunho jurídico e outra de cunho filosófico, sendo que aquele bebe desta, e não o contrário.

Não se está, contudo, a afirmar que uma concepção sobrepuja a outra, mas que, diferentes como são, se revelam como elemento identificador da periódica desadaptação da RC frente ao contexto social. O que se desadapta, neste ponto, é a questão ética da responsabilização e seu viés jurídico. O cenário social altera a moral vigente e a nova ética impõe uma alteração no dever-ser positivo.

Paul Ricoeur, considerando o cenário social hodierno, almeja cotejar e reconciliar a noção jurídica e ética da responsabilidade. Tal restabelecimento da univocidade do discurso professado pela responsabilidade ética e pela responsabilidade jurídica ocorrera outrora, aquando da verificação do fenômeno social pós-revolução industrial em que a responsabilidade se afastou parcialmente de suas amarras individualistas e liberais, deixando de se focar no fenômeno da “*faute*” ou no binômio ilicitude-culpa e consagrando juridicamente uma nova concepção de responsabilidade.

Na altura, a reconciliação entre a concepção ética e jurídica da responsabilidade salientou a necessidade, social e não ainda fundamentada juridicamente, de deixar o menor número possível de danos desprovidos da correlata indenização. Como não dizer que essa alteração na estrutura da responsabilidade jurídica (na esfera civil) se refere a uma adaptação (em contraposição à anterior desadaptação identificada por Jorge F. Sinde Monteiro) da ideia jurídica da responsabilidade à já estável concepção ética da responsabilidade?

---

<sup>974</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Massachusetts, 1995.  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Sob esse prisma, o da necessidade da adequação da noção ética e jurídica da responsabilidade, o princípio da precaução (veiculador da nova ética no campo da responsabilidade) obriga o indivíduo a operar com responsabilidade, outorgando-lhe o direito de exigir comportamentos responsáveis afetos à sua esfera de interesse e, também, constituindo-se em ente responsável não só pela esfera de direitos da presente como das futuras gerações a exigir, seja do Estado, seja de outros particulares (segundo orientação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais), a adoção de medidas tendentes a evitar danos irreversíveis e graves que ponham em risco o direito ao ambiente<sup>975</sup>. Desse modo, coloca a função de prevenção em pé de igualdade com a função ressarcitória da responsabilidade. Não por outro motivo, Cyril Sintez defende a verificação no direito da responsabilidade civil de um princípio que se coloca em paralelo com o princípio da reparação integral e orienta a adoção de comportamentos com foco na prevenção<sup>976</sup>.

A assunção de uma esfera precaucional principal (RC a montante do dano) também pode conduzir à afirmação de que se está a instituir uma espécie de pena privada, instituto não totalmente descartado do direito privado. Paula Meira Lourenço<sup>977</sup>, identificando o carácter histórico da pena privada, ainda que sob a égide do debate acerca dos danos punitivos, revela que essa “[...] constitui uma alternativa civil à tutela penal, e que supera a via indenizatória, representando uma via eficaz e acentuando a finalidade

---

<sup>975</sup> BOUTONNET, Mathilde. **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. No original : “[...] *le principe de précaution permettrait à une victime de demander au juge de prévenir certains dommages collectifs pouvant être graves et, du même coup, de se soucier des intérêts de l'humanité. Dit autrement, le principe de précaution amorçe le passage d'une responsabilité uniquement curative vers une responsabilité également préventive*” (p. 251).

<sup>976</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive em droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise em effet des normes. Paris: Dalloz, 2011. No original: “[...] *révèle l'existence d'un principe gouvernant le prononcé des sanctions preventives, qui coexiste aux côtés du principe de réparation intégrale. Il s'agit d'un principe que nous avons dénommé principe de prévention proportionnelle, que commande au juge de prévoir la survenance d'un dommage ou de ses conséquences en droit afin d'évaluer la meilleure sanction à prendre dans une optique préventive*” (p. 446).

<sup>977</sup> Cf. LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLIII, n. 2, 2010. No original: “[...] a pena privada constitui uma alternativa civil à tutela penal, e que supera a via indemnizatória, representando uma via eficaz e acentuando a finalidade punitiva da responsabilidade civil. Os danos punitivos consubstanciam uma das manifestações da pena privada, com raízes históricas muito remotas, que é imposta desde há séculos no sistema anglo-saxónico, e começa a dar os primeiros passos nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, sendo nestes estudada pela doutrina a propósito da função punitiva da responsabilidade civil, por corresponderem a situações em que o agente é condenado a pagar uma indemnização superior ao dano que o lesado efectivamente sofreu. Assim sendo, o estudo desta figura no espaço jurídico da *civil law* implica à partida a destruição do dogma da limitação do montante da indemnização do dano sofrido pelo lesado” (p. 1024). Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

punitiva da responsabilidade civil”. Daí que também não seja desarrazoado veicular uma função de pena, estranha ao direito de responsabilidade civil, a uma RC pré-dano.

Todavia, conforme dito, filosofia e direito, muito embora áreas umbilicalmente ligadas, não constituem uma ciência única e fundida em seus valores. Nem sempre a axiologia do direito corresponde à ética. Em regra, por sua estrutura rígida, é possível dizer que tão logo o direito é positivado, começa a distanciar-se dos valores que informaram a sua constituição, dada a dinamicidade marcante destes últimos.

Se afirmámos que a ética conforma o direito, e não o contrário, temos aqui de afirmar, sem embargo, ser a responsabilidade jurídica dotada de coercibilidade consideravelmente mais robusta do que aquela reconhecida à responsabilidade ética. Não por outro motivo, esta precisa daquela para se colocar em prática como regra ampla.

Dessa sorte, enxerga-se a concepção de Hans Jonas como preceito de relevo ético ou, conforme o mesmo Autor prefere, princípio de responsabilidade moral. Assim, ainda que se possa afirmar que o direito possa emprestar sua força às regras morais, isso, todavia, não confere ao aspecto ético da responsabilidade a condição de fundamento jurídico para a extensão da esfera jurídica da RC e da alteração da sua finalidade precípua; revela-se unicamente como uma inspiração ideológica para tal giro epistemológico.

É preciso mais do que um fundamento filosófico para amalgamar filosofia e direito, fazendo com que ambas as esferas de responsabilidades possuam igual dimensão, e o direito e os valores professados por determinada sociedade em identificado período de tempo sejam coincidentes. Efectivamente, embora tratados como fontes de uma aplicação do princípio da precaução ao direito da responsabilidade civil, todos os elementos até aqui abordados se revelam caracterizadores (ou ainda circunstanciais) da incapacidade da RC em lidar com os problemas da segunda modernidade (gravidade e complexidade de riscos e danos), de forma a denotar a desadaptação entre ética e direito. Mas, em hipótese alguma, podem ser alçados à condição de fundamento jurídico de uma alteração das bases da responsabilidade civil.

Ao cotejar o princípio da precaução com o direito da RC belga, Pierre Van Ommeslaghe sintetiza com bastante precisão os óbices indicados pela doutrina dos mais variados sistemas normativos acerca da incompatibilidade do princípio da precaução com o sistema da responsabilidade civil. No entanto, o autor reconhece expressamente a

relevância do princípio para as situações da responsabilidade objetiva<sup>978</sup>; entre elas, no direito belga, a responsabilidade relacionada com a poluição do ambiente<sup>979</sup>. Nesse sentido:

Transposto para o direito positivo da responsabilidade civil, este princípio da precaução determinaria a responsabilidade incorrida no caso do fornecimento de produtos ou serviços, a implementação de tecnologias, especialmente se eles são novos e, mais geralmente, no caso da hipótese de medidas destinadas a mitigar um risco atual ou potencial cujo conteúdo e solidez são mal determinados. Seu campo de aplicação preferencial seria no campo da saúde, a proteção ao consumidor e do meio ambiente.<sup>980</sup>.

Em igual medida, o autor faz menção da problemática da definição do conteúdo e do alcance do princípio da precaução, bem como da imprecisão da sua capacidade de influenciar ou não o direito da RC enquanto imperativo de otimização destinado a orientar comportamentos diante de um risco de dano:

Seu conteúdo e escopo, no entanto, são particularmente confusos na medida em que se alega ser um princípio geral do direito positivo como base, no todo ou em parte, à responsabilidade civil. Um projeto definiria a atitude a adotar por quem tomar uma decisão sobre uma atividade de que se possa ser razoavelmente esperar que representa uma séria ameaça à saúde ou à segurança das gerações atuais ou futuras ou ao meio ambiente<sup>981</sup>.

---

<sup>978</sup> VAN OMMESLAGHE, Pierre. **Droit des obligations**. Tome Deuxième. Source des obligations (deuxième partie). Bruxelles: Bruylant, 2010. No original: “*Il ne pourrait dès lors présenter un intérêt en droit positif que dans la mesure où il aurait été traduit dans une règle spécifique de responsabilité objective qui, en même temps, en cernerait les contours de manière précise, en fonction de l’hypothèse à laquelle elle se rapporterait*” (p. 1149).

<sup>979</sup> Ibidem, p. 1417.

<sup>980</sup> Idem. No original: “*Transposé en droit positif de la responsabilité civile, ce principe de précaution déterminerait la responsabilité encore en cas d’offre de produits ou de services, de mise en œuvre de technologies, particulièrement s’ils sont nouveaux, ainsi que, plus généralement dans l’hypothèse de mesures destinées à pallier un risque actuel ou potentiel dont le contenu et l’entendue sont mal déterminés. Son domaine d’application privilégié se situerait dans le domaine de la santé, de la protection du consommateur et de l’environnement*”.

<sup>981</sup> VAN OMMESLAGHE, Pierre. **Droit des obligations**. Tome Deuxième. Source des obligations (deuxième partie). Bruxelles: Bruylant, 2010. No original: “*Son contenu et sa portée sont cependant particulièrement confus dès lors que l’on prétend y voir un principe général de droit positif servant de base, en tout ou en partie, à la responsabilité civile. Selon une conception, Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental*



Em paralelo, o citado autor indica a necessidade de desrespeitar um preceito claro de direito positivo configurador do cenário necessário para justificar a incidência do princípio da precaução no âmbito da RC, aduzindo uma vertente do referido princípio que, em suas próprias palavras, é “irreconciliável” com a responsabilidade subjetiva. Nessa perspectiva:

A menos que ele se materialize pela violação de uma norma específica de direito positivo que imponha um comportamento ou uma abstenção específicos, o alegado princípio é, por outro lado, irreconciliável com a responsabilidade pela culpa que domina o nosso direito positivo e, em particular,

- com a regra da previsibilidade da culpa pela imprudência, uma vez que se aplicaria mesmo se os temidos danos não pudessem ser previstos à luz do Estado e da ciência e tecnologia;
- com as regras, particularmente rigorosas no nexo de causalidade;
- com o princípio de que apenas certos danos são levados em consideração e não danos conjecturais<sup>982</sup>.

Já no direito italiano, não é tão claro o diálogo entre a responsabilidade civil e o direito ambiental, de modo que naquele ordenamento jurídico a influência do princípio da precaução assume o forte condão de viabilizar a identificação da culpa quando estão em causa questões materialmente ambientais. Para a doutrina italiana, a noção de conhecimento, identificado como a relativa certeza científica, deve ser observada sob dois prismas basilares: o objetivo e o subjetivo. Sob o prisma objetivo, deve ser identificado como o conjunto de conhecimento acumulado em determinado momento histórico; já no que diz respeito ao perfil subjetivo, deve ser compreendido como a relativa aptidão do

---

*il définirait l'attitude que devrait adopter toute personne prenant une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé ou la sécurité de générations actuelles ou futures ou pour l'environnement”* (p. 1148).

<sup>982</sup> Ibidem, p. 1149. No original : “A moins qu'il se matérialise par la violation d'une norme précise de droit positif imposant un comportement ou une abstention déterminés, le prétendu principe est d'autre part inconciliable avec la responsabilité pour faute que domine notre droit positif et notamment : -Avec la règle de la prévisibilité de la faute par imprudence puisqu'il s'appliquerait même si les dommages redoutés ne pouvaient être prévus à la lumière de l'état et de la science et de la technologie; - Avec les règles, devenues particulièrement strictes sur le lien de causalité ; Avec le principe selon lequel seul le dommage certain est pris en considération et non un dommage conjectural”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

pretensão causador do dano de identificar a possibilidade de ocorrência de algum dano, observado o padrão de comportamento exigível<sup>983</sup>. Nesse sentido:

No que diz respeito ao perfil da responsabilidade civil, o cumprimento destas regras é certamente necessário (por se tratar de regras preventivas positivas), mesmo que não seja cientificamente demonstrável a adequação *ex ante*. Sua violação pode dar origem à responsabilidade da empresa (por culpa específica), desde que, com base no conhecimento que surgiu, se torne possível determinar a relação causal entre a não observância e o dano. De fato, uma vez que o caráter vinculante das regras legais de precaução é indubitável, o risco incerto que elas visam prevenir é qualificável como previsível e evitável *ex ante*. Uma questão diferente é se eles podem receber regras modais (no sentido em que acabam de ser esclarecidas) (isto é, não prescritas por lei) cuja violação justifica o nascimento de uma responsabilidade por culpa. Ressaltamos que a solução afirmativa para a questão foi buscada na eficácia direta, na organização dos Estados-membros, do art. 191 T.F.U.E. (174 Tratado da UE). Nessa perspectiva, o mesmo princípio da precaução constitui uma fonte de regras de conduta (sendo, de acordo com ela, devido à adoção de quaisquer medidas que também permitem apenas reduzir o risco de dano) não apenas em relação às instituições estatais, mas também entre indivíduos, sobre as quais teria, portanto, ‘um dever de precaução’<sup>984</sup>.

---

<sup>983</sup> MONTINARO, Roberta. **Dubbio scientifico e responsabilità civile**. Milão: Giuffrè Editore, 2012. *In verbis*: “[...] il concetto di conoscibilità assume una duplice accezione, potendo essere intesa; sotto il profilo oggettivo, come complesso di conoscenze tecnico-scientifiche disponibili in un dato tempo (conoscibili è ciò che rientra nello “scibile umano”, ossia nello stato stesso della scienza e della tecnica); sotto il profilo soggettivo, come possibilità per l’impresa danneggiante di conoscere il rischio di danno creato, secondo lo sforzo di diligenza esigibile. Il primo significato si attaglia alle forme di responsabilità oggettiva (la responsabilità del produttore secondo gli art. 114 s. Cod. cons. e, con le precisazioni che si diranno, secondo l’art. 2050 c.c.). Nella seconda accezione, invece, la conoscibilità) insieme all’elemento della evitabilità) costituisce presupposto per l’imputazione dell’obbligazione risarcitoria ai sensi dell’art. 2043 c.c.” (p. 46).

<sup>984</sup> *Ibidem*, p. 68-69. No original: “Con riguardo al profilo della responsabilità civile, l’osservanza di tali regole è certamente doverosa (trattandosi di regole precauzionali positive), pur non essendone l’adeguatezza scientificamente dimostrabile *ex ante*. La loro violazione può dare luogo a responsabilità dell’impresa (per colpa specifica), sempre che, sulla base di conoscenze sopravvenute, divenga possibile accertare il rapporto di causalità tra inosservanza delle stesse e danno. Ed infatti, indubbia essendo la natura vincolante delle norme precauzionali legali, il rischio incerto che esse mirano a prevenire è qualificabile come prevedibile ed evitabile *ex ante*. Diversa questione è se possano darsi delle regole precauzionali modali (nel senso appena chiarito) generiche (vale a dire, non prescritte dalla legge) la cui violazione giustifichi la nascita di una responsabilità por colpa. Segnaliamo che la soluzione affermativa al quesito si è ricercata nell’efficacia diretta, negli ordinamento degli stato membri, dell’art. 191 T.F.U.E. (GIÀ AST. 174 Trattato U.E.): in tale prospettiva, lo stesso principio di precauzione costituisce fonte di regole di condotta (essendo, in base ad esso, esigibile l’adozione di ogni misure che permetta anche solo di ridurre il rischio di danno) non soltanto nei confronti delle istituzioni statali, ma anche tra privati, sui quali graverebbe quindi un ‘dovere di precauzione’”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Logo, a existência de uma dúvida científica não exclui, por si só, que a culpa seja reconhecível<sup>985</sup>. Essa culpa, portanto, pode resultar de diversos comportamentos, como por exemplo a violação do dever de fornecer informações às potenciais vítimas sobre os riscos incertos dos danos e sobre as medidas a serem tomadas para as reduzir ou neutralizar, ou ainda a abstenção de colocar o produto no mercado<sup>986</sup>.

Na doutrina italiana, o primeiro dos problemas encontrados pela interpretação do princípio da precaução<sup>987</sup> no aspecto ambiental cinge-se à definição de dano identificada na Lei 349, de 8 de junho de 1986, que em seu artigo 18 contempla uma noção de dano efetivamente material e não jurídico. Desse modo, já de início impõe óbice à implantação de uma lógica precaucional na tutela ambiental<sup>988</sup>.

---

<sup>985</sup> MONTINARO, Roberta. **Dubbio scientifico e responsabilità civile**. Milão: Giuffrè Editore, 2012. *In verbis*: “*In conclusione, si è stabilito che l’esistenza di un dubbio scientifico (conosciuto o conoscibile) non esclude, di per sè, che sia ravvisabile un colpa; il rischio di danno, anche in assenza di certezza, può assumere giuridica rilevanza (all’esito del giudizio di bilanciamento che spetta al giudice di compiere), più senza ricorrere all’espedito di immaginare un’efficacia diretta del principio di precauzione di cui all’art. 174 Trattato U.E. (ora art. 191 T.F.U.E.) nell’ordinamento interno. Tuttavia, a causa dell’insufficiente sviluppo della scienza, in caso di incertezza circa il rischio di danno, o mancano in termini assoluti strumenti dotati di capacità preventiva o sono disponibili solamente misure la cui idoneità ad evitare il danno non è però comprovata*” (p. 81).

<sup>986</sup> *Ibidem*, p. 82: “*Nel primo caso, la responsabilità per colpa può nascere dalla violazione del dovere di dare informazioni ai potenziali danneggiati circa i rischi incerti di danno e circa la misure da adottate per ridurli o per neutralizzarli. Ed infatti, una volta accertato all’esito del giudizio di bilanciamento, che, nel singolo caso, il produttore avrebbe dovuto acquisire conoscenza anche dei rischi incerti, nessun ostacolo si frappone alla nascita di un dovere di fornire informazioni ed avvertenze già dinanzi ad un dubbio scientifico. La tutela che, in tal modo, si accorda all’interesse leso è quella propria della responsabilità por inadempimento di simili doveri e può esser concessa subordinatamente ala dimostrazione dell’esistenza, nel caso singolo, di un nesso di causalità en quindi, secondo i principi consolidato, previo accertamento che la condotta omessa consistente nell’informazione ai potenziale danneggiati avrebbe evitato il danno. Oltre all’informazione, per l’ipotesi in cui quest’ultima non sia da sé sola sufficiente ad evitare il rischio di un danno grave, rientra tra i doveri, da adempiere per non incorrer in responsabilità per colpa, pure l’astensione dall’immettere il prodotto in commercio. Quanto al secondo caso (disponibilità di misure la cui idoneità ad evitare il danno non sia dimostrata), invece, si è notato che, secondo la tradizione, per individuare la fonte di una regola cautelare, non basta la mera possibilità che, in caso di osservanza, il danno non si produca, occorrendo la quasi certezza o, quanto meno, la elevata probabilità*”.

<sup>987</sup> *Ibidem*, p. 11: “[...] laddove viene in questione il principio di precauzione, mandando una legge scientifica in grado di fornire “una spiegazione” dei fenomeni, la valutazione di prevedibilità non può che riguardare solamente un evento possibile (e non anche uno significativamente o altamente probabile)”.

<sup>988</sup> TOMMASINI, Raffaele. **La responsabilità civile nel terzo millennio**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011. *In verbis*: “*Nell’art. 18 in concetto di ‘danno’ viene utilizzato non già nel significato di lesione contra ius di un interesse tutelato dall’ordinamento in modo diretto, bensì nel senso atecnico di alterazione, distruzione o deterioramento dell’equilibrio ambientale: danno cioè in senso materiale, concreto, non giuridico*” (p. 367).

A identificação de um dano material como pressuposto para a emergência do dever de indenizar soma-se à definição da titularidade estatal da função ressarcitória<sup>989</sup> e, por conseguinte, conduz a responsabilidade ambiental de Itália a um perfil primordialmente compensatório, que é também sancionatório, ainda que em menor grau:

A disciplina em matéria ambiental favorece a mais eficaz regra de compensação para a restauração do status quo ante, e onde não é possível (a exigência tradicional adicional de encargos excessivos não foi usada), entra em jogo a técnica de compensação para o equivalente. É evidente o surgimento do perfil sancionatório e não meramente compensatório pelo ilícito ambiental<sup>990</sup>.

Noutra senda, o Código Ambiental Italiano, em seu artigo 301<sup>991</sup>, traz parâmetros jurídico-positivos para a aplicação do princípio da precaução ao afirmar que, em caso de riscos, mesmo que apenas potenciais, para a saúde humana e o ambiente, deve ser assegurado um elevado nível de proteção. Ademais, acentua Raffaele Tommasini: *“L’attuazione dei principi di precauzione e di prevenzione trova concreto riscontro già nelle nuove procedure di VIA, VAS e AIA di cui ai modificati artt 4 e ss”*<sup>992</sup>. Naquele país, portanto e diferentemente do que se convencionou em França, segundo o acima exposto, em que pese haver vozes em contrário<sup>993</sup>, se limitaram os efeitos do princípio da

---

<sup>989</sup> Ibidem, p. 368: *“Destinatario dell’effetto risarcitorio è lo Stato. Nonostante per la titolarità del diritto al risarcimento de danno ambientale sia indiscussa l’attribuzione in via esclusiva allo Stato, la relativa legittimazione ad agire in giudizio, in deroga al principio della necessaria correlazione tra diritto al risarcimento e titolarità dell’azione, spetta anche ad altri soggetti. La legge n 349/1986 legittima, infatti, gli enti territoriali sui quali insistono i beni danneggiati e le associazioni ambientaliste quali formazioni sociali portatrici di interessi diffusi”*.

<sup>990</sup> TOMMASINI, Raffaele. **La responsabilità civile nel terzo millennio**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011; *“La disciplina in materia ambientale privilegia la più efficace regola risarcitoria del ripristino dello status quo ante ed ove non possibile (non ricorreva l’ulteriore tradizionale requisito dell’eccessiva onerosità), subentra in gioco la tecnica del risarcimento per equivalente. È evidente l’emergere del profilo sanzionatorio e non meramente risarcitorio dell’illecito ambientale”*.

<sup>991</sup> Ibidem, p. 370. *In verbis: “Con l’art. 301 il legislatore tenta di dare attuazione al principio di precauzione di cui all’art 181 TFUE, prevedendo che, in caso di pericoli, anche solo potenziali (ma il pericolo è sempre in potenza e non in atto, sicché il riferimento sembra essere al tipo di verifica che deve sorreggere la conclusione dell’esistenza del pericolo) per la salute umana e per l’ambiente, deve esse assicurato un alto livello di protezione. Precisa il legislatore al comma 2 che: ‘L’applicazione del principio di cui a comma precedente concerne il rischio che comunque possa esse individuato a séguito d una preliminare valutazione scientifico obiettiva”*.

<sup>992</sup> Ibidem, p. 371.

<sup>993</sup> IZZO, Umberto. *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale* (e-book). **UNITN e-prints**, 2007. Disponível em: <<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001253/>>. No original: *“È evidente che la soluzione del Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental*

precaução a uma forte influência na análise da culpa, o que com toda a evidência se revela irrelevante para os ordemanetos jurídicos que estabelecem a responsabilidade civil ambiental sobre padrões objetivos. Para a doutrina italiana, portanto, a existência da incerteza e, por conseguinte, a atuação do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade civil não pode conduzir a um cenário de juízo sobre a conduta com base na inobservância de regras difusas e consolidadas e, ainda menos, à configuração de uma RC efetivada em momento anterior ao dano:

[...] quando não houver incerteza científica, a investigação da existência de culpa diz respeito à não observância de regras identificadas no pressuposto da periculosidade da conduta (como o agente pode ser representado com um considerável grau de probabilidade, não conforme com elas, o próprio comportamento atingirá um certo evento prejudicial). Ao contrário, se há incerteza, o julgamento da qualificação do comportamento não pode se referir à não observância de regras generalizadas e consolidadas, uma vez que o conhecimento incompleto e não unívoco se limita a registrar a possibilidade de que o comportamento siga o dano, mas não indicam cautelas que possam evitar ou reduzir significativamente a realização desse risco<sup>994</sup>.

Na ausência de uma delimitação conceitual positiva para a culpa, coube à doutrina a definição de critérios objetivos para seu aferimento, de modo a ungir da necessária segurança jurídica o panorama de aplicação do direito da responsabilidade civil, cuja regra geral, em Itália, ainda invoca padrões de subjetividade. No ordenamento jurídico daquele país, a definição da culpa exige a comparação da conduta sob avaliação a um padrão de comportamento do homem médio ou do bom pai de família, consoante com a previsão expressa do artigo 1.176 do Código Civil Italiano. Nesse sentido: “*In*

---

*nostro quesito involge la necessità di approfondire un tema classico della responsabilità civile, che può riassumersi chiedendosi fino a che punto una condotta riconosciuta illecita sul piano civile possa consentire di trasformare l'autore di quella condotta nel soggetto obbligato ad internalizzare tutti i danni naturalisticamente conseguenti al suo comportamento illecito, e che prende il nome di “problema della causalità giuridica”* (p. 268).

<sup>994</sup> MONTINARO, Roberta. **Dubbio scientifico e responsabilità civile**. Milão: Giuffrè Editore, 2012. No original “[...] quando non vi sia incertezza scientifica l’indagine circa l’esistenza della colpa verte sull’inosservanza di regole individuate sul presupposto della pericolosità della condotta (in quanto il soggetto agente può rappresentarsi che con un notevole grado di probabilità, non uniformandosi ad esse, al proprio comportamento conseguirà un certo evento lesivo). Al contrario, nel caso in cui incertezza vi sia, il giudizio di qualificazione della condotta no può riguardare l’inosservanza di regole diffuse e consolidate, poiché conoscenza incomplete e non univoche si limitano a registrare la possibilità che al comportamento segua il danno, ma non indicano cautele in grado di evitare o ridurre sensibilmente la concretizzazione di tale rischio” (p. 9).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

*mancanza di una definizione normativa di colpa, gli interpreti hanno individuato per più nella diligenza del buon padre di famiglia il modello alla cui stregua valutare il comportamento del danneggiante (...) si è osservato che, secondo la teoria classica, la diligenza del buon padre di famiglia coincide con la diligenza media*<sup>995</sup>.

Há aqui, portanto, uma expansão do critério da avaliação da culpa<sup>996</sup> com fundamento nos ditames principiologicos, na medida em que o princípio da precaução, dentre outros, estabelece um novo padrão de comportamento socialmente aceito, no qual são consideradas também as futuras gerações<sup>997</sup>.

A noção tradicional de culpa no modelo de responsabilidade italiano incluía a incerteza como elemento desnaturador, porquanto a própria imprevisibilidade e incerteza acerca da ocorrência do dano não permitiria a identificação de um qualquer comportamento culposo. A incerteza científica da qual se ocupa o princípio da precaução seria, desse modo, excluyente de culpabilidade e, por consequência, suficientemente apta a ruir a estrutura básica necessária à emergência do dever de indenizar. Logo, pondera Roberta Montinaro:

A concepção tradicional vê a culpa do agente, em que a medida de probabilidade e o grau de evitabilidade do evento no momento da conduta eram muito altos ou próximos da certeza (somente sob tais condições o evento poderia se qualificar como previsível e evitável). Com a consequência de que a incerteza científica exclui a culpa do agente e, portanto, o nascimento da responsabilidade<sup>998</sup>.

---

<sup>995</sup> Ibidem, p. 13-14.

<sup>996</sup> MONTINARO, Roberta. **Dubbio scientifico e responsabilità civile**. Milão: Giuffrè Editore, 2012. *In verbis*: “*Emancipare la colpa dalla diligenza media vuol dire attribuire rilevanza giuridica anche ai rischi non contemplati da usi sociali, rintracciando la presenza di regole cautelari*” (p. 22).

<sup>997</sup> TOMMASINI, Raffaele. **La responsabilità civile nel terzo millennio**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011. *In verbis*: “*Le più recenti indicazioni dei principi di precauzione e di prevenzione consentono di concludere nel senso che gli ordinamenti positivi – consapevoli che l’ambiente coinvolge interessi sovranazionali – hanno imboccato la strada della precauzione e della prevenzione attraverso la imposizione di doveri la cui funzione ultima è quella di garantire nelle forme più efficaci possibili la qualità della vita della persona umana e di tutti gli esseri che popolano il globo terrestre. Tuttavia, pur risultando acquisiti i principi della prevenzione e della precauzione, la strada della più efficace tutela ambientale appare ancora lunga ed impone certamente una maturazione culturale, ancora in fieri, e l’acquisizione della piena consapevolezza che la tutela preventiva rimane uno strumento essenziale per garantire la salute e lo sviluppo e forse anche la sopravvivenza delle generazioni future*” (p. 372).

<sup>998</sup> MONTINARO, Roberta, op. cit., p. 24. No original “*La concezione tradizionale ravvisa una colpa dell’agente, laddove la misura della probabilità ed il grado di evitabilità dell’evento al tempo della condotta fossero molto elevati o prossimi alla certezza (soltanto a tali condizioni* Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Assim, diante do quadro de incremento das incertezas derivadas de uma sociedade de risco pós-moderna, passou-se a avaliar em qual medida essa incerteza tocante a riscos potencialmente muito grandes deveria informar a estrutura normativa da responsabilidade orientada por critérios de precaução. Passou-se então à definição de quatro critérios: a utilidade social da atividade causadora dos riscos, a possibilidade de os riscos efectivamente se materializarem em danos, a gravidade dos danos materializados<sup>999</sup> e, por fim e não mais importante, a relevância jurídica do bem em risco<sup>1000</sup>. Nesses termos, a autora acrescenta: “Em caso de risco de dano grave que ameace um ativo legal de alto nível (...), a conduta a ser avaliada não pode ser considerada negligente, mesmo que a probabilidade da sua verificação seja relativamente básica”<sup>1001</sup>. Assim, ao contrário do que inicialmente afirmado, a incerteza científica, campo de atuação próprio do princípio da precaução, passou a não mais configurar um entrave à efetivação da responsabilidade ambiental:

Consequência disso é que a culpa científica e a incerteza deixam de ser conceitos antitéticos. A existência de uma dúvida científica (conhecida ou conhecível) nos exclui, por si só, da culpa reconhecível; o risco de dano, mesmo na ausência de certeza, pode assumir importância legal de acordo com o art. 2.043 c.c. (em resultado do julgamento de equilíbrio ou – mas o resultado prático é o mesmo – incluindo no modelo rigoroso de conduta também o dever de não ignorar tal tipo de risco), sem ter de recorrer ao expediente de imaginar um efeito direto do princípio de precaução nos termos do art. 191 T.F.U.E. no ordenamento jurídico interno<sup>1002</sup>.

---

*potendo l'evento qualificarsi prevedibile ed evitabile). Con la conseguenza che l'incertezza scientifica esclude la colpa dell'agente e dunque la nascita della responsabilità”.*

<sup>999</sup> MONTINARO, Roberta. **Dubbio scientifico e responsabilità civile**. Milão: Giuffrè Editore, 2012. *In verbis*: “[...] l'individuazione dell'ambito dei rischi giuridicamente rilevanti dall'ampiezza del dovere di diligenza: quanto più è rigoroso il modello con cui si confronta la condotta dell'imprenditore, tanto maggiori sono i rischi debbono essere previsti ed evitati” (p. 21).

<sup>1000</sup> *Ibidem*, p. 25. *In verbis*: “Una diversa teoria invece ritiene che il livello di rischio giustificato, oltre il quale si ha colpa, debba essere determinato dal giudice mediante il ricorso alla tecnica del bilanciamento tra diversi elementi, tra cui: 1) l'utilità sociale dell'attività esercitata; 2) il tipo del possibile danno; 3) la probabilità di verificação dello stesso; 4) la natura del bene lesa”.

<sup>1001</sup> *Ibidem*, p. 26. No original: “In caso di rischio di danno grave che minacci un bene giuridico di rango elevato (...) la condotta oggetto di valutazione non potrà non dirsi colposa, quand'anche siano relativamente basse le probabilità di verificação dello stesso”.

<sup>1002</sup> *Ibidem*, p. 27. No original: “Consequenza di ciò è che colpa ed incertezza scientifica cessano di esser concetti antitetici. L'esistenza di un dubbio scientifico (conosciuto o conoscibile) nos esclude, di per sé, che sia ravvisabile una colpa; i rischio di danno, anche in assenza di certezza, può assumere giuridica rilevanza secondo l'art. 2.043 c.c. ) all'esito del giudizio di

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Impregnada pelo princípio da precaução, no ordenamento jurídico italiano a culpa passou a ser compreendida como o resultado de um julgamento que verifica a falha na adoção de medidas de segurança consideradas necessárias à realização de uma determinada atividade. Assim, passa a deixar de ser “[...] parâmetro de avaliação de um comportamento a que um dano seja reconduzível, e torna-se o resultado de um juízo que constata a falta de adoção de medidas de segurança consideradas necessárias na realização de uma determinada atividade ou no uso de uma determinada coisa”<sup>1003</sup>. Nessa perspectiva, postula Roberta Montinaro:

No caso da incerteza científica, admitir responsabilidade por culpa pode se aplicar à adoção de precauções destinadas a prevenir (ou reduzir o risco de) danos, advertências que, no entanto, podem ser consideradas como consistindo, não em medidas técnicas (que em condições de incerteza científica, não estão disponíveis ou, em qualquer caso, estão privadas de comprovada capacidade preventiva), mas na informação aos possíveis prejudicados e, nos casos de maior severidade, na abstenção de colocar o produto no mercado<sup>1004</sup>.

Há doravante uma função da tutela civil na governança dos riscos, passando a assumir um papel outrora tipicamente público. Nesses termos, “[...] pode desempenhar um papel de substituição em relação ao direito público (no caso de inação da

---

*bilanciamento o – ma il risultato pratico è il medesimo – includendo nel rigoroso modello di condotta anche il dovere di non ignorare una siffatta specie di rischio), pur senza dover ricorrere all’espedito di immaginare un’efficacia diretta del principio di precauzione di cui all’art. 191 T.F.U.E. nell’ordinamento interno”.*

<sup>1003</sup> MONTINARO, Roberta. **Dubbio scientifico e responsabilità civile**. Milão: Giuffrè Editore, 2012. No original: “*parametro di valutazione di un comportamento al quale sia riconducibile un danno, ma diventa esito di un giudizio che accerta la mancata adozione di misure di sicurezza ritenute necessarie nello svolgimento di una certa attività o nell’uso di una determinata cosa*” (p. 33).

<sup>1004</sup> Ibidem, p. 38. No original: “*In caso si incertezza scientifica, ammettere una responsabilità per colpa può valere a sollecitare l’adozione di cautele volte ad impedir il (o a ridurre il rischio di) danno, cautele che però, come si dirà, possono consistere, non in misure tecniche (che in condizioni di incertezza scientifiche non sono disponibili o, comunque, sono prive di capacità preventiva dimostrata), bensì nell’informazione ai possibili danneggiati e, nei casi, di maggiore gravità, nell’astensione dall’immettere in commercio il prodotto*”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



administração pública para ativar as formas de proteção a que tem direito), permitindo levar a cabo um controle difuso das atividades de risco”<sup>1005</sup>.

Ou seja, a gravidade e a extensão dos danos e uma nova ética trans e intergeracional afeta ao direito do meio ambiente traduzem-se em sinais da necessidade de alteração da estrutura jurídica da responsabilidade civil. Mas nem sempre algo que é necessário sob o ponto de vista ético (fundamentos axiológicos) e empírico (fundamentos pragmáticos) é juridicamente viável.

Fica demonstrada a incapacidade do direito da RC em solver as questões ambientais da segunda modernidade. Ainda que se possam ventilar alguns questionamentos sobre a extensão e a gravidade da realidade ambiental<sup>1006</sup>, há de se partir desse acordo dogmático prévio (a intenção aqui não é debater, sob bases alheias à ciência do direito, o cenário ambiental) com o propósito de analisar as formas de diálogo do direito ambiental e do direito civil.

## 22.3 A Alteração da Responsabilidade Civil: Interrogações

Nessa linha, a grande questão colocada busca responder se as condições conexas (formais e substanciais – introdução do âmbito do princípio da precaução nas estruturas da responsabilidade) são tão aptas a ensejar uma alteração das estruturas jurídicas da responsabilidade civil quanto foi o cenário pós-revolução industrial. E, na hipótese de resposta positiva, qual seria o âmbito de atuação de uma RC precaucional e quais os efeitos do princípio da precaução no direito da responsabilidade privada<sup>1007</sup>?

---

<sup>1005</sup> Idem. No original: “[...] *può svolgere un ruolo di supplenza rispetto al diritto pubblico (in caso di inerzia della pubblica amministrazione ad attivare le forme di protezione che ad essa competono), permettendo di attuare un controllo diffuso delle attività rischiose*”.

<sup>1006</sup> Nesse sentido: LOMBORG, Bjorn. **The skeptical environmentalist** – measuring the real state of the world. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

<sup>1007</sup> JACOTOT, David. Le principe de précaution et le renforcement de l’action en responsabilité por faute. **Revue juridique de l’environnement**, Limonges, n. spécial, p. 91-105, 2000. No original: “[...] *la «précaution» dans le droit de la responsabilité constitue une technique juridique employée pour vérifier s’il était possible à un individu d’éviter un risque identifié, certain et non simplement soupçonné*” (p. 94).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Isso porque, desde a sua gênese, a responsabilidade civil sempre se pautou pela necessidade de configuração de um dano. Efectivamente, já ao formular sua teoria geral (*allgemeinem Deliktsvoraussetzungen*), Karl Larenz definiu os pressupostos necessários para a emergência do dever de indenizar no direito alemão, identificando a ilegalidade da conduta e a culpa do agente, bem como a existência de um dano e um liame etiológico entre o ato fundamento da responsabilidade e o dano. Este último devendo ser atribuível ao agente como uma consequência injusta<sup>1008</sup>.

Neste aspecto, a doutrina indica de início dois caminhos a serem seguidos. O primeiro, de uma ação anterior ao dano, diante de um simples receio de que ele possa vir a ocorrer, como verificado nas teorias de Mathilde Boutonnet, Cyril Syntez<sup>1009</sup>, Christophe Radé, Catherine Thibierge e Suzanne Carval<sup>1010</sup>; e o segundo, entendido como mais consentâneo à formação jurídica contemporânea da RC, centrado na compreensão do princípio da precaução do insuflador da culpa<sup>1011</sup>, conforme já indicado no direito italiano. A ideia exposta pela segunda linha de raciocínio é a de que o princípio da

---

<sup>1008</sup> LARENZ, Karl. **Lehrbuch des schuldrechts**. Zeiter band. Besondere Teil. Munique: Beck, 1977. p. 523. *In verbis*: “Damit eine zum Schadensersatz verpflichtende ‘unerlaubte Handlung’ vorliegt, bedarf es 1. einer Handlung, die 2. einem der im Gesetz genannten, Tatbestände‘ des zivilrecht haftbar machenden Unrechts entspricht, 3. rechtswidrig is und 4. dem Handelnden zum Verschulden gereicht. Damit eine Ersatzpflicht entsteht, muss 5. einem anderen aus dieser Handlung ein rechtlich-ersatzfähiger Schaden entstanden sein. Zwischen der Handlung - dem Haftungsgrund - und dem Schaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen, und der Schaden muss dem Handelnden als Unrechtsfolge nach rechtlichen Kriterien zurechenbar sein”.

<sup>1009</sup> Sobre as teorias de Cyril Sintez e Suzanne Carval, ver: CARRÁ. Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta. São Paulo: Atlas, 2015. No original: “As teses de Cyril Sintez e Suzanne Carval já mencionadas, nesse ponto como em outros, fazem tábula rasa do estado da arte vigente que, claramente, divide as formas de sanção conforme o objetivo que deseja coibir. Que existam formas preventivas de sanção, concordamos integralmente, mas justamente porque elas se realizam enquanto não há dano, mas tão somente antijuridicidade, ou seja, comportamento contrário ao Direito, não há que se falar em responsabilidade civil” (p. 166).

<sup>1010</sup> CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans as fonction de peine privée**. Paris: LGDJ, 1995. p. 379-384.

<sup>1011</sup> TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 18, p. 205-220, 2010. *In verbis*: “Algunos podrían pensar de forma refleja en el “daño evitable”, es decir, en una acción de precaución, en una actuación ex ante, que procedería frente a aquella situación en la cual existe una amenaza o una sospecha de que un daño pueda ocurrir (A). Otra situación más próxima al esquema actual de la responsabilidad civil es estimar la posibilidad de imputar la responsabilidad de un daño ya causado gracias al principio de precaución, que sería un amplificador de la “culpa” o, más concretamente, de la obligación de prudencia (B)” (p. 206).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

precaução acrescentaria novos padrões ao conteúdo jurídico-normativo da culpa, impondo um novo padrão de comportamento<sup>1012</sup>:

A afirmação do princípio da precaução implica um alargamento das obrigações dos profissionais cuja violação configura um erro de precaução. Esta última, que denota uma apreciação extremamente severa do comportamento humano, mostra que “a culpa” está mudando constantemente para se adaptar às novas necessidades da sociedade (A). Seu advento também lança nova luz sobre a “filosofia” da culpa (B)<sup>1013</sup>.

Ademais, para David Jacotot, não só a culpa<sup>1014</sup> é insuflada pela introdução do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade civil. Também os danos que a influência desse princípio busca prevenir têm sua natureza substancialmente alterada. Eles não se prendem às categorias dos danos individuais nem dos acidentes; trata-se antes de danos coletivos ou “em série”, capazes de afetar uma pluralidade de indivíduos<sup>1015</sup>. Não se desconhecem as ideias e a filosofia por detrás de uma função social atribuível, ou até já consolidadamente atribuída, a institutos jurídicos essencialmente privados, como a propriedade e o contrato. Logo, a introdução do princípio da precaução implica

---

<sup>1012</sup> JACOTOT, David. Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité por faute. **Revue juridique de l'environnement**, Limonges, n. spécial, p. 91-105, 2000. No original: “*Le principe de précaution étoffe le contenu de la notion de faute parce qu'il paraît effectivement de nature à imposer aux professionnels de nouvelles obligations (I). Et pourtant, paradoxalement, il nous apparaît incertain que le principe de précaution postule une revitalisation de la responsabilité faute, malgré l'enrichissement de son contenu. Si un auteur a pu constater un 'retour de la responsabilité pour faute' en Louisiane, il explique ce phénomène par l'idée que la protection de la victime ne doit pas trop contrebalancer celle des propriétaires. En d'autres termes, le renforcement de la responsabilité pour faute implique de concilier les intérêts des victimes – la généralisation de l'indemnisation – et les intérêts des industriels créateurs d'activités à risques – indemniser le moins possible*” (p. 94).

<sup>1013</sup> Idem. No original: “*L'affirmation du principe de précaution implique un accroissement des obligations des professionnels dont la violation caractérise une faute de précaution. Cette dernière, que dénote une appréciation extrêmement sévère des comportements humains, montre que «la faute» se transforme, subit sans cesse des mutations pour s'adapter aux besoins nouveaux de la société (A). Son avènement éclaire également d'une nouvelle lueur la «philosophie» de faute (B)*”.

<sup>1014</sup> Ibidem, p. 98. No original: “[...] *la notion 'classique' de faute implique une analyse de la responsabilité tournée vers la réparation des dommages déjà causés et ainsi la projette dans un contexte appartenant au passé. Or l'avènement de la faute de précaution oblige à réorienter la responsabilité vers l'avenir car commet une faute celui qui méprise un risque potentiel, soupçonné*”.

<sup>1015</sup> JACOTOT, David. Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité por faute. **Revue juridique de l'environnement**, Limonges, n. spécial, p. 91-105, 2000.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

necessariamente reconhecer uma função social à RC<sup>1016</sup>. Isso, contudo, não se realiza como fundamento para a responsabilidade civil sem dano. O argumento mais utilizado pela doutrina nesse tópico diz respeito, assim, à necessidade de imposição de um caráter precautório à responsabilidade: *“La responsabilidad civil busca esencialmente la ‘reparación’, pero la evolución hacia los campos de la precaución y la prevención se hace cada día más necesaria. Cada vez con mayor frecuencia se presentan casos en los cuales es posible actuar antes de que el daño sea una realidad grave e irreparable”*<sup>1017</sup>.

Novamente nos defrontamos com um problema de lógica.

A necessidade de uma solução e a indiscutível incapacidade da responsabilidade civil, nos moldes como hoje é construída, não são elementos bastantes para ensejar a alteração das estruturas jurídicas que lhe conferem balizas ontologicamente inflexíveis a tal ponto que, uma vez alteradas, corresponderiam a outro fenômeno jurídico que não o da RC. Repiso: é imperioso destacar que, por mais nobre que seja a interpretação condutora ao entendimento de que, diante da foma de abordagem dos princípios gerais do direito, a implementação do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade civil, da conjuntura social e da modalidade contemporânea de produção de riscos, essa necessidade não tem aptidão para justificar a desnaturação das estruturas da RC. Assim, a simples identificação da insuficiência da responsabilidade civil perante os contextos social e jurídico contemporâneos, e considerada a relevância do bem ambiental e da personalidade, não pode justificar, por si só, o abandono de suas estruturas básicas.

Isso também não significa que essa necessidade tenha diminuta importância. Ao revés, a identificação desses cenários leva à necessidade do questionamento acerca da ineficiência do ordenamento jurídico e a necessidade de veiculação de uma solução jurídica para o novo problema, sem contudo, tentar imputar à RC, única e exclusivamente com esse fundamento, a aptidão para operar antes do dano.

---

<sup>1016</sup> Ibidem, p. 99. No original: *“Si un auteur a pu exprimer l’idée «d’un droit moral et social des contrats», on serait tenté, avec l’avènement du principe de précaution, d’y accoler «un droit moral et social de la responsabilité». La responsabilisation des sujets de droit se traduit par une moralisation des comportements pour ne pas dénaturer l’héritage à transmettre à la société de demain”*.

<sup>1017</sup> TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 18, p. 205-220, 2010. p. 214.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Estes questionamentos perpassam a análise de todos os elementos da responsabilidade: conduta, ilicitude, culpa, dano e nexos de causalidade<sup>1018</sup>. Chega-se a essa conclusão mediante a hermenêutica sistemática do arcabouço normativo positivo que inviabiliza pensar-se em responsabilidade civil independentemente do dano ou pela prevenção<sup>1019</sup> (em regra), que simultaneamente contempla a existência de um princípio jurídico, igualmente positivado, o qual orienta a necessidade de adoção de comportamentos, positivos ou negativos, antes da verificação dos danos.

A pedra de toque do ponto aqui estudado revela-se então na existência de um sistema normativo definidor do dever de indenizar apenas e tão somente após a verificação do dano. Tal conjuntura, analisada sob a ótica da legalidade e considerada em sua intencionalidade (hodierna), atribuiria ao particular o direito subjetivo de não ser responsabilizado na hipótese de não identificação desses danos. Está em causa um direito consagrado e, por conseguinte, também integrador de um direito fundamental de todo e qualquer cidadão. Desprezar a construção e consolidação de um direito dessa magnitude exige fundamentos muito mais relevantes do que a necessidade social.

Por isso, o foco residiria neste momento na impossibilidade positiva de se atribuir responsabilidade sem danos mediante uma interpretação direta dos textos normativos que atribuem ao lesado o direito de indenização apenas e tão somente na hipótese de constatado um dano empírico. Se o direito de ser indenizado nasce com a constatação do dano, o outro lado dessa moeda é a afirmação de que não se pode imputar responsabilidade se não há dano. É dizer: assistiria a toda e qualquer pessoa o direito de não ser obrigado a indenizar, caso não se constate a ocorrência empírica de dano. A própria etimologia do vocábulo indenização não nos permite outra conclusão.

Assim, segundo uma análise dissociada da noção precaucional prelecionada pelos autores mencionados e pautada unicamente por uma hermenêutica literal restritiva

---

<sup>1018</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. **Do nexos de causalidade ao nexos de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. v. I. Cascais: Princípa, 2013.

<sup>1019</sup> Nesse sentido são os artigos 7º e 8º do Decreto-Lei 147/2008 (Portugal) e artigo 927 do Código Civil Brasileiro. No original: “Artigo 7.º - Responsabilidade objectiva - 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. Artigo 8.º - Responsabilidade subjectiva - Quem, com dolo ou mera culpa, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um componente ambiental fica obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

(impregnada na responsabilidade civil, ante a eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>1020</sup>), não seria a ilicitude, nem tampouco a culpa ou o comportamento humano que constituiriam os elementos principais da emergência do dever de indenizar, mas sim o dano. Posso, assim, atuar culposamente e de forma ilícita, se não causei danos; não teria eu, cidadão livre, portanto, o dever de indenizar na esfera civil.

Essa noção, arraigada na maioria da ciência jurídica dedicada à análise do fenômeno da RC, revela-se todavia aparentemente tão inadequada (sob o prisma ético) quanto a teoria da responsabilização subjetiva, aquando da revolução industrial. A questão, contudo, revela uma diferença basilar. Isso porque a imposição do princípio da precaução na seara da responsabilidade civil denota a necessidade de uma acepção valorativa do instituto, podendo-se aqui considerar que esse conflito se resolveria do ponto de vista axiológico.

Voltemos a focar a história da RC, analisando uma anterior mudança nas estruturas desse instituto. Naquela altura (re-objetivação), a alteração do modo de produção causou profunda alteração na realidade social, assim como a ciência está hodiernamente a ocasionar uma alteração na forma de produção dos bens tidos como necessários ou úteis à vida contemporânea, e a consequente geração e distribuição dos riscos oriundos desse novo modelo de produção e circulação e/ou concentração de riquezas. Há, na contemporaneidade, uma indistinta e grave produção de riscos. Esse é, em qualquer medida e diante de uma análise aprofundada, um núcleo duro que aqui foi encarado como fonte formal e substancial da emergência do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade civil.

À época (re-objetivação), as consequências sociais da produção em massa e da exploração do empregado pelo empregador eram latentes e precisamente delimitadas no tempo e no espaço; agora, são incertas e implícitas, potencialmente graves e de extensão global<sup>1021</sup>. Tendo em consideração tais assertivas, surge o questionamento sobre a possibilidade de afirmar que o fundamento fático e sociológico que ensejou a construção de uma responsabilidade objetiva é, *mutatis mutandis*, o mesmo que agora anuncia a

---

<sup>1020</sup> Cumpre destacar a ideia de responsabilidade civil ambiental precaucional também em vinculação com a disposição do artigo 70 do Código Civil Português.

<sup>1021</sup> BOUTONNET, Mathilde. **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. No original: “*La proposition doctrinale du fondement du risque est poussée par l'évolution de la réalité sociale et idéologique, c'est-à-dire par la modification des forces créatrices*” (p. 269).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

possibilidade jurídica de uma RC fundada na precaução e, nesse sentido, anterior ao dano.

Importa frisar, todavia, que não foram poucas as críticas à teorização que buscava retificar a desadaptação do direito ao fenômeno social do aumento dos danos anônimos e, portanto, não ressarcidos. Marcel Planiol<sup>1022</sup> afirmou que retirar da responsabilidade civil a culpa configuraria o equivalente no direito penal à condenação de um inocente<sup>1023</sup>. No mesmo sentido, Georges Ripert asseverou que tirar da RC seu elemento moral é retirar-lhe o fundamento do qual ela extrai a sua força<sup>1024</sup>.

Em suma, pode-se afirmar que uma alteração nas estruturas jurídicas da responsabilidade civil, nos moldes da requerida pelo princípio da precaução, demanda, para além de um elemento de realidade material – fontes pragmáticas (gravidade e complexidade dos riscos e danos) –, também um elemento de condenável vontade ideológica (elemento ético/político) com vista à interpretação e harmonização do sistema normativo mediante a avaliação da possibilidade jurídica de uma RC precaucional.

Nesse contexto, a concepção da possibilidade de danos irreversíveis e graves, como são amplamente os danos ambientais, não é apreendida pelo direito da responsabilidade civil diante de sua lógica (atual), eminentemente reparatória e assente na identificação de um dano. E, conforme se sublinhou, veiculadora ainda de um direito subjetivo do agente privado em não ter sua esfera de interesses atingida na hipótese da não verificação de um dano.

Noutro extremo, a responsabilidade subserviente à matriz filosófica de Hans Jonas não cabe na ideia de reparação, mas em uma lógica cujo escopo primordial é o de prevenir danos que, em sua maioria, superam a dimensão da individualidade rumo à

---

<sup>1022</sup> Sobre o tema: JACOTOT, David. Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité por faute. **Revue juridique de l'environnement**, Limoges, n. spécial, p. 91-105, 2000. No original: “*Mais si l'on s'immisce dans e débat passionné qui opposait Saleilles, fondateur de la 'théorie du risque', à Planiol, partisan de la faute, l'on s'aperçoit que ces deux éminents juristes reconnaissaient pleinement la nécessité d'indemniser la victime, mais ne s'accordaient pas sur l'explication théorique de cette orientation. Alors que Planiol porta ses efforts sur la recherche d'une définition de la faute, a plus large possible, pour répondre au besoin d'indemnisation des victimes, Saleilles affirma que la notion de «risque» demeurerait nécessaire pour le justifier*” (p. 102).

<sup>1023</sup> PLANIOL, Marcel. **Etudes sur la responsabilité civil** in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905. pp. 277-292. p. 279. No original : “[...] *tout cas de responsabilité sans faute, s'il était admis, serait une injustice sociale* », *comparable à ce qu'est, en droit pénal, 'la condamnation d'un innocent'*”.

<sup>1024</sup> RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. Paris: L.G.D.J., 2008.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

coletividade e à mais plena difusão. Isso também pode representar um óbice à lógica civilística, focada historicamente na relação entre o ente próximo e imediato (limitação da esfera de responsabilidade).

Portanto, o cenário da segunda modernidade serviu de pano de fundo para uma discussão sociológica, filosófica e jurídica do fenômeno da responsabilidade civil, analisando-a com o propósito de readaptá-la socialmente, para assim, sob bases axiológicas, permitir ao direito, diante da concepção de que a ciência jurídica deve oferecer respostas às queixas sociais enquanto fenômeno social que é, cumprindo seu papel mediante a conciliação da RC com o princípio da precaução.

A análise do tema, como já se frisou nesta tese, permite a abertura de algumas vertentes possíveis. A primeira delas consiste em observar o fenômeno da responsabilidade afastando-se da ideia de reparação, ressarcimento ou indenização, distanciando-se da noção de que o dano (atualmente tido como impreterível) é invariavelmente necessário para a identificação do dever jurídico de indenizar. Estaria em causa, nesse sentido, um fenômeno de responsabilidade civil mais próximo do campo da inibição dos comportamentos potencialmente danosos e, portanto, com elevada carga axiológica (valoração de comportamentos) atentas as estimativas professadas pelo direito ambiental e pelo princípio da precaução.

Para tanto, é preciso avaliar os aspectos do princípio da precaução sob uma lógica privatística, estabelecendo um nível afinado para o *neminem laedere*, elevando-o à posição de um novo padrão de comportamento. Este, mais do que um modelo geral de incolumidade da esfera jurídica de outrem, deve estabelecer um ideal de não submissão da esfera de interesses alheios (e até mesmo próprios na hipótese do ambiente) a riscos ditos inadequados. Assim, afirma María Isabel Troncoso:

*En cuanto a una actuación ex ante de la responsabilidad civil, hay quienes piensan que la simple amenaza o la simple creación de un riesgo debe asimilarse a un daño indemnizable; mientras que otros, menos radicales, piensan que estas situaciones de amenaza o riesgo deben ser tratadas de otra forma por el juez civil, quien, habilitado para actuar en este estado del conflicto, debe tomar medidas a fin de evitar el daño, protegiendo así intereses esenciales para la conservación de la armonía social<sup>1025</sup>.*

---

<sup>1025</sup> TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 18, p. 205-220, 2010. p. 215.



Em igual medida, a influência precaucional no âmbito da RC poderia cingir-se à identificação de um caráter alargado da culpa<sup>1026</sup>. Efectivamente, aponta David Jacotot, o “[...] reconhecimento de um erro de precaução nos convida a preparar o terreno para uma reflexão guiada pela busca de uma concepção renovada da noção de culpa, na medida em que modifica as relações que os homens mantêm com a sociedade”<sup>1027</sup>. Trata-se do estabelecimento de um modelo de responsabilidade civil preventivo de danos, posto que dotado de efeitos jurídicos a montante da verificação do dano empírico e sob a inspiração do *reasonable man* e do *bonus pater familias* (ainda que não esteja em causa a culpa).

Por outro lado, é pacífico que a RC exhibe uma função preventiva indireta consistente no efeito social da imposição de reparar tendo em vista determinados comportamentos causadores de dano a outrem. Assim, pode-se afirmar que se configura como mecanismo jurídico de dissuasão e prevenção de condutas antissociais determinadas segundo um padrão objetivo de conduta, ao qual se soma o princípio da precaução com o propósito de avivar o cunho profilático da responsabilidade civil, sem abandonar sua função de punição e ressarcimento por danos que não se puderam evitar. Logo, o foco de discussão reside na possibilidade jurídica de efetivação da RC quando contraposto esse instituto a uma ameaça de dano.

Após concebermos a emergência do princípio da precaução no direito da responsabilidade civil por meio da eficácia horizontal do direito fundamental ao meio ambiente, julgamos haver alguns argumentos favoráveis à construção viabilizadora da colocação em prática das estruturas da RC tão somente quando identificada uma “ameaça de dano” compreendido como dano efetivo. Há aqui, desse modo, um alargamento, não da culpa, mas do que se compreende por dano.

Ficariam assim atendidas todas as estruturas clássicas da responsabilidade civil. Em paralelo, ela passaria a atender, em sua integralidade, ao princípio da precaução. Isso

---

<sup>1026</sup> TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 18, p. 205-220, 2010. *In verbis*: “El principio de precaución podría, además, renovar el esquema de la responsabilidad tal y como lo conocemos actualmente, reforzando la noción de ‘culpa’, que tendría que ser interpretada de forma más amplia, pues la precaución actuaría como un amplificador de la misma” (p. 217).

<sup>1027</sup> JACOTOT, David. Le principe de précaution et le renforcement de l’action en responsabilité por faute. **Revue juridique de l’environnement**, Limoges, n. spécial, p. 91-105, 2000. No original: “La reconnaissance d’une faute de précaution invite à poser les jalons d’une réflexion guidée par la recherche d’une conception rénovée de la notion de faute, en ce qu’elle modifie les rapports qu’entretiennent les hommes avec la société” (p. 98).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

porque é possível afirmar que, ao contemplar tal princípio, o direito ambiental afastou-se da certeza como requisito para uma resposta, seja ela positiva, mediante a cominação de uma obrigação de cuidado, seja ela negativa, informada pela abstenção da adoção de condutas cujas consequências sejam potencialmente arriscadas (não se exige sequer a certeza do risco, que pode ser apenas potencial). Tal elemento de incerteza foi materializado, ou ao menos identificado na realidade, por meio da dita complexidade/gravidade dos danos ambientais.

Por outro lado, no pensamento clássico a RC só, e somente só, espriaria seus efeitos caso houvesse a identificação de um dano certo e determinado ligado de forma certa e determinada a uma conduta (nexo de causalidade ou nexo de imputação). Essa certeza e o imediatismo se fazem presentes no campo da subjetividade com a restrição do espectro da responsabilidade ao ser humano existente e identificável.

Entretanto, a precaução põe em destaque a incerteza. Transmuda-a de álibi cuja consequência certa é a frustração do dever de indenizar (na concepção clássica de responsabilidade civil), alçando-a (a incerteza) à condição de fundamento jurídico de um dever de agir ou de se abster de qualquer ação cujas consequências não sejam precisamente identificadas, dever esse endereçado não só ao poder público, mas também ao particular em suas relações privadas, em atenção à eficácia horizontal do direito ao meio ambiente e ao direito ao meio ambiente, porquanto direito da personalidade oponível *erga omnes*.

Não se trata, portanto, de uma responsabilidade jurídica estabelecida a montante do dano, nem tampouco de uma influência do princípio da precaução circunscrita aos critérios de identificação de um comportamento culposos, nomeadamente por estar a RC ambiental adstrita à responsabilidade objetiva<sup>1028</sup>. Ao contrário, trata-se da definição de um padrão conceitual alargado de dano.

---

<sup>1028</sup> TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 18, p. 205-220, 2010. *In verbis*: “Así, la admisión de una “culpa de precaución” contribuiría a incrementar los deberes impuestos a los profesionales por sus actividades o por los productos que fabrican. En efecto, incumbe a los productores que se encuentran en posición de duda respecto de los efectos del uso de sus productos o técnicas, tomar las medidas y disposiciones (investigación, alerta, seguimiento, retiro de productos, etc.) a fin de prevenir la realización de amenazas a la salud, potencialmente graves e irreversibles” (p. 220). Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

A mudança de elementos indicada por Catherine Thibierge, compreendida como elemento denotador da necessidade de uma evolução da responsabilidade civil<sup>1029</sup>, traduz a superação do aspecto individualista do dano para uma espécie que assola uma categoria de indivíduos, fruto de uma sociedade caracterizada pelos fenômenos de massa. Esses danos de massa possuem duas espécies: o dano serial, que afeta da mesma maneira uma série de pessoas, como a contaminação de hemofílicos pelo vírus HIV, causador da síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA), e o dano coletivo com fonte única, porém de consequências indistintas, como a poluição de um rio. Questionando as soluções acerca desses danos, a autora salienta que “[...] para novos danos, novas respostas da lei desenvolvidas ao longo do século: uso de escalas, desenvolvimento dos seguros e dos fundos de compensação (...) mas, além da compensação, por definição posterior, não poderíamos considerar que o passivo poderia estar envolvido a montante, a fim de evitar a ocorrência desses danos em grande escala?”<sup>1030</sup>

Em termos da natureza dos danos, Catherine Thibierge afirma que houve uma multiplicação e especialização deles, assim como um seu agravamento e complexificação. A autora também identifica uma nova categoria de danos e riscos, os quais demandam do regime atual da responsabilidade algumas transformações:

A noção de dano vem então enriquecer-se com uma nova categoria: danos sérios e irreversíveis. Para esses, e por causa deles, a questão da responsabilidade metamorfoseia-se: não se trata aqui de reparar porque é impossível reparar o irreparável, voltar ao irreversível; é prevenir, prevenir, agir com discernimento antes que o dano ocorra, e portanto responsabilizar e assumir responsabilidade<sup>1031</sup>.

---

<sup>1029</sup> THIBIERGE, Catherine. 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**, Paris, n. 3, jui.-sept., p. 561-584. *In verbis*: “*Si ce phénomène d'évolution par sauts n'est donc pas nouveau, il s'avère actuellement d'une ampleur supérieure, pour ne pas dire sans précédent. De nos jours en effet, et depuis plusieurs années, la notion de dommage a encore évolué tant quantitativement en changeant d'échelle, que qualitativement en changeant de nature*” (p. 565).

<sup>1030</sup> THIBIERGE, Catherine. . 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**, Paris, n. 3, p. 561-584, jui.-sept., 1999. No original : “[...] *a nouveaux dommages, nouvelles réponses du droit développées au cours du siècle : utilisation de barèmes, développement de l'assurance et des fonds d'indemnisation (...) mais par delà l'indemnisation, par définition postérieure, ne pourrait-on pas envisager que la mise en jeu de la responsabilité puisse intervenir en amont, afin d'empêcher la survenance de ces dommages à vaste échelle*” (p. 566).

<sup>1031</sup> Ibidem, p. 567. No original : “*La notion de dommage vient alors s'enrichir d'une nouvelle catégorie : les dommages graves et irréversibles. Pour eux, à cause d'eux, l'enjeu de la responsabilité se métamorphose : il ne s'agit plus ici de réparer car il est impossible de réparer*”

Segundo a autora, as transformações da RC enquanto expressões de uma nova estrutura da responsabilidade civil passam pela mutação da prova no nexo de causalidade. Seja por meio de presunções de causalidade – “[...] o que permite flexibilizar as regras da prova do nexo de causalidade, em hipóteses de incerteza sobre a sua existência; o legislador, logo seguido pelos juízes, abriu o caminho, colocando pontualmente tais presunções[...]”<sup>1032</sup> –, seja fundamentando uma estrutura de estabelecimento de liame de causalidade, por meio da noção de criação de um risco “[...] quando uma pessoa, intencionalmente ou imprudentemente, cria uma situação objetivamente perigosa, os tribunais geralmente admitem responsabilidade com base na noção de ‘probabilidade’ ou ‘previsibilidade’ objetiva, para suplementar a prova de causalidade; a criação de um risco, a exposição a riscos anormais poderá dar origem a uma compensação”<sup>1033</sup>.

A concepção da adaptação das estruturas do direito da responsabilidade civil também deve ser avaliada sob o prisma das transformações dos elementos do dano. Com efeito, as exigências tradicionais do dano pessoal e certo revelam-se demasiado restritivas, sobretudo quando se leva em conta a questão dos danos ecológicos puros. Segundo Catherine Thibierge, a evolução, “[...] iniciada pelos meios processuais, parece centrar-se na substância, na ampliação do caminho do subjetivismo, no reconhecimento de um direito individual a um ambiente de qualidade, de um direito humano de terceira geração, ou ainda pela proposta de erigir o meio ambiente a sujeito de direito”<sup>1034</sup>.

Independentemente do *estatuto* normativo que se possa atribuir, no sentido do que o ambiente representa para o direito, como sujeito ou como objeto, é imperioso que a

---

*l'irréparable, de revenir sur l'irréversible; il s'agit d'empêcher, de prévenir, d'agir avec discernement avant que le dommage ne se produise, donc de responsabiliser et de se responsabiliser”.*

<sup>1032</sup> THIBIERGE, Catherine. . 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**, Paris, n. 3, p. 561-584, jui.-sept., 1999. No original : “[...] qui permettent d'assouplir les règles de la preuve du lien causal, dans des hypothèses d'incertitude sur son existence; le législateur, bientôt suivi par les juges, avait ouvert la voie, posant ponctuellement de telles présomptions” (p. 569).

<sup>1033</sup> Idem. No original : “[...] lorsqu'une personne, volontairement ou par imprudence, crée une situation objectivement dangereuse, les tribunaux admettent souvent a responsabilité en s'appuyant sur la notion de «probabilité» ou de «previsibilité» objective, pour suppléer la preuve du lien de causalité; le création fautive d'un risque, le fait d'exposer à des risques anormaux est ainsi susceptible de donner lieu à réparation”.

<sup>1034</sup> Ibidem, p. 571. No original : “[...] amorcée par le biais procédural, semble s'orienter, sur le fond, vers l'amplification de la voie du subjectivisme, par la reconnaissance d'un droit individuel à un environnement de qualité, droit de l'homme de la troisième génération, ou encore par la proposition d'eriger l'environnement en sujet de droit”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

RC se mostre “[...] sensível às suas características de gravidade e irreversibilidade, a responsabilidade poderia ser aberta a medidas de prevenção, antecipação desse dano específico”<sup>1035</sup>. Nesse sentido, ela faz corresponder a responsabilidade jurídica à plenitude do termo responsabilidade. Isso porque, no estágio atual do direito, o senso jurídico do termo responsabilidade volta-se para a responsabilidade por danos já materializados, ou seja, volta-se para o passado.

Todavia, segundo Catherine Thibierge, a origem etimológica do termo responsabilidade pode apurar-se de duas maneiras: “Respondendo às consequências prejudiciais de nossas ações”, ou ainda, sob matiz preventivo, “[...] antecipando o dano, evitando que ele apareça, o que pressupõe exceder o dano causado e que pode consistir na prevenção de possíveis danos e na tentativa de explorar o que poderia ser”<sup>1036</sup>.

É importante salientar que a passagem de um fundamento a outro<sup>1037</sup> não opera numa linha de substituição, mas de expansão, de maneira a conferir ao direito da RC, enquanto ramo específico do direito civil – que a doutrina de Gustavo Zagrebelsky, chama de “direito dúctil” (*“diritto mite”*, em italiano), isto é, um direito maleável, com espaço para se oxigenar, em constante interação com a sociedade –, capacidade de responder às variáveis demandas sociais por uma disciplina jurídica.

---

<sup>1035</sup> Idem. No original : “[...] sensible à leurs caractères de gravité et d’irréversibilité, la responsabilité pourrait s’ouvrir à des mesures de prévention, d’anticipation de ces dommages ”.

<sup>1036</sup> THIBIERGE, Catherine. . 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**, Paris, n. 3, p. 561-584, jui.-sept., 1999. No original : “[...] en anticipant le dommage, en l’empêchant d’apparaître, ce qui suppose un dépassement du dommage causé et qui peut consister à prévenir les dommages possibles et à s’engager à explorer ce qui pourrait en caser” (p. 573-574).

<sup>1037</sup> Ibidem, p. 580. In verbis: “*Refletir à un nouveau fondement pour la responsabilité, c’est prendre en compte le tournant majeur qui se joue actuellement et qui se caractérise par un triple point de rupture, qui induit autant de nécessités d’innovation. Dans le temps, tout d’abord: jusq’alors la responsabilité juridique était tournée uniquement vers le passé, avec un caractère rétrospectif, s’attachant aux actes déjà commis et à leurs conséquences dommageables; aujourd’hui elle est invitée par les philosophes, par les textes internationaux, communautaires et internes, par tous ceux qui se préoccupent de la qualité du monde dans lequel nous vivons et que nous allons laisser à nos enfants, à se tourner également vers l’avenir, vers les générations futures, avec un caractère prospectif. À ce compte, la responsabilité civile pourrait être un instrument d’évitement ou de limitation des dommages graves ou irréversibles. Dans l’espace, ensuite, deuxième point de rupture : nous l’avons vu, les risques possibles aujourd’hui sont des risques majeurs susceptibles d’affecter des centaines de kilomètres de côte, toute une région, comme celle de Tchernobyl, et même par delà les frontières. L’enjeu n’est pas seulement national mais aussi planétaire, sans frontière. Dans la relation humaine enfin, troisième point de rupture : les précédents fondements de la responsabilité étaient conçus pour des problématiques interpersonnelles ou encore collectives, entre acteurs vivants, en interaction au présent. Le nouveau fondement nous relie, nous générations actuelles, avec les générations futures, à naître”.*

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

A lógica que impera no direito civil contemporâneo revela uma matriz interpretativa que lhe permite fazer frente às rápidas mudanças que o meio privado tem conhecido em nossos dias. Para isso, não se dotou o Código Civil Brasileiro de normas jurídicas com soluções prontas e acabadas, isto é, feitas para solucionar quaisquer situações ou conflitos no meio privado. A mutabilidade da vida social ensejou uma nova espécie normativa, fundada em princípios e cláusulas gerais. Temos, portanto, normas jurídicas capazes de se adaptarem não apenas às relações sociais atuais, mas também – e principalmente – às futuras. Tem-se, assim, um texto aberto e que interagirá com o meio social.

Os profissionais do direito, em especial os juízes, têm seu papel reforçado no novo modelo: são eles quem, paulatinamente, fará com que o novo código interaja de modo expedito e eficaz com as novas realidades sociais que reclamam disciplina jurídica.

Alguns exemplos da influência do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade civil demonstram como conformadora de dano a ameaça da submissão de um bem componente da personalidade a um risco tido como inaceitável. O primeiro é o da Protodikeio Athinon – corte ateniense de primeira instância – no processo registrado sob o nº 4531/2004. Trata-se de um caso em que os reclamantes, todos moradores de Stathmos Larisis, uma das áreas mais densamente povoadas de Atenas, pugnaram por uma *injunction* visando a remoção imediata de estações base de telefonia celular instaladas na região. Alegaram sofrer sentimentos de medo e de cansaço gerados pela preocupação com as consequências e os efeitos, na sua saúde mental e no meio ambiente, da exposição diária à radiação eletromagnética emitida pelas torres de transmissão, notadamente pelo fato de as estações estarem posicionadas perto de escolas frequentadas pelas crianças. Os requeridos, por sua vez, alegaram que a petição deveria ser rejeitada em razão da sua vagueza, porquanto não havia certeza científica de que danos podiam ser causados à saúde por emissões eletromagnéticas das torres de telefonia celular. Alegaram também que não havia opinião médica ou de outro especialista que relacionasse doenças com a operação das estações.

Tendo avaliado os argumentos, a corte decidiu que, de acordo com o princípio da precaução, baseando-se na possibilidade de consequências danosas para a saúde e para o meio ambiente, era suficiente haver indicações. Assim, não era necessária a prova completa do liame causal entre a operação das torres de telefonia celular e uma doença específica. A corte decidiu que não era necessária a existência de evidência científica substancial no sentido de possíveis efeitos adversos à saúde. Consequentemente, determinou a remoção das torres de telefonia celular das localidades:

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Portanto, a mera exposição a um perigo não constituirá facilmente um dano compensável. Esta abordagem tradicional, no entanto, começa a ser criticada na Grécia, pois várias doenças relacionadas à degradação ambiental aparecem após décadas, há incerteza científica e é extremamente difícil, se não impossível, que os autores estabeleçam a relação causal entre a doença e a exposição a substâncias perigosas; Sugere-se, assim, que a única alternativa seja considerar o risco per se como dano e compensá-lo<sup>1038</sup>.

Em igual sentido, a Corte de Apelação de Versalhes – França, em 4 de fevereiro de 2009, julgou um caso, até certo ponto clássico, envolvendo também torres de telefonia. Segundo consta dos autos, uma antena de telefonia celular foi instalada em determinado local e três casais, moradores das vizinhanças, moveram uma ação judicial contra a operadora do serviço, requerendo a retirada do equipamento em razão dos riscos que ela havia criado para a saúde, especialmente para crianças.

O caso foi processado com base nos “*troubles anormaux de voisinage*” (basicamente, o direito de vizinhança). A corte de primeira instância de Nanterre reconheceu a existência dos riscos e ordenou que a empresa operadora pagasse os danos<sup>1039</sup> aos reclamantes, além de remover a antena. Nesse momento, o processo foi levado à corte de apelação de Versalhes.

O tribunal, após rever muitos estudos acerca dos riscos de antenas de telefonia, concluiu que não havia certeza da existência para os seres humanos de perigos

---

<sup>1038</sup> WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). **Digest of European tort law**. V. 2: Essential cases on damage. Berlin: De Gruyter, 2011. No original: “Therefore, mere exposure to a danger will not easily constitute compensable damage. This traditional approach, however, is beginning to be criticized in Greece, as various diseases related to environmental degradation appear after decades, there is scientific uncertainty and it is extremely difficult if not impossible for the plaintiffs to establish the causal relationship between the disease and the exposure to dangerous substances; it is suggested thus that the only alternative is to consider the risk per se as damage and to compensate it” (p. 1043-1044).

<sup>1039</sup> WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). **Digest of European tort law**. V. 2: Essential cases on damage. Berlin: De Gruyter, 2011. In verbis: “In this case, the plaintiffs were granted the removal of the antenna. But they also received damages aimed at compensating their anguish of having been exposed to the possibility of a risk of health damage. The Nanterre court of first instance had actually explicitly ruled that the mere fact of being exposed to the possibility of a risk constituted damage. The Versailles appellate court was not quite as daring, as it only said that uncertainty as to the existence of a risk to health might cause anguish which itself might be compensated, presumably under the head of damage moral. (...) Not only any risk of damage, but even any possibility of risk of damage, might be compensated provided the plaintiffs take it seriously enough” (p. 1047).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

decorrentes da exposição às ondas eletromagnéticas oriundas das torres. Todavia, tal incerteza acerca da existência desses riscos era sim certa e razoável. Trata-se, aqui, de uma clara imposição dos efeitos do princípio da precaução como instrumento de identificação e uma nova categoria de danos<sup>1040</sup>.

Além disso, o operador não adotara todas as medidas de mitigação dos efeitos das ondas produzidas pela antena, levando a corte à conclusão de que não se poderia garantir aos reclamantes que eles não estariam expostos a nenhum risco à saúde, sendo o medo legítimo desse risco suficiente para caracterizar os “problemas anormais de vizinhança”<sup>1041</sup>. Assim, confirmou que a antena deveria ser removida e ordenou o pagamento de 7 mil euros a cada um dos três casais, como forma de compensar a angústia que sentiram devido à possibilidade de eles próprios e seus filhos terem sido expostos a um perigo para a sua saúde<sup>1042</sup>.

Sem embargo, é importante também destacar que a ideia de responsabilidade civil, independentemente do dano, remonta ao direito romano<sup>1043</sup>, assim como a alguns instrumentos de cunho processual, mormente a tutela inibitória. Portanto, ainda que não perfilhemos a ideia de uma estrutura de RC sem dano, a noção não trata de algo novo e impensado, que ficou esquecido no tempo e que agora, necessariamente, há-de ser rememorado.

---

<sup>1040</sup> *Ibidem*, p. 1074. *In verbis*: “Finally, mere fear as such is compensated if a legal system offers compensation to someone who claims to be afraid of future harm without any existing impact on her sphere so far. Cases involving mobile phones antennas fall under this category, for example, and their solution depends inter alia upon the impact of the precautionary principle on the jurisprudence of the jurisdiction under survey. While Greek courts are only willing to grant an injunction (but still thereby recognize the concern of the claimants), for example, their French counterparts go so far as to indemnify the claimants damage moral”.

<sup>1041</sup> WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). **Digest of European tort law**. V. 2: Essential cases on damage. Berlin: De Gruyter, 2011. *In verbis*: “The second step on the way to offering compensation for mere fear of future harm is to compensate a state of anxiety resulting from an existing impact on the victim’s body which in itself does not yet show harmful effects, but: (a) either is a sign that the victim may face an adverse development of her state of health in the future; or (b) may itself be the cause of such a change for the worse (such as the infection with a virus), but it will not necessarily materialize (ie the illness will not necessarily break out)” (p. 1072).

<sup>1042</sup> *Idem*. *In verbis*: “The first step towards acknowledging fear of future harm as compensable itself is to tie it to a loss that has already occurred, for example if the condition of someone already suffering from a previous personal injury may deteriorate in the future”.

<sup>1043</sup> No âmbito do direito romano, no qual em consequência da ação surgia o direito, havia a previsão da denominada *actio positum et suspensum*, por meio da qual o pretor concedia uma ação ao habitante de um imóvel em cuja fachada se colocou ou suspendeu-se algum objeto potencialmente apto a causar dano, independentemente da sua configuração empírica. A pena civil aplicável era a multa no valor de 10.000 sestércios. Nesse sentido: WATSON, Allan. **Studies in private Roman law**. Rio Grande, Ohio: The Hambledon Press, 2008.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



Nesse sentido, segundo o princípio da precaução, há uma regra de ordem pública e, por conseguinte, de aplicação geral e irrestrita (inclusive nas relações horizontais particulares), determinadora de um comportamento que visa evitar danos, ainda que a relação de causa e efeito entre a conduta e esse dano ou risco potencial não esteja suficientemente clara. Em outras palavras, ainda que não se possa determinar com mínima certeza uma relação de causa e efeito entre a conduta atribuída e o dano, este poderá materializar-se.

Todavia, não se pode negar (conforme vimos) que é entendimento pacífico da atual doutrina civil que o dano é requisito imprescindível para a consecução de um dever de indenizar<sup>1044</sup>. Nesse contexto, Jean Carbonnier define que a responsabilidade tem um primeiro pressuposto móvel: a culpa ou o risco. Assim, de acordo com a sua teoria, há duas hipóteses de responsabilidade, a primeira subjetiva, baseada na identificação dos aspectos psicológicos e volitivos do pretense causador do dano, ou seja, na identificação da “*faute*”; e a segunda, que afasta a necessidade de identificação da culpa (“*faute*”) e a substitui pelo conceito de risco, pautado na lógica de que quem assume os ônus de determinada atividade deve suportar os danos dela advindos.

Paralelamente a esses elementos alternantes, o autor identifica as “constantes da responsabilidade civil”, sendo elas o dano e a relação de causalidade, presentes tanto na lógica subjetiva como na objetiva. Todavia, mesmo Jean Carbonnier, definindo o dano como elemento central e impreterível da RC, consagrou e conferiu-lhe certo destaque, com base no princípio da precaução, que denominou de “ultra risco”, muito embora a tenha enxergado como algo inviável juridicamente.

Valendo-se do exemplo da falha médica e tendo em consideração o contínuo progresso da ciência, o autor postula que, mesmo que a ciência entenda como equivocado dado comportamento, não poderá ser imputada nenhuma “*faute*” ao médico, pois é no momento da sua assunção, e não *a posteriori*, que se revela a avaliação do risco<sup>1045</sup>.

---

<sup>1044</sup> CARBONNIER, Jean. **Droit civil** – 4 / Les obligations. 21. éd. refondue. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. *In verbis*: “*Le dommage (ou préjudice, les deux mots sont devenus synonymes) est La première condition de La responsabilité civile. Si un automobiliste réussit à circuler à contre-courant sur une autoroute sans occasionner aucun accident, il n’encourt point de responsabilité civile (pour la responsabilité pénale, c’est autre chose) : il a commis une faute, mais n’a ponti causé de dommage. C’est au demandeur de faire la preuve du dommage dont il poursuit la réparation*” (p. 359).

<sup>1045</sup> CARBONNIER, Jean. **Droit civil** – 4 / Les obligations. 21. éd. refondue. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. No original: “*Il est plus connu sous le nom de son contraire (de* Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Sob outro enfoque, contudo, o princípio da precaução é definido como algo oposto. Sua matriz de atuação está intimamente relacionada com o risco não calculado, posto que nem sequer pode ser ainda identificado. Trata-se de uma imposição atenta ao viés trans e intergeracional do direito ao meio ambiente, e veiculador, na esfera jurídica, de uma responsabilidade prolongada temporalmente e alargada sob o enfoque subjetivista. Sob a égide do princípio da precaução não se pode invocar o desconhecimento como razão e fundamento para uma ação, quanto menos como causa excludente da responsabilidade.

O simples e alegado desconhecimento dos resultados e das consequências de determinada atividade não dá respaldo à irresponsabilidade jurídica e passa a convolar-se em uma imposição, endereçada ao pretense agente causador, de adotar um comportamento focado em conhecer e mensurar os riscos, assim como evitar possíveis danos advindos de sua atividade. Desconhecendo-os, ou não sendo possível medi-los, impõe-se a cessação da atividade ou sua responsabilidade pelos riscos potenciais, ainda que não suficientemente configurados<sup>1046</sup>.

Daí a necessidade de avaliar outros fundamentos, também suscitados como razões de direito, seja para afastar o princípio da precaução da RC, seja para encará-lo na lógica civilista. Também é preciso reconhecer que a imputação de responsabilidade, no caso determinado por Jean Carbonnier, não se afigura justa e deve ser avaliada pela lógica precaucional do direito da responsabilidade civil, mormente mediante a definição de qual a esfera de atuação da RC precaucional, em razão de sua inquestionável excepcionalidade.

---

*son remède): le principe de précaution. Pour saisir ce qu'il est, rien de mieux que de partir de l'exemple de la responsabilité médicale (c'est selon l'arrêt Mercier, supra, n° 159, une responsabilité contractuelle, mais le point importe peu pour la comparaison). Le médecin s'est engagé à donner à son patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science, la formule est classique. Ce qui fait norme pour lui est l'état de la science qu'il peut connaître. Mais il est dans la vocation de toute science de faire sans trêve des découvertes et des progrès. Si, dans un délai raisonnable, il se révèle que les données qui avaient fondé le traitement suivi sont mises en déroute par des données nouvelles, on imputera aux premières l'échec des soins, voire la mort du malade ; mais le médecin en sera-t-il responsable? Il n'a commis aucune faute. Pourrait-on invoquer le risque? Au sens ordinaire du concept, il n'est de risque que de l'instant ou Il est pris. Or, en l'occurrence, Il faudrait Le projeter dans Le futur" (p. 359).*

<sup>1046</sup> Com relação ao tema, é preciso identificar que riscos seriam tidos como aceitáveis ou não. Afinal, toda e qualquer conduta humana é potencialmente lesiva nos moldes da sociedade reflexiva. Assim, a ideia de responsabilidade precaucional, ao alargar infinitamente o âmbito de abrangência da RC, acabaria por colocá-la em questão. Quando tudo é responsabilizado, nada é. Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Sobre o tema, Anne Guégan sustenta a existência de dois argumentos favoráveis à responsabilidade civil ambiental sem dano e, portanto, imbuída de uma função eminentemente precautória, indicando que um “[...] dano virtual ou potencial é reparável”<sup>1047</sup>. O primeiro deles toca à questão da gravidade e da irreversibilidade de alguns danos, como os ambientais. Para a autora, essas duas implicações parecem impor uma antecipação da responsabilização civil para um momento anterior ao dano. Invariavelmente, traduzem-se no que Mathilde Boutonnet definiu como fontes pragmáticas da emergência do princípio da precaução no direito da RC.

Noutro prisma, Anne Guégan salienta que o cunho temporal alargado do dano ambiental também indicaria a necessidade de romper com a lógica habitual de congraçamento apenas das gerações presentes, afastando-se das certezas e alternando para a análise futura as relações de causa e efeito. Está em questão o alargamento subjetivo e temporal da esfera da responsabilidade, próprio do princípio da precaução no

---

<sup>1047</sup> GUEGÁN, Anne. L'apport du principe de precaution au droit de la responsabilité civile. *Revue juridique de l'environnement*, Limoges, v. especial, p. 147-178, 2000. No original: “Au moins deux arguments favorables pourraient être avancés. D'une part, la notion de gravité du dommage, doublée de celle d'irréversibilité, étroitement liée à l'idée de menace, semble imposer une telle anticipation. Il s'agit, par définition, de risques à venir, de la mise en péril de certains éléments, pour lesquels l'incertitude se conjugue avec la gravité potentielle du dommage. D'autre part, l'irréversibilité s'inscrivant dans le long terme, dans celui des générations futures, le principe de précaution invite le juge à rompre avec les logiques juridiques classiques, dont les temps sont généralement courts alignés sur la durée des générations présentes, à se détacher des certitudes et à basculer dans le futur. Une simple menace de dommage ne peut être prise en compte. Toutefois, et ceci bien avant l'affirmation du principe de précaution, le droit a su se détacher de toute certitude scientifique, et l'exigence d'un préjudice certain a toujours été entendue avec relativité. Ainsi, une certaine marge d'aléa est jugée “compatible avec la certitude du dommage, dès lors que celui-ci existe en puissance qu'il (porte) en soi toutes les conditions de la réalisation: le dommage virtuel ou potentiel certains est réparable, alors que le dommage éventuel ne l'est pas. Cette souplesse permet de réparer un dommage futur pourvu qu'il soit certain, la création d'un risque et la perte d'une chance. Toutefois, l'ensemble de ces réparations semblent concerner des risques normalement prévisibles et qui sont, pour la plupart, appréciables au jour du jugement. En revanche, les hypothèses de précaution se caractérisent par l'incertitude la plus totale, le doute est cette fois véritable : tout peut encore se produire, et dans l'état actuel du droit positif, rien ne justifierait d'anticiper une indemnisation. A la vérité, c'est un ultra-risque qui est visé, un risque pour anticipation, auquel répondra un principe de précaution, dépassement de la prévision et de la prévention banales. C'est ce principe que, depuis 1980, a été agité maintes fois dans des affaires retentissantes, mettant en cause le sida, l'amiante, la pollution atmosphérique, exacerbées par l'impression que la santé, la vie de milliers d'individus ont été les enjeux d'ignorances. Instituer une responsabilité de plein droit (des médecins et des décideurs) pour défaut de précaution serait, cependant, une solution très discutable. Elle encourrait plusieurs reproches, le moins grave n'étant pas qu'elle violerait le principe, constitutionnel en matière pénale, de la non rétroactivité des lois. Elle pourrait diffuser un scepticisme temporisateur, une défiance à l'égard de la science actuelle au nom d'une science virtuelle. Et, surtout, dans la pratique, par l'excès des précautions. L'action serait paralysée” (p. 167).

âmbito da RC, o qual deixa de tomar em consideração as relações certas e determinadas com entes certos e determinados.

Tomamos a liberdade de discordar desses fundamentos.

Como já salientado, a teorização de Anne Guegan, acima exposta, toca a simples necessidade de construção de uma responsabilidade civil pré-dano. É indiscutível que os riscos ambientais são potencialmente graves e irreversíveis, e, mais do que isso, possuem implicações transgeracionais. Isso não significa dizer, contudo, que esses fatos têm aptidão para desnaturalizar a ontologia da RC. O direito deve se valer de outras medidas que não a responsabilidade civil quando não exista dano. Por mais que assumamos a condição de evento futuro e certo, enquanto não implementado não há qualquer viabilidade jurídica de aplicação das ferramentas disponibilizadas pela RC.

O foco central da teoria aqui reflectida cinge-se à eventual construção de uma responsabilidade civil de cunho precaucional e que, portanto, destarte se afasta da necessidade de certeza, notadamente porque ainda antes da emergência do princípio da precaução no direito da responsabilidade civil o direito afastou a necessidade irremediável da certeza absoluta, passando a exigência de um dano certo a ser entendida de forma relativa.

Todavia, os pressupostos da precaução não se materializam com a incerteza mais absoluta. É que o espectro de possibilidades de acontecimentos é infinitamente amplo, não havendo razão no atual ordenamento jurídico para antecipar a compensação.

Identificando um fenômeno histórico de responsabilização pela poluição atmosférica e amianto, a autora, seguindo a linha de Jean Carbonnier, preconiza que estabelecer uma responsabilidade objetiva em virtude de falta de precaução pretérita constitui solução questionável, notadamente pela violação do princípio constitucional da irretroatividade das leis. Além disso, ao se colocar em permanente desconfiança a ciência atual em prol de uma ciência virtual, tal entendimento conduz a um excesso de precaução capaz de paralisar toda e qualquer atividade.

As críticas quanto ao limite de atuação do princípio da precaução na esfera da RC são irrepreensíveis. De fato, é preciso definir parâmetros para demarcar que riscos são ou não objeto de uma atividade precaucional, sobretudo para se não alargar de forma anárquica a esfera de responsabilidade, considerando os efeitos de uma sociedade reflexiva em que a todos é indistintamente imputada a produção e assunção de riscos.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Aqui, pode-se ainda defender o retorno da pessoalidade à responsabilidade civil. Ou seja: o critério para aferir a aplicação da RC precaucional residiria na avaliação de padrões de comportamento vinculados necessariamente à expressão *neminem laedere*, alargados subjetiva e temporalmente, assim como na ilicitude decorrente da inobservância do princípio da precaução e na violação de um direito de personalidade afeto ao direito a um meio ambiente equilibrado. Nesse sentido, reputa-se adequado e viável juridicamente o critério de colocar em causa a possibilidade de consecução dos mesmos objetivos mediante a aplicação de outras técnicas e tecnologias já dominadas, cujos resultados colaterais são conhecidos e plenamente aceitáveis e manejáveis. Cuida-se de uma lógica de alternatividade: o risco só se tornaria inaceitável a partir do momento em que outro caminho, mais seguro, poderia ter sido tomado para atingir o mesmo fim.

Havendo outra possibilidade mais segura, descartada sob o manto da livre iniciativa, passará o agente a agir em desconformidade ao princípio da precaução (mediante a violação de um dever objetivo e alargado de cuidado). E, portanto, de forma ilícita afetando um direito absoluto de personalidade.

Trata-se, assim, de analisar o que se esperaria, abstratamente, de um tomador de decisões de âmbito privado, assim como se faz com o bom pai de família ou com o homem médio – i.e., o que se esperaria de um “*bom empresário*” ou “*empresário médio*” ou “*empresário razoável*”<sup>1048</sup>. Isso porque, segundo as determinações do princípio da precaução, é razoável eticamente e exigível juridicamente a abstenção de um comportamento com consequências incertas quando outro, já exaustivamente estudado, pode garantir a consecução dos mesmos fins ou, diante de outro cenário, a adoção de medidas que permitam reduzir os riscos de determinadas atividades para níveis considerados aceitáveis.

Evidentemente, esse critério abstrato seria prontamente alvo de críticas, com o argumento de se revelar inibidor do desenvolvimento e estimulador da utilização de tecnologias de produção retrógradas. Pode-se explicar, porém, que tal avaliação implica uma distorção cognitiva e revela-se como mais um aspecto da já superada contraposição ao princípio da precaução como inibidor do desenvolvimento.

---

<sup>1048</sup> Algo similar ao princípio da “*best practicable environmental option*”. Nesse sentido, LESSON, John D. **Environmental law**. Londres: Pitman Publishing, 1995. p. 42.  
Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

Primeiramente, porque as tecnologias retrógradas são custosas (sob o prisma socioambiental) e contraproducentes, além de muitas vezes mais poluentes do que as atuais ou as modernas. Por outro lado, ao privilegiar uma técnica, tecnologia, modo de produção ou modelo de gestão sabidamente seguros, ou cujas consequências são ao menos manejáveis, colocam-se em causa alguns bens jurídicos: a vida e o meio ambiente, de um lado, e a livre iniciativa, de outro, sendo inquestionável que os primeiros devem prevalecer em toda e qualquer circunstância – rechaçamos aqui qualquer intervenção da análise econômica do direito<sup>1049</sup>.

Contudo, isso seria capaz de outorgar a responsabilidade civil em momento anterior ao dano? Até que ponto não seria imputável ao empresário optante determinada responsabilidade por um meio de produção perigoso, quando tinha ao seu dispor tecnologias limpas e menos arriscadas, pelos riscos que quis e conscientemente escolheu causar? Até que ponto não seria imputável responsabilidade ao produtor que oferta no mercado um produto cujas consequências do uso direto ou de sua fabricação são possivelmente deletérias para a qualidade de vida, quando lhe seria possível, se não exterminar, pelo menos restringir esses riscos para níveis aceitáveis, ou retardar o lançamento de novas tecnologias até que suas consequências fossem razoavelmente estabelecidas?

De igual sorte, tornar-se-ia isento de responsabilização aquele que não tivesse alternativa e que operou segundo a melhor ou mais segura técnica existente, isentando-se de eventual “culpa futura”. Estão em questão, nesse sentido, os tratamentos médicos causadores de males que, à época de sua emergência – contaminação por HIV, por exemplo –, não dispunha de outra técnica mais segura ou aconselhável ou cujos riscos não poderiam ser sequer imaginados no momento da sua submissão<sup>1050</sup>.

Tal concepção, a par de estabelecer um limite de atuação ao princípio da precaução no âmbito da RC, afigura-se também como instrumento para reequilibrar o

---

<sup>1049</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The positive economic theory of tort law. *Georgia Law Review*, Athens, v. 15, p. 815-924, 1981. p. 855.

<sup>1050</sup> Sobre o tema: IZZO, Umberto. La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale (e-book). *UNITN e-prints*, [s.l.], 2007. Disponível em: <<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001253/>>. No original: “*E’ evidente che la soluzione del nostro quesito involge la necessità di approfondire un tema classico della responsabilità civile, che può riassumersi chiedendosi fino a che punto una condotta riconosciuta illecita sul piano civile possa consentire di trasformare l’autore di quella condotta nel soggetto obbligato ad internalizzare tutti i danni naturalisticamente conseguenti al suo comportamento illecito, e che prende il nome di “problema della causalità giuridica”* (p. 268).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

aspecto econômico da produção. Explico. Imputando-se responsabilidade pelos danos a atividades altamente poluentes ou arriscadas, geralmente postas em prática em razão de argumentos econômicos (produção menos dispendiosa ou mais lucrativa), perderia força a alegação de que o custo de se produzir de forma limpa torna inviável a empresa, consagrando o princípio do “poluidor-pagador” e construindo um princípio do “arriscador-pagador”, à medida que produzir de forma socioambientalmente responsável se tornasse, também, na forma mais econômica de produção<sup>1051</sup>.

O direito passaria então a construir, formatar e implementar uma lógica econômica assente no aspecto ético da responsabilidade (amplíssimo) trans e intergeracional, orientado pelo princípio da precaução, limitando a liberdade (em virtude direta da inflação da esfera de responsabilidade) à versão moderna do imperativo categórico de Immanuel Kant. Formulado por Hans Jonas, é possível agir com base nesse imperativo, desde que não se coloquem em risco as condições necessárias para assegurar a vida e a dignidade das futuras gerações. E não relegando o direito da responsabilidade à condição de acalentador dos danos que a lógica econômica liberal impõe à sociedade, como sucedeu aquando da objetivação ocasionada pelas consequências sociais da Revolução Industrial, ou como pretende a lógica da socialização dos riscos. Ali (objetivação) e aqui (socialização) estive em causa a adoção de medidas terapêuticas (um remédio jurídico), focando-se o direito da RC diretamente na profilaxia.

Desse modo, a identificação do fenómeno precaucional no âmbito do direito da responsabilidade civil, além de ensejar uma teorização da responsabilidade independentemente da configuração de um dano, estabeleceria padrões de conduta. Esses, simplesmente por serem inobservados, ensejariam uma responsabilidade que, por sua vez, demandaria apenas a execução de um exercício de subsunção do fato à norma.

Assim é que, após tais apontamentos, pode-se afirmar que o dano não é o ponto principal da RC, notadamente quando se considera que sua presença, por si só, não

---

<sup>1051</sup> A ideia de uma RC ambiental eficiente como meio de prevenção de danos ambientais foi assinalada por António Barreto Archer, em **Direito do ambiente e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2009. No original: “É obvio que um regime rigoroso de responsabilidade civil compelir as empresas que exerçam atividades perigosas para o ambiente a transferirem a sua responsabilidade celebrando contratos de seguro. Mas, de acordo com os mecanismos próprios do mercado dos seguros, as seguradoras, com o intuito de determinarem com maior rigor o montante do prémio capaz de lhes assegurar a rentabilidade do ramo e limitarem o risco contratado, tenderao também a pressionar as empresas a adotarem comportamentos preventivos do dano ambiental” (p. 20).

configura qualquer possibilidade de direito à indenização. Todos os elementos que formam a base de sustentação da responsabilidade civil têm a mesma importância, e faltando algum deles, ou quem lhes faça as vezes, não é possível falar em tal instituto.

Repiso: em termos gerais, poder-se-ia afirmar que a RC demanda, em sua modalidade subjetiva, conduta, nexo causal, dano, culpa e ilicitude. Daí ser comum a afirmação de que sem dano não há responsabilidade. Ela não deixa de ser correta; porém, induz à convicção de que o dano assume papel preponderante na estrutura da responsabilidade, o que não condiz com a ciência da responsabilidade civil. Se é verdade que, *prima facie*, não é possível responsabilização sem dano, também é verdade que em modelos subjetivos não há responsabilidade sem culpa, assim como esta não existe sem nexo etiológico ou conduta, seja omissiva seja comissiva.

Daí ressurgem a intrigante afirmação de que em sendo todos os elementos imprescindíveis, e viável a subtração de um deles (a culpa na modalidade objetiva), poderia também se falar em substituição de mais um dos elementos, que longe de ser o principal é só mais um dos blocos que conformam a RC: o dano, pelo risco evitável a bens de relevância acentuada.

Por outro lado, os efeitos do princípio da precaução poderiam também ser encarados de outra maneira, mediante a reestruturação da noção de dano. Nesse sentido, “[...] a verificação de um fato potencialmente produtor de consequências prejudiciais permite que o juiz seja capaz de pronunciar uma sentença genérica, deixando a determinação da extensão do dano para uma data posterior”<sup>1052</sup>. Estaria em causa um fenômeno de identificação do dano ambiental como simples violação de um preceito, o qual, todavia, não é objecto de pacífica aceitação jurisprudencial e doutrinária.

O que se pode afirmar sem a menor sombra de dúvida é que os efeitos práticos seriam os mesmos. Considerando que há a possibilidade de uma RC sem dano ou, ainda, analisando o dano como lesão ao ordenamento jurídico, independentemente da configuração de um dano empírico, a afetação da responsabilidade dar-se-ia em atenção aos preceitos do princípio da precaução e, portanto, atenderia ao anseio social de se evitarem prejuízos a bens com características infungíveis.

---

<sup>1052</sup> POZZO, Barbara. *Il danno ambientale*. Milão: Giuffrè Editore, 1998. No original: “[...] *l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose, consente al giudice di poter pronunciare una condanna generica, lasciando ad un momento successivo la determinazione della misura del danno*” (p. 54).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental



Tal concepção da similitude de efeitos deriva inexoravelmente dos contrastes e das similitudes entre os sistemas germânico e francês de responsabilidade. Naquele, a estruturação da responsabilidade dar-se-ia mediante a configuração da culpa (aferida em abstrato) ante a não observação de um padrão de comportamento esperado e da ilicitude consubstanciada no desrespeito das medidas impositivas do princípio da precaução. Noutra, a “*faute*” configurar-se-ia mediante uma espécie de conjugação desses dois elementos. Ambos revelariam os fundamentos de uma responsabilidade civil sem dano: um de forma conjunta, e outro de forma separada, porém não estanque.

Paralelamente à concepção de dano ambiental como violação de um preceito, Christophe Radé defende que o reconhecimento da simples exposição ao risco como fenômeno equiparado aos danos reparáveis acaba por fortalecer o viés precaucional atribuído à responsabilidade, fator que impulsionaria o caminho para um próximo estágio, reconhecendo o dano como falha na precaução. Poder-se-ia considerar como indenizável a violação do princípio da precaução, da mesma forma que devemos considerar que a violação de uma obrigação, legal ou convencional, deve ser compensada, ao menos do ponto de vista ético<sup>1053</sup>.

Contudo, a análise da questão relativa à alteração no conceito de dano conflituava com o fato de que, hodiernamente, nem toda a lesão do ordenamento jurídico é suscetível de gerar a sanção preconizada pela RC. Nesse especial quesito residia o filtro dano empírico. Ainda que todos os comportamentos contrários ao direito positivo possam ser objetos de análise no campo da moral, ou quiçá do direito administrativo, é também verdade que só aqueles causadores de dano poderiam ser objeto de consideração por parte da responsabilidade civil.

Portanto, a argumentação de que a simples lesão à disposição contratual ou legal possibilitaria a identificação de uma nova espécie de “dano” não é, só por si, imune a

---

<sup>1053</sup> RADÉ, Christophe. Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité? *Revue juridique de l'environnement*. , Limoges, Vol. Especial, pp 75-89, 2000. No original: “*Certes, nous ne sommes pas exactement dans l'hypothèse d'une application du principe de précaution dans la mesure où les risques sont ici identifiés alors que les hypothèses visées par l'application du principe de précaution présupposent que les risques ne le sont pas encore pleinement. Mais en considérant la simple exposition à un risque comme un dommage réparable, on renforcerait indéniablement l'impact préventif de la responsabilité civile, ce qui ouvrirait la voie à l'étape suivante consistant à reconnaître l'existence d'un dommage lié au défaut de précaution. On pourrait alors considérer que la violation du principe de précaution constitue en soi un préjudice qu'il convient d'indemniser, tout comme on devrait considérer que la violation d'une obligation, qu'elle soit légale ou conventionnelle, doit donner lieu à réparation, au moins d'un préjudice moral*” (p. 82-83).

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

ulteriores questionamentos. De fato, só por esse outro motivo é que o conceito de dano tem centrado a discussão da RC há várias gerações de pensadores. E, diante das implicações inexoráveis decorrentes de uma lógica orientada pelo princípio da precaução, é possível afirmar a existência de correntes doutrinárias no sentido de que não só a noção de dano ecológico puro e a concepção clássica de dano ambiental (afetação deletéria de um bem ambiental sob a esfera do patrimônio de um particular) dão ensejo à efetivação de medidas de responsabilidade civil<sup>1054</sup>. Também seriam passíveis de responsabilização sob a égide civil a submissão do bem ambiental a riscos ou a violação de um preceito de natureza precaucional.

Esse, todavia, não é o entendimento de Mafalda Miranda Barbosa, para quem, em sentido diametralmente oposto, “[...] a edificação de um novo paradigma em que participa a dimensão do futuro, a pretensão indemnizatória só se torna operante se ocorrer a verificação de um dano, a par do preenchimento dos outros pressupostos delituais”<sup>1055</sup>. Ao afirmar que a dimensão de futuro no fenômeno jurídico da RC “[...] tem de ser compaginada com a sua teleologia primária e com uma ideia de justa comutação, que torna incontornável que, no momento da decisão judicativa, se constate a presença de um evento lesivo [...]”, se diz que a necessidade de atenção à função teleológica (ressarcitória) impede ou convola-se em obstáculo intransponível para uma perspectiva eminentemente preventiva a ser atribuída ao direito da responsabilidade civil.

Assim, há justificativa para a inviabilidade jurídica de uma função eminentemente preventiva por meio do ancoramento (não no sentido de inércia e reacionarismo) em um entendimento de manutenção da atenção a uma teleologia ressarcitória e, portanto, dependente do dano clássico. E isso, mesmo que ela (a função reparatória) não seja única para o fenômeno jurídico da RC (como deixa claro a análise histórica do instituto), mas apenas a faceta atualmente preponderante sob a perspectiva da ciência jurídica contemporânea. Tal assunção não suprime a necessidade de que a função ressarcitória conviva dialogicamente com todas as demais (notadamente as esferas

---

<sup>1054</sup> Não se discutirá aqui a questão da legitimidade para pleitear a indenização por danos coletivos e difusos.

<sup>1055</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. A participação da dimensão de futuro na responsabilidade extracontratual. In: MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos; CORREIA, Fernando Alves (Coord.). In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**: Vol. I: Responsabilidade: entre passado e futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. (Studia Iuridica ; 102. Ad Honorem; 6). ISBN 9789723220513. p. 119-145.<<qual a página exata da citação?>>

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

preventiva e punitiva), mormente em se tendo em consideração a desnecessidade da existência simultânea de todas elas.

No mesmo sentido da impossibilidade da consagração de uma estrutura de responsabilidade civil independente do dano, Bruno Leonardo Camara Carrá, sustentando-se primeiramente na noção conceitual tanto de dano quanto de antijuridicidade, afirma que esses institutos “[...] formam círculos secantes [...]”<sup>1056</sup>, sendo possível a emergência da RC apenas e tão somente quando esses círculos se tocarem. Para os demais casos, ou seja, quando verificada a existência apenas da antijuridicidade, outros ramos do direito dedicar-se-iam à solução jurídica. Nesse sentido, afirma o autor: “Ao predicar a existência de uma ação preventiva de responsabilidade civil, esquece-se que a distinção operada entre a ilicitude e dano já permite a existência de remédios de contenção da ilicitude – que sempre possui potencialidade lesiva – sob o intermédio de outras searas do direito, como o administrativo e o processual”<sup>1057</sup>.

Em igual sentido é preciso destacar, também com base no escólio de Bruno Carrá, que a intenção de sobrelevar as funções da RC, inculcando-lhe, ainda que sob padrões bastante razoáveis sob os prismas moral e social, porquanto não se discute a necessidade da adoção de medidas preventivas em matéria ambiental, não significa a efetividade material dessas medidas. É, por assim dizer, destituída de qualquer comprovação de eficiência prática a conformação de uma responsabilidade civil sem dano<sup>1058</sup>. Além disso, acaba por ser absolutamente inócua e ao menos desnecessária, porquanto já existentes várias outras ferramentas destinadas ao trato do antijurídico.

Talvez a liberdade seja, após a vida e a integridade física, o mais relevante de todos os direitos atribuídos à espécie humana. O engendramento de mais um instrumento de controle prévio de comportamentos poderia, assim, significar uma limitação incômoda, desproporcional e injustificada à liberdade humana, orientada aqui e ainda pelo princípio de não prejudicar o próximo. Desta feita, a pretensão de estabelecimento de uma RC sem dano, para além de destituída de qualquer fundamento relevante e suficiente, acabaria por aproximar o que a história e a civilidade fizeram questão de

---

<sup>1056</sup> CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 166.

<sup>1057</sup> Ibidem, p. 167.

<sup>1058</sup> Idem.

distanciar: a tutela civil e a tutela penal<sup>1059</sup>, passando também para o direito civil uma função que é eminentemente administrativa. Logo “[...] se não houver prova do dano, falta fundamento para indenização”<sup>1060</sup>.

---

<sup>1059</sup> COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Cours élémentaire de droit civil français**. Tomo 2. 8. ed. Paris: Dalloz, 1935. p. 165. No original: “*La distinction moderne entre la peine, destiné à punir le coupable, et l’indemnité, destinée à réparer la préjudice cause à la victime, en d’autres termes la distinction entre l’action publique et l’action civile est d’origine relativement récente. Dans les sociétés primitives, la seule sanction de l’acte fautif est une pénalité. On a pu dire que’en cette matière l’humanité avait passé par quatre phases sucessives : la phase de vengeance privée, celle des compositions volontaires, celles des compositions légales et celle de la répression por l’Etat*”.

<sup>1060</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 1181.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

## 23. CONSIDERAÇÕES

---

O diálogo entre o direito civil e o direito ambiental, em especial das estruturas da responsabilidade civil e do princípio da precaução, revela-se como algo necessário frente à gravidade e à complexidade dos potenciais danos ambientais derivados do que se convencionou denominar sociedade de risco.

Tal concatenação entre os dois ramos dos direitos e de seus atributos revela uma inicial dicotomia entre a necessidade irremediável da configuração de danos, afeta ao direito positivo da RC, e a existência de um imperativo de otimização voltado à adoção de comportamentos ativos e passivos com o propósito de evitar a configuração dos danos. A isso acresce a oculta importância da responsabilidade civil (de direito privado) como ferramenta jurídica de salvaguarda dos padrões ambientais constitucionais e a imposição política indistinta de deveres de proteção. A situação ganha ainda proporções mais respeitáveis quando assumida a posição de que a sociedade desconhece os efeitos de algumas atividades, reputando mais prudente a dissuasão dos seus responsáveis até que se atinja o conhecimento técnico científico suficiente para debelar todas as dúvidas concernentes àquela atividade. Conforme se demonstrou, o plexo de incertezas da segunda modernidade (sociedade de risco) consubstancia um dos grandes pontos de debate do direito ambiental contemporâneo, de modo que ele deve de alguma forma administrar as incertezas decorrentes do contínuo progresso técnico científico da humanidade.

Neste contexto, também em atenção à sua elevada dinamicidade e à derivada alteração periódica com o fito da conformação social, pode-se concluir que a RC ambiental, sob a égide do princípio da precaução, demanda uma análise técnica da viabilidade de uma adequação jurídica, seja por meio da verificação da eficácia horizontal do direito ambiental, também em virtude da sua ubiquidade, seja em razão das fontes formais e substanciais e da emergência do princípio no âmbito do sistema jurídico da responsabilização privada.

A partir daí, ou da assunção do princípio da precaução também como um fenômeno de índole privada – dada a sua vinculação ao direito ambiental e a sua interferência normativa perante o direito da responsabilidade civil –, permite-se, de forma razoável, a identificação dos efeitos desse fenômeno. A primeira e mais importante delas,

a da reavaliação dos pressupostos da responsabilidade por meio da perquirição da viabilidade jurídica da edificação de uma estrutura de responsabilidade capaz de gerar efeitos independentemente da identificação do dano. Ou, ainda, de desvincular o clássico dano da sua perspectiva empírica, remetendo para o conceito de um mero desrespeito de um preceito jurídico.

Paralelamente a tudo isso, a emergência do princípio da precaução vincularia uma reavaliação das funções da responsabilidade privada extracontratual suplantando a ideia de vinculação estrita da função ressarcitória, mediante a sobrevalorização de uma função precaucional. Todavia, existem outras ferramentas mais adequadas à prevenção, como por exemplo o uso das providências tutelares preventivas dos artigos 1.474 e 1475 do Código Civil Português, como expressão e atenção ao princípio da precaução em matéria ambiental.

O referido código prevê, paralelamente às medidas da RC, a possibilidade de requisição por quem se sentir ameaçado ante as providências adequadas a fim de se evitar a consumação de uma ofensa, ou limitar os efeitos de uma lesão já levada a efeito. Essas medidas estão previstas nos artigos 1.474 e 1.475 do Código Civil Português<sup>1061</sup>.

O que diferencia as medidas de responsabilidade civil clássica dessa espécie civilística de tutela preventiva é, justamente, a desnecessidade de verificação empírica do dano. Ou seja, não se exige nem “[...] que haja culpa por parte do violador nem que da ofensa ou ameaça de ofensa da personalidade de outrem resultem danos para este”<sup>1062</sup>. isto é, a personalidade civil, tal como regulada pelo ordenamento jurídico de Portugal, prevê uma dúplici construção jurídico-positiva de proteção. Primeiramente, mediante a informação da RC e da tutela atenuante, quando evidenciados os danos, e de tutela preventiva, quando esse ainda não se tiver verificado.

A concepção dúplici contempla o entendimento clássico da responsabilidade civil de que sua função praticamente única é a de ressarcimento e, portanto, ela não pode estar desligada da noção de dano, relegando para outra estrutura jurídica a atuação preventiva de proteção do direito geral de personalidade. Ou seja, quando há dano invoca-se a RC; quando não há, vale-se das providências tutelares preventivas previstas nos artigos 1.474 e 1.475 do CC Português.

---

<sup>1061</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

<sup>1062</sup> *ibidem*, p. 473.

De fato, seja analisado o ambiente em si mesmo, seja encarando-o como integrante da formação da personalidade, existe a regra preventiva que é capaz de lhe outorgar proteção distante da responsabilidade civil. Isso porque “[...] o velho adágio de que vale mais prevenir do que remediar tem pleno cabimento no domínio da tutela dos direitos de personalidade e da respectiva prevenção de danos, por não ser integralmente ressarcível, ou mesmo compensável, em dinheiro ou reconstituível em espécie a violação de proeminentes bens extrapatrimoniais da personalidade como a vida, a saúde, a liberdade, a intimidade da vida privada etc.”<sup>1063</sup>. Daí emerge a ideia de que tanto para o direito ambiental como para os direitos de personalidade é preciso sancionar as ameaças de ofensas<sup>1064</sup>.

De igual modo, a tutela inibitória é relevante instrumento de tutela pré-dano, porquanto há, desde o direito romano, a concepção de que o ressarcimento constituiria a única forma de tutela possível com relação aos ilícitos civis. Diante da ideia da equivalência das mercadorias entendia-se que, como regra geral, os bens sujeitos à tutela poderiam ser vistos como uma coisa dotada de valor de troca. Por isso mesmo, o valor da lesão era passível de aferição em pecúnia e, dessa forma, supunha-se que os direitos podiam ser adequadamente tutelados por meio de ressarcimento em dinheiro<sup>1065</sup>.

Associar um ato contrário ao direito, ao dano e ao dinheiro, significa não somente negar a tutela inibitória, mas, sobretudo, perceber que o dever de reparar não se pode confundir com as formas de reparação. E mais: há atos contrários ao direito que, embora não produzindo danos, não podem deixar de ser sancionados pelo processo civil. O dever de reparar não pode ser identificado com uma obrigação de pagar uma soma em dinheiro. Não apenas porque o dever de reparar é realizado, em regra, mediante um fazer, mas sobretudo porque, se tal maneira de ver o dano era natural ao direito liberal, ela é completamente imprópria nas novas situações de direito substancial. Pense-se, por exemplo, no direito ambiental<sup>1066</sup>.

---

<sup>1063</sup> DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 474.

<sup>1064</sup> Capelo de Sousa faz menção à sanção de ameaças para o caso de ameaças de lesão aos direitos de personalidade. *Ibidem*, p. 474.

<sup>1065</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 824, p. 34-60, jun. 2004.

<sup>1066</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 824, p. 34-60, jun. 2004.

Consideradas as peculiaridades dessas novas realidades de direito substancial, “[...] cabe investigar a tutela que deve incidir em relação a ato contrário ao direito que não produziu dano”<sup>1067</sup>. Feita a diferenciação entre ilícito e dano, é preciso conceber o dano como uma “[...] consequência meramente eventual do ato contrário ao direito”<sup>1068</sup>. Assim, “[...] o fato de uma transgressão não ter produzido dano não permite que o processo civil possa deixá-la de lado, como se não mais importasse ou [não] tivesse significação. Essa proteção do ordenamento jurídico decorre, inclusive, do dever de proteção do Estado com relação a determinados bens, notadamente no concernente à proteção do ambiente”<sup>1069</sup>.

Ao reconhecer como inafastável a vinculação do dano à responsabilidade civil e, sobretudo, ao preservar o cunho patrimonialista do direito privado, importa salientar que, por um lado, a consecução de um ilícito civil não terá consequência alguma, a despeito de evidenciar riscos para toda a coletividade, e, por outro, que todo e qualquer dano pode ser avaliado em pecúnia, conferindo à expressão monetária um direito de tudo fazer. Nesse sentido, afirma Bruno Leonardo Câmara Carra, “[...] a inibitória torna mais evidente o reconhecimento da distinção que deve ser realizada entre a antijuridicidade por si mesma, que gera categorias jurídicas autônomas, com dinâmica e lógica próprias, da antijuridicidade danosa, que tem como âmbito secular a responsabilidade civil”<sup>1070</sup>.

Assim, em termos de danos, a responsabilidade de reparar não se vincula de qualquer forma com o dever de pagar.

---

<sup>1067</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>1068</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>1069</sup> Idem.

<sup>1070</sup> CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 178.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental





## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

A mais clara certeza de toda a investigação ora realizada diz respeito à elevada dinamicidade e plasticidade da responsabilidade civil, assim como de sua permanente e constante crise frente aos mutantes conflitos sociais. A abordagem sob o prisma histórico e o cotejo dos sistemas mais comuns de responsabilização aquiliana trazem à tona a aptidão do instituto para se manter em contínua e constante mutação no sentido de outorgar respostas às demandas sociais. Também a pormenorização da componente filosófica, ainda que quase exclusivamente diante do panorama dos conceitos de justiça distributiva e corretiva, permite identificar, com igual precisão, o papel inafastável da RC face aos danos injustos/antijurídicos.

Ocorre que a primeira parte da afirmação, consubstanciada na dinamicidade e relevância social e no carácter de instrumento de regulação da realidade normativa, não pode levar à conclusão de que, com base nisso, é possível desnaturar a função primordial e a própria base de sustentação da emergência do dever de indenizar. Portanto, a despeito de ser dotada de certa plasticidade, isso não faz da RC uma panaceia. Tal assertiva viabilizaria, assim, a estruturação de uma responsabilidade civil assente na necessidade, ou até mesmo preferência inquestionável, da prevenção sobre a reparação. Nesta investigação, conclui-se que as teorias defensoras de tal entendimento, com todas as vênias exigidas, fundam-se, ainda que sob muitos primas, na necessidade de proteção ex-ante ao dano e na incapacidade atual da responsabilidade civil em lidar com novos danos. Todavia, filiamo-nos na corrente que não vê neste cenário fundamento jurídico suficiente para a conclusão obtida.

Sob o prisma civil, a função precípua e ontologicamente necessária à conformação da responsabilidade toca à correção de condutas antijurídicas causadoras de um dano. Repiso: a RC não se dedica a qualquer comportamento; apenas àqueles que, de alguma maneira, implicam efeitos deletérios na esfera jurídica de outrem. Esses efeitos deletérios são os danos, a figura central e inamovível da responsabilidade civil. A ideia, portanto, já exhaustivamente discutida, é a de transferir para o lesante os ônus suportados pelo lesado, tendo como premissa de arbitramento a qualidade e a extensão desses mesmos danos. A fluidez, volatilidade e gravidade dos riscos, em especial diante de uma sociedade de incertezas, longe de fundar o estabelecimento de uma responsabilidade civil

sem dano, devem ser encaradas como óbices intransponíveis à estruturação de uma responsabilidade civil universal.

Concluimos que suprimir, ou até mesmo ressignificar, o dano da estruturação da RC tem por consequência o seu completo esfacelamento. Fazê-lo, como quer uma expressiva parte da doutrina aqui referida, em especial a doutrina francesa amplamente citada no corpo da investigação, a despeito da relevância e da coerência moral e social esposadas, para além de rebentar com as amarras jurídicas que moldam a responsabilidade civil, mostra a opção por uma construção teórica bastante densa, complexa e de problemática insolúvel, a ponto de, ao tentar prestigiar a responsabilidade civil, acabar por feri-la.

Ademais, e com toda a evidência, a configuração de uma responsabilidade civil sem dano revela-se absolutamente desnecessária sob o prisma pragmático frente à existência, atual e consolidada, de não poucos instrumentos jurídico-normativos de gestão de riscos e, portanto, de medidas precaucionais. Desta feita, ainda que diante da construção de um cenário social de incertezas, temperado pela corrente doutrinária no sentido do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, ainda, considerada a inclusão da componente ambiental no âmbito da personalidade humana, sendo o meio parte do acto de ser, tudo isso somado à vertente histórica do instituto – o qual exhibe constantes e periódicas alterações, cujo expoente maior é indiscutivelmente a re-objetivação da RC –, não permite juridicamente e não revela necessária a construção de uma teoria da responsabilidade civil sem danos.

Nessa perspectiva, não se desconhece que a teoria ora submetida à investigação (responsabilidade civil sem dano) ganha respaldo jurídico na própria noção de direito ambiental e em suas características ímpares. A incapacidade de regeneração posterior<sup>1071</sup>, o carácter potencialmente perpétuo de algumas agressões antrópicas ao meio ambiente e o fato de estas não se prenderem a situações geográficas ou a referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem e sua própria existência, e ignorando fronteiras políticas<sup>1072</sup>, impõem a necessidade de uma ferramenta jurídica de cunho antecipatório. Estes elementos preconizam que seus respectivos objetos se voltem, não

---

<sup>1071</sup> SENDIM, José de Souza Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

<sup>1072</sup> FAVA, Gustavo Crestani. Poluição transfronteiriça: mares, oceanos, águas doces e poluição atmosférica. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **O novo direito internacional do meio ambiente**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

para o dano, mas para um seu momento imediatamente precedente (quando essa dissociação é possível); ou ainda, quanto mais a montante do dano melhor, sob pena de se fazer letra morta dos atos normativos proclamadores do direito ao meio ambiente<sup>1073</sup>, notadamente os textos constitucionais<sup>1074</sup>.

Neste contexto, o primeiro ponto a ser destacado na avaliação do papel do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade civil ambiental toca ao caráter supranacional da denominada “crise ambiental”. A ideia, portanto, de uma amplitude espacial e temporal de que é dotada a crise ambiental tendeu a expandir a esfera de atuação dos órgãos políticos ao nível macro, robustecendo a tese de que um problema global demanda uma solução em igual perspectiva global. Obviamente, a esfera de atuação não se expandiu como uma ogiva nuclear. As primeiras iniciativas de abordagem conjunta dos problemas ambientais deram-se sob a perspectiva de pequenos grupos de países, sempre como efeito reflexo de uma preocupação eminentemente mercadológica, seguida, então, dos entabulamentos de acordos multilaterais. Desses podem ser destacados a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, na sigla em inglês), realizada no Rio de Janeiro, em 1992. A ideia da emergência de um direito ambiental é, desde o início, a de que se causa algum prejuízo a direitos fundamentais, como a propriedade, a livre circulação, etc.

Desse modo, o entendimento no sentido de viabilizar à responsabilidade civil a outorga de uma função preponderantemente desvinculada ontologicamente da figura do dano, concedendo-lhe um papel precautório ou, em outras palavras, asseverando a existência de fundamento jurídico para se adotar uma função precípua diversa da reparatória, enquanto elemento de realinhamento e redistribuição dos ônus e bônus sociais, não tem qualquer lastro jurídico, embora esteja unida de grande apelo social e moral.

---

<sup>1073</sup> Para críticas ao termo “meio ambiente”, ver: MATEO, Ramón Martín. **Derecho ambiental**. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977. Em sentido contrário, MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

<sup>1074</sup> Nesse sentido, o artigo 225 da Constituição Brasileira: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” e Art. 66, 1, da Constituição da República Portuguesa: “Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

De fato, a proposição de uma vertente da RC que se configura alheia à ocorrência do dano, baseada apenas e tão somente na verificação de uma conduta, omissiva ou comissiva, capaz de gerar riscos, não pode, sem qualquer sombra de dúvidas, ser ignorada por completo. Ela, contudo, não pode limitar-se, em especial no direito ambiental, à necessidade premente e inafastável do estabelecimento de instrumentos destinados à prevenção.

Em nenhum momento se discute esta necessidade. Repiso: aqui não se pretendeu afastar, por exemplo, os fundamentos da inserção do fenômeno precaucional no âmbito da responsabilidade civil, tão bem referenciados por Mathilde Boutonnet e por Teresa Ancona Lopez, por exemplo. Ao invés, ratificamos nesta pesquisa a configuração de um cenário de incertezas e de contaminação da RC pela precaução. Ousamos, todavia, discordar da conclusão e dos efeitos decorrentes da identificação do cenário social como sendo a construção de uma juridicamente viável responsabilidade civil sem dano.

O espectro de incertezas configurador da sociedade de riscos é, sem dúvida, um dos principais pontos de debate do direito ambiental e, por conseguinte, também da responsabilidade civil ambiental. Não há questionamentos possíveis para a afirmação categórica de que o direito deve oferecer respostas às incertezas fruto do progresso da humanidade. Contudo, não perfilhamos o entendimento de que a responsabilidade civil seja apta a oferecer a resposta para esse fenômeno, o que poderia dar-se por meio do estabelecimento de uma RC a montante do dano, como querem alguns autores.

Ainda que na história do instituto se conceba a possibilidade da responsabilidade por perigo, como aqui referido no tópico meramente exemplificativo do direito romano, a evolução da responsabilidade civil fê-la incidir única e exclusivamente sobre os fenômenos danosos. Quer-se aqui dizer que a concepção de uma RC centrada na existência do dano é marca de uma notável evolução civilizacional, da qual não podemos nos afastar sob pena de incorrer na arbitrariedade.

Os moldes contemporâneos da responsabilidade civil, por consequência, permitem a constituição de um direito subjetivo de não ser interpelado a não ser em caso de dano, direito que tem sua essência vinculada intimamente à liberdade. Liberdade que por sua vez, fez de cada seu detentor um responsável. Tolher este primado da liberdade é também destruir a responsabilidade que lhe é correlata.

Ou seja, a responsabilidade civil trata do dano. Qualquer outro cenário que não o danoso pode viabilizar juridicamente um sem número de consequências jurídicas outras que não a RC. O direito de vizinhança é um exemplo clássico. Não há aqui paralelos a traçar. A questão é pontual. É nevrálgica.

No campo da responsabilidade civil ambiental, é possível inclusive ampliar o conceito de dano, por exemplo, de modo a permitir, ainda que indiretamente, a configuração de um dano decorrente da submissão a riscos inaceitáveis, como exemplificado em alguns que foram considerados nesta investigação. Em especial, quando confrontada a questão das incertezas temperadas pela noção da integração do ambiente na personalidade humana.

Todavia, uma nova e alargada concepção de dano, trazendo o fenômeno ambiental para o seio dos direitos de personalidade e observando-o com lentes precautórias, é diametralmente oposto à configuração de uma responsabilidade civil sem dano. Há o dano, ainda que em uma visão remodelada. O que se pode cogitar é a alteração do conceito de dano, passando-se por uma opção social e política do que pode ser assim considerado. Os danos de índole moral, por exemplo, certamente também não era assim considerados. Veda-se, contudo, devido à total ausência de fundamentos suficientes para o seu aperfeiçoamento, a configuração de uma RC sem dano. A própria justificativa para uma nova acepção de dano pode ser enxergada na problematização do estabelecimento de evidências científicas e dilemas causais do direito, como por exemplo no caso do Benedectin, um medicamento largamente utilizado desde o final da década de 1950 até meados dos anos 1970 como substância contra náuseas em mulheres grávidas. Ao contrário da talidomida, embora nenhuma relação com a má-formação genética e a administração daquela substância tenha sido delineada, também não se conseguiu afastar peremptoriamente a ausência desse liame etiológico<sup>1075</sup>.

Não se põe em causa, de igual forma, o cunho moral<sup>1076</sup> da responsabilidade civil, o qual na contemporaneidade seria evidenciado, e pelas várias vozes doutrinárias,

---

<sup>1075</sup> GOLDBERG, Richard. **Causation and risk in the law of torts : Scientific Evidence and Medicinal Product Liability**. Oxford : Hart Publishing, 1999. p. 104. No original: “*While it may be impossible to make a definitive case which exonerates Bendectin completely, it is equally not possible to prove scientifically the existence of causal link between the drug and birth defects*”

<sup>1076</sup> MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. **Droit Civil, Tomo II, 1º Vol. Les obligations**. Paris : Sirey, 1962. P . 323. No original « *La théorie de la responsabilité civile s’efforce de répondre à cette question et de déterminer dans queles conditions une personne peut être tenue pour responsable du dommage subi par autrui et tenue de réparer ce dommage.* »

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

pela instrumentalização de uma correta distribuição dos ônus derivados dos riscos. Sem embargo, perfilhamos a noção de que a ideia moral de uma responsabilidade se baseia na liberdade, precisamente, o outro lado da moeda da responsabilidade, de modo que a assunção do caráter moral como fundamentador de uma RC exacerbada também não resiste à análise completa do fenômeno ora analisado, porquanto implica limitar de forma imotivada a liberdade, o valor que fundamenta e justifica a própria responsabilidade. Repetimos: tolhida de forma desproporcional a liberdade, fenece em igual medida a responsabilidade. Afinal, somos responsáveis apenas e tão somente porque somos livres.

Assim, pode-se afirmar que a doutrina civilística tem dado especial destaque à tentativa de adequar a responsabilidade civil às características da sociedade industrial e tecnológica, também denominada sociedade de riscos. A ideia seria a construção de um modelo de RC capaz de garantir ao lesado a maior garantia possível de que verá indenizado o prejuízo experimentado, como foi feito na Revolução Industrial. Isso conduziu invariavelmente à avaliação dos fundamentos da imputação da responsabilidade, mediante a construção de estruturas jurídicas destituídas do que Anderson Schreiber nomeou de filtros da responsabilidade civil. Principal exemplo disso é a culpa e a tendência de objetivação observadas na RC contemporânea. O contexto de tal realidade sociológica fomentou o cenário propício ao debate acerca da instituição de um modelo de responsabilidade diferenciada.

Em especial por parte da doutrina francesa, a responsabilidade civil sem dano, que no Brasil encontra ressonância em vozes com o peso de Teresa Ancona Lopez, foi uma das respostas da ciência jurídica a essa configuração social. Ocorre que, indiscutivelmente, o único fundamento verdadeiro utilizado pela doutrina para justificar o estabelecimento de uma estrutura precaucional para a RC foi a sua incapacidade para, de um lado, lidar com a contemporaneidade e seus desafios e, de outro, com a susceptibilidade em cada dia mais exacerbada de danos, nomeadamente no direito ambiental. Isso, contudo, conforme já se demonstrou, é insuficiente para pretender o desaparecimento dos pilares da sustentação da responsabilidade civil, sabidamente um direito de danos.

Primeiro porque se consolida na crença equivocada de que o direito é, como um todo, efetivamente capaz de dar uma resposta efetiva a toda e qualquer demanda social. Assim, a análise denotadora de uma responsabilidade civil sem dano quer fazer parecer que haverá uma alteração no quadro social pretensamente por ela regulado, apenas e tão

somente em virtude da outorga de respaldo jurídico-normativo a uma responsabilidade *ex ante*.

Isso não soa de modo algum a verdadeiro, mormente porque a ciência jurídica já tem à sua disposição uma miríade de instrumentos mais simples e mais claros destinados à prevenção de danos, sendo manifestamente infundada a crença de que um novo modelo de RC poderia gerar um incremento nos níveis de proteção ou, ainda, viabilizar a sempre preferível prevenção frente à reparação. Dito de outro modo, se o fundamento maior é a necessidade de prevenção, é preciso analisar se a criação de um novo modelo de responsabilidade civil é eficaz para atender e satisfazer a essa necessidade. Claramente, não há elementos capazes de lastrear tal afirmação.

O direito e a ciência jurídica devem portanto se ocupar não da criação de mais estruturas, consideradas as contingências sociais identificadas em um determinado período. Ao contrário, com base na efetividade e nos fins colimados pelo direito e a ciência jurídica, deve analisar a concepção de uma estrutura holística capaz de gerir os potenciais danos ambientais, sem com isso se adentrar injustificadamente na esfera da individualidade de cada ser, como por exemplo ao impor um dever de indenizar sem dano.

Assim, se por um lado não se questiona o fato de certos aspectos preventivos e precaucionais terem impregnado todos os campos do direito nos últimos tempos, por outro, as consequências dessa impregnação passam ao largo da configuração de uma RC sem dano.

Com o escopo de outorgar uma resposta à inaptidão para identificar os riscos, fruto por exemplo da manipulação genética, o direito ambiental escorou-se em balizas e princípios justificadamente aptos a exigir comportamentos preventivos. No direito ambiental, por conseguinte, não subsiste dúvida sobre a necessidade de adoção de medidas *ex ante* ao dano. A resposta, todavia, não poderá ser a mesma para o estabelecimento do dever de indenizar civilmente.

Sem qualquer sombra de dúvida, a carga axiológica do princípio da precaução disciplina a adoção de comportamentos prévios aos eventuais efeitos deletérios para o ambiente. Isso, ainda que os liames etiológicos entre determinado comportamento e as potencialidades lesivas não estejam exaustivamente aclarados.



Logo, por um lado, a responsabilidade civil é um instituto de marcante cunho moral, que também apresenta a conformação de um cenário social capaz inclusivamente de identificar os riscos que gera e aos quais reflexamente se submete, bem como a existência de uma estrutura principiológica de direito ambiental voltada à adoção de medidas tendentes a evitar os danos, mesmo que diante de incertezas. Em paralelo, a RC demanda a configuração dos danos. A solução para isso, segundo entende uma parte da doutrina, foi o estabelecimento de uma responsabilidade civil dissociada do dano.

Está-se a travar esse debate em um momento em que está em questão a própria RC, mesmo se já consolidada há séculos, conforme se demonstrou. O cenário moderno, focado na efetividade do direito, distancia-se da responsabilidade civil, para por exemplo se centrar no estabelecimento de um sistema geral de seguros, visando, desse modo, a diluição dos efeitos dos danos. Ressalvadas as críticas a esse sistema, o qual nem de perto é objeto da presente investigação, é preciso conceber que a RC não é, claramente, a resposta para todas as demandas sociais, assim como será preciso reconhecer que igualmente não é para indução de responsabilidades, antes de configurada qualquer hipótese de danos.

## Bibliografia

---

- AGUIAR, Roger Silva. Responsabilidade civil: a culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011.
- ALARCÃO, Rui. Direito das obrigações. Luanda: Ler e Escrever, 1999.
- ALBUQUERQUE, José Fábio da Silva. Weltanschauungen e modos-de-ser dos entes intramundanos. In Revista Portuguesa de Filosofia, [s.l.], Tomo 68, Fasc. 3, p. 461-482, 2012.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da SILVA. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ALPA, Guido. Diritto della responsabilità civile. Roma: Laterza, 2003.
- ALPA, Guido. La natura giuridica del danno ambientale. In: PERLINGIERI, Pietro (Org.). Il danno ambientale com riferimento alla responsabilità civile. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991
- ALPA, Guido. La responsabilità civile: principi. Turim: Utet Giuridica, 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: Constituição, direitos fundamentais e direitos privados. 3. ed. (rev. e ampl.). SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais. Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (direitos de personalidade). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.
- AQUINO, Tomás de. Suma de teología I, Parte I. 4. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001
- ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço... mas devia. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo (Coord.). Estudos de homenagem ao prof. doutor Jorge Miranda. Volume IV – Direito administrativo e justiça administrativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O princípio do nível elevado de protecção ecológica: resíduos, fluxos de materiais e justiça ecológica. Coimbra: Almedina, 2006.
- ARAÚJO, Fernando. A hora do direito dos animais. Coimbra: Almedina, 2003.
- ARCHER, António Barreto. Direito do ambiente e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2009.
- ASCENSÃO, J. Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. L, n. 1 e 2, Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental 393

AYALA, Patryck de Araújo. Devido processo ambiental e direito fundamental ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011.

AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental da sustentabilidade e os princípios de um direito ambiental de segunda geração na PNMA. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord.). Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

BARATELLA, Maria Grazia. Le pene private. Mião: Giuffrè Editore, 2006.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. Da causalidade à imputação objetiva na responsabilidade civil ambiental, In Risco Ambiental. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez. de 2015.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. A participação da dimensão de futuro na responsabilidade extracontratual. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes; LOUREIRO, João Carlos (Org.). Estudos em Homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol I. Coimbra : Coimbra Editora, 2012.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. 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 I. Cascais: Principia, 2013.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda. Modelos de responsabilidade civil extracontratual. In Revista dos Tribunais. vol. 977. ano 106. p. 113-174. São Paulo: Ed. RT, Março 2017.

BARBOSA, Mafalda Miranda Barbosa. RODRIGUES, João Pedro. Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do status quo ante?, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXVII, 2011, p. 319 e ss. Coimbra : Coimbra Editora, 2011.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Coimbra : Almedina, 2006.

BARCELLONA, Mario. La responsabilità extracontrattuale: danno ingiusto e danno non patrimoniale. Turim: Utet Giuridica, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159, jul./ago./set. 2000.

Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

- BARREIRO, A. Fernández Barreiro; PARICIO, Javier. Fundamentos de derecho privado romano. 8. ed. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, LASH, Scott. Reflexive modernization. Politics, tradition and aesthetics in the modern social order. Londres: Polity Press, 1995.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Tradução Magda LOPES. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social. São Paulo: Editora da Unesp, 1997
- BECK, Ulrich. Liberdade ou capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2003.
- BECK, Ulrich. Risk society: towards a new modernity. Londres: Sage Publications Inc., 1992.
- BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. BDJur, [s.l.] [s.d.]. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A\\_Responsabilidade\\_Civil.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A_Responsabilidade_Civil.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. Nomos – Revista de Pós-Graduação em Direito – UFC, Fortaleza, v. 31, n. 1. p. 79-96, jan./jun. 2011.
- BETLEM, Gerrit. Environmental liability and the private enforcement of community law. In: HARTKAMP, Arthur S. et al. Towards a European Civil Code: third fully revised and expanded edition. Nijmegen: Kluwer Law International, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 6. ed. (rev. atual. amp.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos direitos. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONILINI, G. Il danno non patrimoniale. Milano: Giuffrè, 1983.
- BOOLCHIN, Murray. The ecology of freedom: the emergence and dissolution of hierarchy. Palo Alto: Chesire, 1982.

- BOSELMAN, Klaus. O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança. Tradução Phillip GI França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BOUTONNET, Mathilde. Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005.
- BRETONE, Mário. Storia de diritto romano. 13. ed. Roma: Gius, Laterza e Figli, 2010.
- BRUGGEMEIER, Gert. Common principles of tort law. A pre-statement of law. Londres: The British Institute of international and Comparative Law, 2002.
- BUSNELLI, Francesco D. Busneli; PATTI, Salvatore. Danno e responsabilità civile. Terza edizione. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013
- BUSNELLI, Francesco D. e PATTI, Salvatore. Danno e responsabilità civile. Terza edizione. Turim : G. Giappichelli Editore, 2013
- CABRILLAC, Rémy. La réforme du droit français des obligations. THEMIS, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Coimbra, Edição Especial, 2008.
- CAMPOS, Diogo Leite de. Nós: estudos sobre o direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.
- CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. Direito – Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, v. II, n. 2, p. 69, 1993.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direitos privados. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra : Almedina, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra : Coimbra Editora, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito ao ambiente como direito subjectivo. Boletim da Faculdade de Direito. Tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. Coimbra, 2005.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: LEITE, José Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmatica de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Constituição, direitos fundamentais e direitos privados. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. Revista de Estudos Politécnicos – Polytechnical Studies Review, [s./l.], v. VIII, n. 13, 007-018, p. 13-14, 2010.
- CAPELLA, Vicente Bellver. Ecología: de las razones a los derechos. Granada: Comares, 1994.
- CAPRA, Fritjof. A teia da vida. São Paulo: Ed. Cultrix, 1996.
- CARBONNIER, Jean. Droit civil – 4 / Les obligations. 21. éd. refondue. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. Il danno e il reato. Padova: CEDAM, 1930.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVAL, Suzanne. La responsabilité civile dans as fonction de peine privée. Paris: LGDJ, 1995.
- CARVALHO, Délton Winter da. A teoria do dano ambiental futuro: a responsabilização civil por riscos ambientais. Revista Direito e Ambiente, Lisboa, n. 1, p. 80, 2009.
- CARVALHO, Orlando de. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.
- CASSUTO, David N.; SAMPAIO, Romulo S. R. Keeping it legal: transboundary management challenges facing Brazil and the Guarani. Water Internacionais, [s.l.], v. 36, n. 5, p. 661-670, Sept. 2011
- CASTANHEIRA NEVES, António. Pessoa, direito e responsabilidade. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, Ano 6, Fasc. 1.º, jan./mar. 1996.
- CASTRONOVO, Carlo. La nuova responsabilità civile: regola e metáfora. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.
- CHEMERINSKY, Erwin. Constitutional law: principles and policies. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2006,
- Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

- CHEVREAU, Emmanuelle; MAUSEN, Yves; BOUGLÉ, Claire. *Introduction historique au droit des obligations*. Paris: LexisNexis, 2007.
- COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. Tomo 2. 8. ed. Paris: Dalloz, 1935.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COMPORTI, m. *Esposizioni al pericolo e responsabilità civile*. Napoli: Morano, 1965
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- COURTIS, Christian. *La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*. In: *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*. 3. ed. (rev. e ampl.). SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à diferença*. 3. ed. (rev. atual. ampl.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009
- D'ORS, Álvaro. *Elementos de derecho privado romano*. 4. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010.
- DE CUPIS, Adriano. *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*. Vol. I. Milão: Giuffrè, 1979.
- DE CUPIS, Adriano. *Istituzioni di diritto privato*. Quarta Edizione Aggiornata. Milão: Giuffrè Editore, 1987.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.
- DE DOMINGO, Tomás. *El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentaes: una aproximación desde la filosofía del derecho*. *Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Año VII, n. 11, jan./dez. 2002.
- DE LUCAS, Javier. *El concepto de solidaridad*. Cidade do México: Fontamara, 1993.
- DE SADELEER, Nicolas. *The precautionary principle in European Community Health and Environmenal Law: sword or shield for the Nordic countries?* In: *Implementing the precautionary principle: approaches for the Nordic countries, EU and USA*. London: Earthscan, 2008.

- DE SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- DEGUERGUE, Maryse. La responsabilité administrative et le principe de précaution. Revue juridique de l'environnement, Limoges, n. spécial, p. 105-118, 2000
- DEROUSSIN, David. Histoire du Droit des Obligations. Paris: Economica, 2007.
- DESIDERI, Jean-Pierre. La précaution en droit privé. Recueil Dalloz, [s.l.], Anne 176, n. 15. p. 238-242, 2000.
- DI MARTINO, V. La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari. Milano: Giuffrè Editore, 1979.
- DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 2 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DOMAT, Jean. Civil law in its natural order. Boston: Charles C. Little and James Brown, 1850.
- DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. Risk and culture: an essay on the selection of technical and Environmental Dangers. Berkeley: University of California Press, 1997.
- DWORKIN, Ronald. Law's empire. Cambridge: Massachusetts, 1995.
- ECHEVERRIA, Hugo et al. Manual de aplicación del derecho penal ambiental como instrumento de protección de las áreas naturales em Galápagos. Quito: Sea Shepherd, World Wildlife Found y Galápagos Academic Institute for the Arts and Sciences de la Universidad San Francisco de Quito, 2011.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. Principles of European tort law. Viena: Springer-Verlag, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FAVA, Pasquale. La responsabilità civile: trattato teorico-pratico. Milão: Giuffrè Editore, 2009.
- FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas. Schuldrecht. Berlim : Der Gruyter Recht, 2006.
- FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria de Andrade. Direito processual ambiental brasileiro. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- FISHER, Elisabeth. Risk regulation and administrative constitutionalism. Portland: Hart Publishing, 2007.
- FLEMING, John G. The law of torts. Sydney: LBC Information Services, 1998.



- FRANZONI, Massimo. Dei fatto illecito: Art. 2043-2059. Commentario del Codice Civile, Scialoja-Branca: delle obbligazioni. Bolonha: Zanichelli, 1993.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávia Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- GAROFALO, Luigi. Obbligazione senza prestazione e obbligazione naturali. Tomo Terzo. Padova: Cedam, 2010.
- GAUDEMET, Jean. Droit privé romain. 3. ed. Paris: Éditions Montchrestein, 2009.
- GAUDINO, Luigi. Il danno da pericolo. In: Persona e danno. A cura di Paolo Cendon con la collaborazione di Enrico Pasquinelli. Tomo IV - Casa, ambiente, tempo libero figure vecchie e nuove di illecito l'ambiente di lavoro. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. São Paulo: Editora da Unesp, 1990.
- GILMORE, Grant. The Death of contract. Columbia: Ohio State University Press, 1995.
- GODARD, Olivier. Le principe de précaution, un principe politique d'action. Revue juridique de l'environnement, Limoges, n. special, p. 143, 2000.
- GOMES, Carla Amado. A idade da incerteza: reflexões sobre os desafios de gerenciamento do risco ambiental. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais (Coord.). São Paulo: Atlas, 2013.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos de Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.
- GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.
- GUEGÁN, Anne. L'apport du principe de precaution au droit de la responsabilité civile. Revue juridique de l'environnement, Limoges, v. especial, p. 147-178, 2000.
- HABERMAS, Jurgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Estudos Avançados, São Paulo, v. 3, n. 7, Sept./Dec. 1989.
- HANDFORD, Peter. Intentional negligence: A contradiction in terms? Sidney Law Review, v. 32. p. 29-63, 2010.

- HANNIGAN, John. *Sociologia ambiental*. Tradução de Annahid BURNETT. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- HANSEMAN, David. *Kritik des preußischen Eisenbahn-Gesetzes vom 3. Nov. 1838*. Leipzig: J.A. Mayer, 1841.
- HAZAN, Maurizio; ZORZIT, Daniela. *Il risarcimento del danno da morte*. Milão: Giuffrè Editore, 2009.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 15. ed. Tradução Márcia Sá Cavalcanti Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do Século XXI. p. 189. In DINIZ, Maria Helena (Coord. *O direito civil no século XXI*. São Paulo : Saraiva, 2003.
- HYLTON, Keith N. When should we prefer tort law to environmental regulation? *Washburn Law Journal*, [s.l.], v. 41, n. 3, p. 515-534, 2002.
- IBBETSON, D. J. *A historical introduction to the law of obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- IZZO, Umberto. *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusione (e-book)*. UNITN e-prints, 2007.
- JACOTOT, David. Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité por faute. *Revue juridique de l'environnement*, Limoges, n. spécial, p. 91-105, 2000
- JAEGER, Carlo J. et al. *Risk, uncertainty and rational action*. London: Earthscan, 2001.
- JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia: II, Kluwer, 1995.
- JONAS, Hans. *Memórias*. Madrid: Losadas, 2005.
- JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006.
- JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II (Direito das obrigações)*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KANT, Immanuel. *The moral law*. Kansas : Hutchinson University, 1985.

- KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. LXXVIII, n. 78, (SEPARATA)
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KLOEPFER, Michael. Environmental justice und geographische Umweltgerechtigkeit in deutsches Verwaltungsblatt. Köln: Heymanns, 2000.
- KLOEPFER, Michael. Environmental Justice und geographische Umweltgerechtigkeit. Deutsches Verwaltungsblatt, [s.l.], p. 750-754, 2000
- KOCH, Bernard. The “principles of European tort law”. Era Forum Review, Berlim, v. 1, Issue 1. p. 107-124, 2007.
- KÖTZ, Hein. Sozialer Wandel im Unfallrecht. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Schriftenreihe: [recensão]/Jorge Sinde Monteiro. Revista de Direito e Economia, Coimbra, A. 5, n. 1, p. 241-254, Jan.-Jun. 1979.
- KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. Rapport au premier ministre: le principe de précaution. Paris: Odile Jacob; La Documentation Française, 2000.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The positive economic theory of tort law. Georgia Law Review, Athens, v. 15, p. 815-924, 1981.
- LARENZ, Karl. Lehrbuch des schuldrechts. Zeiter band. Besondere Teil. Munique: Beck, 1977.
- LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tomo I. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1958.
- LEITÃO, João Menezes. Instrumentos de direito privado para proteção do ambiente. Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. Coimbra, v. 7, jun. 1997.
- LEITE, José Rubens Morato ; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. 2 ed. (rev. atual. ampl.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Transdisciplinaridade e a proteção jurídico ambiental em sociedades de risco: direito, ciência e participação. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. Direito ambiental contemporâneo. São Paulo: Manole, 2004.
- LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade civil por danos ambientais na sociedade de risco: um direito reflexivo frente às gerações de problemas ambientais. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coord.). Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.
- LEOPOLD, Aldo. The land ethic – a sand county almanac. New York: Oxford University Press, 1966
- LESSON, John D. Environmental law. Londres: Pitman Publishing, 1995.
- LÉVY, Jean-Philippe. Historie des obligations. Paris : Litec, 1995.
- LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do direito. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000,
- LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- LOMBORG, Bjorn. The skeptical environmentalist – measuring the real state of the world. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 105. Jan/dez 2010., p. 1223, jan./dez. 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. XLIII, n. 2, 2010.
- LOVEJOY, Arthur O. The great chain of being: a study of the history of an idea. Cambridge: Harvard University Press, 1933.
- LUHMANN, Niklas. Globalization or world society? How to conceive of modern society. International Review of Sociology March, [s.l.], v. 7, Issue 1, p. 67, 1997.

- MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. Les obligations. 6<sup>e</sup> édition. Paris: LGDJ, 2013.
- MALINVAUD, Philippe. Droit des obligations. Septième édition. Paris: Litec, 2001.
- MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. The German law of torts: a comparative treatise. 4. ed. Oregon: Hart Publishing, 2002
- MARTIN, Gilles J. Le dommage écologique. Rapport présenté au comité ad hoc droit économie sociologie du P.I.R.E.N. Nice, 1989.
- MARTINEZ. Gregorio Peces-Barba. La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho. Madrid: Dykinson, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. Revista Trimestral de Jurisprudência Estadual, Brasília, v. 93, p. 43, 1991.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 21, jan./mar., 2005.
- MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. Droit Civil, Tomo II, 1<sup>o</sup> Vol. Les obligations. Paris : Sirey, 1962.
- MATEO, Ramon Martin. Manual de derecho ambiental. Madrid: Trivium Editorial, 2005.
- MATOS, Filipe Albuquerque. BARBOSA, Mafalda Miranda. O novo estatuto jurídico dos animais. Coimbra : Gestlegal, 2017.
- MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. Tome III. Premier Volume. 6. Ed. Paris: Édition Montchrestein, 1978.
- MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDONÇA, Marta. Haverá seres humanos que não são homens? A propósito da teoria da personalidade de Singer e Horster. Revista portuguesa de bioética: cadernos de bioética, Coimbra, Ano XVIII, n. 2, p. 171-186, set. 2007
- METZ, B. DAVIDSON, O.R. BOSCH, P.R. DAVE, R. MEYER, L.A. Meyer. Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change Contribution of Working Group III to the Fourth

- Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa in Revista Española de Derecho Constitucional. Nº. 18 (Septiembre-Diciembre 1986), pp. 107-138.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- MITCHELL, Paul. A history of tort law 1900–1950. Cambridge: Cambridge University Press, 2015
- MOMMSEN, Wolfgang. Beiträge zum Obligationenrecht. Zur Lehre von dem Interesse. Braunschweig: Schwetschke, 1855.
- MONCADA, Luiz Cabral de. Filosofia do direito e do Estado: doutrina e prática. V. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1965.
- MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2003.
- MONTEIRO, Jorge F. Sinde. Estudos sobre a responsabilidade civil. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- MONTINARO, Roberta. Dubbio scientifico e responsabilità civile. Milão: Giuffrè Editore, 2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MORAES, Maria Celina. Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito Estado e Sociedade, [s.l.], v. 9, n. 29, p. 237, jul./dez. 2006
- MORENO, José Luis Serrano. Ecología y derecho. 1. Principios de derecho ambiental y ecología jurídica. 2. ed. Granada: Ecorama, 1992.
- MORGANTE, Daniela. La responsabilità per dano all’ambiente. In: FAVA, Pasquale. La responsabilità civile: trattato teorico-pratico. Milano : Giuffrè Editore, 2009.
- MORIN, Edgar. Ciência com consciência. Tradução de Maria D. Alexandre; Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

- MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direitos privados. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- NAESS, Arne. Ecology, community and lifestyle. Cambridge: The Cambridge University Press, 2003
- NASH, Roderick Frazier. The rights of nature: a history of environmental ethics. Madison: The University of Wisconsin Press, 1988.
- NEVES, A. Castanheira. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. 3 Vol. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- NEVES, António Castanheira. Lições de Introdução ao Estudo do Direito, polic., Coimbra, 1968-1969.
- NEVES, António Castanheira. Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira. In: Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NEVES, António Castanheira. Textos de Introdução ao estudo do direito. Coimbra : Coimbra Editora, 1971.
- NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: DÜRIG, Günther et al. Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos. Tradução de Waldir Alves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2011.
- NORBERG-BOHN, Vicki et al, Characterizing global environmental risks. In: Global environmental risk. Nova York: United Nations University Press, 2001.
- NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- OLIVIER, Lucas. La convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile. La semaine juridique. Edition générale, 2002, anno 76, n. 6, 6 février, p. 286-290.
- OST, François. La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement. Droit et Société, Paris, n. 30/31, p. 281-322, 1995.
- PASQUINELLI, Chiara. Le leggi dannose: percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013.

- PATTI, Salvatore. La tutela civile dell'ambiente. Padova: Cedam, 1979.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PIERSON, Christopher. Conversas com Anthony Giddens. Rio de Janeiro: FGV, 2000.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Paulo Mota. Teoria geral do direito civil. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1958.
- PINTO, Paulo Mota. Dano da Privação do Uso. In Responsabilidade Civil: Cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil. Vol. II. Coimbra : Instituto Jurídico, 2018.
- PIVA, Rui Carvalho. Bem ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PIZZOFERRATO, Alberto. Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela. Contratto e impresa, Padova, Ano XV, n. 3, p. 1053, 1999:
- PLANIOL, Marcel. Etudes sur la respnsabilité civil in Revue critique de législation et de jurisprudence, 1905.
- PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de droit civil – refondu et complete par Georges Ripert er Jean Boulanger. Tomo II, 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1952.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, I. 4. ed. São Paulo: RT, 1983.
- POZZO, Barbara. Il danno ambientale. Milão: Giuffrè Editore, 1998.
- PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982
- PRIEUR, Michel. Droit de l'environnement. 4<sup>a</sup> éd. Paris: Dalloz, 2001.
- PUFENDORF, Samuel. De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural. Libro II. Trad. María Asunción Sánchez Manzano e Salvador Rus Rufino. Madrid : Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2002.
- QUADRA-SALCEDO, Tomás. El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Madrid: Civitas, 1981.
- RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Coimbra: Arménio Amado Editor – Sucessor, 1997.
- RADÉ, Christophe. Le principe de précaution, une nouvelle étique de la responsabilité? Revue juridique de l'environnement. , Limoges, Vol. Especial, pp 75-89, 2000.



- REALE, Miguel. Constituição e o Código Civil. Migalhas, [s.l.], 22 maio 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI3080,51045-A+Constituicao+e+o+Codigo+Civil>>. Acesso em: 02 fev. 2014.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
- REALE, Miguel. O projeto do novo código civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RECANO, Paolo. La responsabilità civile da attività pericolose. Padova: Cedam, 2001
- RICOEUR , Paul. O justo ou a essência da justiça. Trad. de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- RIPERT, Georges. La règle morale dans les obligations civiles. Paris: L.G.D.J., 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. In: A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. (rev., atual. e ampl.). Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: \_\_\_\_\_ (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direitos privados. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- SASSOON, Cristina Rapisarda. Il danno ambientale: responsabilità civile, ordini di bonifica e prospettive della normativa europea. Milão: Pirola, 1996
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Le droit des obligations – Tomes I et II. Réimpression de la 2<sup>de</sup> édition de 1873. Paris: LGDJ, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum próprio. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Tradução Roberto José LUDWIG. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. Danno alla persona. In: Novissimo Digesto Italiano. Vol. V. Turim: Utet, 1960.
- Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

- SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, [s.l.], v. 52, p. 267, out.-dez. 2004.
- SELB, Walter. *Schadensbegriff und Regressmethoden*, Heidelberg : Winter, 1963.
- SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através da restauração natural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. Ano 4. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. 3. Ed. Tradução Alvaro Augusto Fernandes. Lisboa : Gradiva, 2012.
- SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive em droit de la responsabilité civile: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise em effet des normes*. Paris: Dalloz, 2011.
- SOHM, Rudolf. *The institutes of Roman Law*. Oxford: Clarendon Press, 1892.
- SOMMA, Alessandro. I diritti della personalità e il diritto generale della personalita nell'ordinamento privatistico della repubblica federale Tedesca. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, Ano L, n. 3, p. 807-835, set. 2006.
- SOMMARIVA, Gisela Bassanelli. *Lezioni di diritto privato romano III*. Dogana: Maggioli Editore, 2012.
- SPINOZA, Baruch. *Ética*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2007.
- STARCK, Christian. Human rights and private law in German constitutional development and in the jurisdiction of the Federal Constitutional Court. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne (Ed.). *Human rights in private law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2001.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental do direito brasileiro*. 2. ed. (rev., atual. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- TAYLOR, Charles. *Sources of the self: the making of the modern identity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Ensaio sobre os efeitos do princípio da precaução ao nível da Responsabilidade Civil Ambiental

- TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.
- THIBIERGE, Catherine. 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, Paris, n. 3, jui.-sept., p. 561-584
- TOMMASINI, Raffaele. La responsabilità civile nel terzo millennio. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011.
- TRIMARCHI, Pietro. Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale. In: ALPA, Guido et al. (Ed.). Analise economica del diritto privato. Milano: Giuffrè, 1998.
- TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. Revista de Derecho Privado, Bogotá, n. 18, p. 206,
- TUNC, Andre. La responsabilité civile. Paris: LGDG, 1950.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?" In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direitos privados. 3. ed. (rev. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- VAN DEN BERGH, Roger; VISSCHER, Louis. The principles of European tort law: the right path to harmonisation. In: German working paper in law and economics, [s.l.], paper 8.
- VAN OMMESLAGHE, Pierre. Droit des obligations. Tome Deuxième. Source des obligations (deuxième partie). Bruxelles: Bruylant, 2010.
- VARELA. Antunes; DE LIMA, Pires. Código civil anotado. v. I. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- VASCONCELOS. Pedro Pais de. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2006.
- VISINTINI, Giovana. Trattato breve della responsabilità civile. Terza Edizione. Padova : Cedam, 2005.
- VOCI, Pasquale. Istituzioni di diritto romano. Milão: Giuffrè, 2004
- VON BAR, Christian. The common European law of torts. Vol. 2. Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality, and defences. Oxford: Clarendon Press, 2000.
- WATSON, Allan. Studies in private Roman law. Rio Grande, Ohio: The Hambleton Press, 2008.
- WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). Digest of European tort law. V. 2: Essential cases on damage. Berlin: De Gruyter, 2011.

ZIMMERMANN, Reinhard. The law of obligation. Roman foundations of the civilian traditions.  
Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd, 1992.

ZIVIZ, Patrizia. Il danno non patrimoniale: evoluzione del sistema risarcitorio. Milano: Giuffrè  
Editore, 2011.