

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Karen Myrna Castro Mendes Teixeira**

**RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E *PUNITIVE DAMAGES***

**Belo Horizonte  
2014**

**Karen Myrna Castro Mendes Teixeira**

**RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E *PUNITIVE DAMAGES***

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves

**Belo Horizonte  
2014**

TEIXEIRA, Karen Myrna Castro Mendes.  
T266rResponsabilidade civil ambiental e punitivedamages / Karen  
Myrna Castro Mendes Teixeira. – Belo Horizonte, 2014.  
113 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Escola  
Superior Dom Helder Câmara.

Orientador: Prof.º Dr. Bruno Torquato de Oliveira Neves

Referências: f. 105 – 113

1. Responsabilidade civil. 2. Sociedade de risco. 3, Ilícito  
civil I. Neves, Bruno Torquato de Oliveira. II. Título.

349.6(043.3)

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3094

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA**

Karen Myrna Castro Mendes Teixeira

**RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E *PUNITIVE DAMAGES***

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

**Aprovado em 29/09/14**

---

**Orientador:** Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves

---

**Membro:** Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende

---

**Membro:** Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

**Nota:** \_\_\_\_\_

**Belo Horizonte  
2014**

À Camila e Heitor, filhos amados razão da  
continuidade de minha existência.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, primeiramente.

Aos meus saudosos pais Sr. Mauro de Freitas Castro e D. Maria Azevedo Castro, hoje não mais presentes, pelo amor, carinho e dedicação com que me criaram.

Aos meus irmãos Selma, Carlos, Maria Geralda, Célia, Mauro e Emerson. A certeza de que perdi grandes momentos em não estar sempre com vocês.

À Margareth Abreu Rosa, Denise Borges da Costa, Isabela Dalle Varela e Michael César Silva.

Por fim, ao meu orientador Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves pelos valorosos ensinamentos durante a elaboração deste trabalho.

*A liberdade não é um luxo dos tempos de bonança;  
é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das  
instituições.*

*Rui Barbosa*

## RESUMO

A sociedade pós-industrial trouxe profundas transformações nas relações humanas, em especial, no grau de complexidade destas diante da globalização, dos avanços científicos e tecnológicos e do aumento populacional. A mudança do paradigma social exige uma resposta do Direito quanto à garantia de direitos. A degradação ambiental resultante do desenvolvimento a todo custo do modelo econômico industrial adotado torna-se tema de relevância, diante das várias catástrofes sofridas pela humanidade. Neste cenário, a responsabilidade civil assume novos contornos fazendo-se necessária a reformulação do instituto para o impedimento da prática do ilícito civil. Questiona-se se o instituto, que guarda função eminentemente reparatória deve, também, impingir medida aflitiva a fim de que se dê resposta aos indivíduos que se vêem, não raras vezes, com seus direitos violados. Nos moldes atuais, a responsabilidade civil não mais se mostra suficiente para estancar a onda de violações e o conseqüente aumento de processos nos tribunais. Como forma para a solução da crise estampada apresenta-se a teoria norte-americana do *Punitive Damages* como mecanismo de coibição da prática do ilícito civil. No Brasil, a referida teoria denomina-se Teoria do Desestímulo e tem como objetivo a prevenção de novos ilícitos e a punição do ofensor. Diante da necessidade social, conclui-se pela possibilidade da adoção do *Punitive Damages* no Brasil, considerando, assim, uma evolução do instituto da responsabilidade civil, que deverá ser adequado de acordo com o estabelecimento de critérios rigorosos, de cunho objetivo, tais como: a gravidade da conduta, o objetivo de lucro, a condição econômica do ofensor bem como a prática reincidente da conduta lesiva, sobretudo, na proteção ambiental. Tudo isto em resposta aos valores e necessidades sociais.

Palavras-chave: Sociedade de risco. Responsabilidade civil. Ilícito civil. *Punitive Damages*.



## ABSTRACT

The post- industrial society has brought about profound transformations in human relations, in particular, the degree of complexity of these to globalization, scientific and technological advances and population increase. The changing social paradigm requires a response from the law as the guarantee of rights. Environmental degradation resulting from development at all costs the industrial economic model adopted becomes relevant issues in front of various disasters suffered by humanity. In this scenario, the liability takes on new proportions making it necessary to recast the Institute for preventing the practice of tort. It is conjectured that the institute, which keeps eminently remedial function must also enforce distressing extent to which it responds to individuals who find themselves, often with their rights violated. In current form, the liability no longer shows enough to stem the tide of violations and the consequent increase in court cases. As a way to resolve the crisis stamped presents the American theory of Punive Damages as a mechanism of restraint of the practice of tort. In Brazil, this theory called Theory of discouragement and aims to prevent new offenses and the punishment of the offender. Given the social need, it is concluded by the possibility of the adoption of Punitive Damages in Brazil, thus considering an evolution of the institution of civil responsibility, which should be adequate according to the establishment of strict criteria of objective nature, such as: the severity of the conduct , the purpose of profit, the economic condition of the offender and the recidivist practice of conduct injurious, especially in environmental protection. All this in response to social values and needs.

Keywords: Risk society. Liability. Tort. Punitive Damages.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 O CULTURALISMO JURÍDICO DE MIGUEL REALE</b> .....	12
<b>3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CIVIL</b> .....	25
<b>3.1 A teoria da culpa</b> .....	28
<b>3.2 A teoria do risco</b> .....	31
<b>3.3 Excludentes da responsabilidade civil</b> .....	36
<b>4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AMBIENTAL</b> .....	39
<b>4.1 Os pressupostos da responsabilidade civil ambiental</b> .....	40
<b>4.2 Os princípios da responsabilidade ambiental</b> .....	47
4.2.1 <i>O princípio da precaução</i> .....	50
4.2.2 <i>O princípio da prevenção</i> .....	53
4.2.3 <i>O princípio do usuário-pagador</i> .....	57
4.2.4 <i>O princípio da reparação integral</i> .....	59
4.2.5 <i>O princípio da dignidade da pessoa humana</i> .....	63
4.2.6 <i>O princípio da solidariedade</i> .....	65
<b>5 A TEORIA DO PUNITIVE DAMAGES</b> .....	68
<b>5.1 Os sistemas do Direito</b> .....	68
5.1.1 <i>Common Law</i> .....	68
5.1.2 <i>Civil Law</i> .....	71
<b>5.2 A formação e origem do punitive damages</b> .....	73
<b>5.3 O punitive damages no Direito Norte-Americano</b> .....	75
<b>6 O PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL</b> .....	80
<b>6.1 A sociedade de risco como consequência da globalização</b> .....	80
<b>6.2 A crise da responsabilidade civil no Brasil</b> .....	84
<b>6.3 A teoria do desestímulo</b> .....	87
<b>6.4 A questão da punição do ilícito civil sob a ótica do Direito Penal</b> .....	93
6.4.1 <i>A intervenção do Direito Penal nas novas áreas até então reservadas ao Direito Civil e Direito Administrativo</i> .....	94
6.4.2 <i>O Direito Penal face à sociedade de risco</i> .....	96
6.4.3 <i>O bem jurídico penal e os novos riscos</i> .....	99
6.4.4 <i>O dano ambiental da sociedade de risco</i> .....	100
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	103
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	105

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade pós-industrial que se formou diante do fenômeno da globalização e dos avanços científicos e tecnológicos almeja por uma nova ordem jurídica que tenha por propósito conferir a resposta necessária ao novo modelo de vida adotado pelo ser humano. Ainda, acrescenta-se, neste contexto, o aumento populacional, a cultura globalizada e a disseminação do capitalismo, como fatores que vieram a modificar substancialmente o processo de produção e as relações entre os indivíduos. Surge uma nova sociedade denominada sociedade do risco.

A relevância dos bens jurídicos tutelados associados ao novo modelo social exige mais do que a simples reparação dos danos efetivamente causados, mas, sobretudo, exige a prevenção dos riscos de dano a esses bens. Assim, a proteção ao meio ambiente assume matizes diversos no campo de atuação ou incidência do Direito Ambiental.

A notoriedade da degradação ambiental, tendo em vista as catástrofes naturais que vêm ocorrendo, mostra a urgência e seriedade com que as questões relativas à proteção ambiental devem ser tratadas. O desmatamento de florestas, a contaminação das águas, a poluição do ar atmosférico e a devastação das reservas biológicas têm acarretado o sofrimento da humanidade; em especial, pelo aumento da temperatura, pela desertificação do solo e pelo esgotamento dos recursos naturais, dentre outros fenômenos que chamam a atenção para a necessidade da mudança do comportamento social.

Diante desse cenário, a responsabilidade civil assume papel de destaque, notadamente, no âmbito da prevenção e reparação aos danos de égide ambiental, merecendo da doutrina e da jurisprudência um debruçar cauteloso sim, mas, antes de tudo urgente, na sua adequação à nova realidade social.

Cumprir trazer para o Direito Privado o desestímulo da prática da conduta que venha a acarretar dano ao meio ambiente. O condicionamento da responsabilidade civil às funções reparatória e compensatória já se mostra ineficiente para evitar que seja vantajosa economicamente a lesão a interesse de outrem. Tal condicionamento soa a comodismo da comunidade jurídica que padece do esquecimento da Teoria Tridimensional de Miguel Reale: fato, valor e norma. É o valor atribuído ao fato que dá sentido à norma.

Não se pode ignorar o desenvolvimento social, bem como as conseqüências advindas deste, sob a justificativa de não se poder abalar as estruturas fundantes dos institutos jurídicos. Ao revés, o Direito deve amoldar-se à sociedade a que regula, satisfazendo as suas necessidades, cumprindo assim com sua função de instrumento de pacificação social.

Por tais razões, a pesquisa propõe proceder a um estudo relacionado à possibilidade de aplicação da teoria anglo-saxônica do *punitive damages* e seu cabimento no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, na seara do Direito Ambiental, a partir da análise dos sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law*, e de sua incidência na responsabilidade civil ambiental, e da punição do ilícito civil face à sociedade de risco; trazendo, inclusive, uma breve análise dessa sociedade sob a perspectiva do Direito Penal.

A problematização se torna mais evidente na medida em que, hodiernamente, a função precipuamente reparatória da responsabilidade civil não consegue de forma eficiente proteger o meio ambiente, e, por conseguinte, acaba por beneficiar economicamente o ofensor. Ressalta-se o surgimento do dano eficiente onde a prática da conduta lesiva se revela vantajosa para o ofensor. A análise proposta tem-se como fundamental diante da difícil reversibilidade e/ou reparação do dano ambiental e do contexto exposto sobre a ineficiência da responsabilidade civil ambiental na proteção do meio ambiente.

A vertente teórico-metodológica empregada é a jurídico-teórica, pois buscará na sistematização das fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legais viabilizar o estudo do debate envolvendo a responsabilidade civil no Brasil e a função punitiva. Assim, tem-se como referencial teórico, para a formulação das linhas gerais do problema exposto a construção doutrinária desenvolvida por Maria Celina Bodin de Moraes e Ulrich Beck.

Para tanto, este trabalho é desenvolvido em sete Capítulos. No segundo, tratar-se-á do Culturalismo de Miguel Reale e a tridimensionalidade do Direito. O terceiro Capítulo trará a responsabilidade no Direito Civil a partir das teorias da culpa e do risco e da análise das excludentes de responsabilidade. No quarto Capítulo abordar-se-á a responsabilidade civil no Direito Ambiental, segundo seus pressupostos e princípios específicos, quais sejam: precaução, prevenção, poluidor-pagador, reparação integral, dignidade da pessoa humana e solidariedade. No quinto Capítulo busca-se discorrer sobre a teoria do *punitive damages*, perpassando sobre os sistemas jurídicos do Direito, sua formação e aplicação no Direito anglo-saxônico. Por fim, no sexto Capítulo, abordar-se-á a sociedade de risco, a crise da responsabilidade civil no Brasil, a teoria do desestímulo e a questão da punição do ilícito civil sob a ótica do Direito Penal.

Contudo, não se busca, no presente estudo, a solução para a questão que envolve a aplicação do *punitive damages* no ordenamento pátrio, seria tarefa por demais aguerrida para esta dissertação. O que se pretende é trazer à discussão uma singela contribuição que propõe um novo olhar sobre os paradigmas em que se assenta a responsabilidade civil nas questões relacionadas ao meio ambiente.

## 2 O CULTURALISMO JURÍDICO DE MIGUEL REALE

Para definir o culturalismo realeano é necessário, primeiramente, expor os aspectos marcantes do estudo realizado pelo jusfilósofo Miguel Reale, uma vez que essencial à compreensão da tridimensionalidade do Direito.

Importa destacar, em convergência ao estudo realeano, o culturalismo de Gustav Radbruch que incutiu no debate neokantiano a proeminência dos valores nas questões pertinentes ao Direito. Traçou as bases da tricotomia hoje conhecida (fato, valor e norma) ao conceber o Direito como fato cultural “relativo a valor”. Daí a tridimensionalidade genérica e abstrata do Direito.

Ainda, de igual modo, salienta-se a divergência entre a teoria Ecológica do Direito do, também, culturalista Carlos Cossio e o tridimensionalismo jurídico concreto de Miguel Reale.

Para Miguel Reale (2014, p. 01) o Direito é lei e ordem, cujo objetivo é conduzir a sociedade através de um conjunto de regras obrigatórias. Expõe que lei, conforme sua etimologia refere-se à ligação ou liame. Já a ordem, em razão do Direito não se tratar apenas de regra ou comando, significa que a sociedade deve possuir uma convivência ordenada.

Neste aspecto conceitual, observa o jusfilósofo que, é função da Filosofia do Direito apresentar a definição de Direito:

A definição do Direito só pode ser obra da Filosofia do Direito. A nenhuma Ciência Jurídica particular é dado definir o Direito, pois é evidente que a espécie não pode abranger o gênero. Não se equivoquem pelo fato de encontrarem uma definição de Direito no início de um tratado, ou compêndio de Direito Civil. Antes de entrar propriamente no estudo de sua disciplina, o civilista é obrigado a dar algumas noções que são os pressupostos de sua pesquisa, como é o caso do conceito do Direito, que é um problema de ordem filosófica, representando mesmo uma das tarefas primordiais de caráter lógico que cabe ao filósofo do Direito resolver (REALE, 2014, p.15).

A partir da máxima “*ubi societas, ibi jus*” (onde está a sociedade, está o direito) conclui-se que o Direito é um fato ou fenômeno social, asserção esta exposta por Miguel Reale (2014, p. 02): “O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social, não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Desta forma, uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social”.

Gustav Radbruch (1974, p.32) aduz que Direito se resume em regras gerais e positivas sobre a vida social e, entende que o Direito é um fenômeno cultural, o qual é relativo a valor. Extrai-se, portanto, uma relação genérica entre os conceitos cultura e valor.

Do acima exposto, nas palavras de Gustav Radbruch (1974, P. 32): “O Direito é fenômeno cultural e o conceito de Direito é um conceito cultural. Ora, conceitos culturais não são axiológicos nem puramente ontológicos. São “relativos a valor”.

Nota-se que foi mérito da Escola neokantiana de Baden, a qual Gustav Radbruch simpatizava, a percepção de que nos postulados positivistas de Immanuel Kant brotava o conceito do Direito como fato cultural bem como a valoração de seus elementos. Conceitos estes ignorados pelos estudiosos da época ou estudados de forma isolada (REALE, 2001, p. 70).

Reverdecendo a relevância da percepção da Escola de Baden acima aduzida, registra Miguel Reale:

Apesar de sua deficiência, representou um grande passo a idéia dos neokantianos de interpor, entre realidade e valor, um elemento de conexão: a cultura, significando o complexo das realidades valiosas, ou, como esclarece Radbruch, “referidas a valores” (REALE, 2001, p. 70).

Newton de Oliveira Lima ressalta a mudança de paradigmas, através do Iluminismo, do pensar filosófico:

Assim, emerge com o Iluminismo um fazer filosófico voltado para a liberdade existencial e gnoseológica, postura que se prolongou até a época presente. De Immanuel Kant a Radbruch o longo caminho em busca da liberdade volta-se ao movimento contínuo de auto-afirmação da liberdade contra o arbítrio, quer seja este de ordem econômica, política, religiosa, cultural etc. O ideal modernista de libertação pela razão e pela consciência na formação de uma subjetividade livre e auto-determinante deve ser mantido como meta a ser atingida na vivência da Cultura, e colocar-se em combate contra a irracionalidade crescente da pós-modernidade, mas uni-lo a uma clara edificação axiológica pautada em valores objetivos e à existência humana concreta, bem como à filosofia social crítica é meta que uma jusfilosofia crítica e axiológica deve perseguir (LIMA, 2009, p. 30).

Em uma sociedade percebe-se a existência de homens e coisas, cuja coexistência resulta em relações que, segundo a ótica realeana, “podem ocorrer em razão de pessoas ou em função de coisas” (REALE, 2014, p. 23). São duas as espécies de realidade estudadas por Miguel Reale: a realidade natural e a realidade cultural, humana ou histórica.

Sobre este aspecto, dispõe Miguel Reale:

Vejamos se se pode falar em “natureza das coisas” ao nos referirmos às leis que explicam o mundo físico, ou seja o mundo do “dado”, ou as leis morais e jurídicas, que são as mais importantes dentre as que compreendem o mundo da cultura e da conduta humana, do “construído” (REALE, 2014, p. 24-25).

Em atenção à Filosofia do Direito, o pensamento radbruchiano também admite a existência de duas vertentes: a natureza humana e a natureza das coisas. Gustav Radbruch (1974, p. 20) entende que a natureza humana é fundante do Direito e, a natureza das coisas como a “matéria prima” para a materialização do Direito.

Sobre a natureza das coisas, tida como fator variável da Filosofia do Direito, ao contrário da natureza humana concebida por Gustav Radbruch como constante, o jusfilósofo salienta:

A natureza das coisas revela-se decisiva, em primeiro lugar, como possibilidade de converter uma idéia jurídica em realidade. Neste sentido, a natureza das coisas significa a resistência que a realidade bruta do mundo opõe às idéias jurídicas mais ou menos incômodas e sua concretização (*ratione temporum habita*) (RADBRUCH, 1974, p. 22).

Já quanto à definição de cultura, em sua acepção específica, esta compreende tudo aquilo que o homem constrói sendo a natureza sua base. Conforme idealismo realeano “O termo cultura designa, portanto, um gênero, do qual a civilização é uma espécie” (REALE, 2014, p. 27).

Sobre as leis culturais, estas imbuídas de valores, em face das leis físico-matemáticas, tidas como expressão neutra do fato, perfilha Miguel Reale:

As relações que unem, entre si, os elementos de um fenômeno natural desenvolvem-se segundo o princípio da causalidade ou exprimem meras referências funcionais, cegas para os valores. As relações que se estabelecem entre os homens, ao contrário, envolvem juízos de valor, implicando uma adequação de meios a fins. Recapitulando, podemos dizer que, ao contrário das leis físico-matemáticas, as leis culturais caracterizam-se por sua referibilidade a valores, ou, mais especificamente, por adequarem meios a fins. Daí sua natureza axiológica ou teleológica, não sendo demais lembrar que a Axiologia significa “teoria dos valores”; e Teleologia, “teoria dos fins” (REALE, 2014, 28-29).

Em atenção ao pensamento realeano, Humberto Schubert Coelho expõe sobre a definição de cultura:

O conhecimento, para Reale, pressupõe um jogo ontognoseológico em que as estruturas cognitivas prévias do sujeito se adaptam de maneira dinâmica à estrutura ôntica do objeto. Trata-se, portanto, de uma intermediação dialética cujo resultado é a experiência, esta sempre móvel e passível de revisão. Consecutivamente o sujeito entra também em processo dialético intersubjetivo, no qual afere com e diante de seus pares os termos segundo os quais a coletividade reconhece tal experiência. A esta segunda etapa do processo cognoscitivo Reale denomina cultura (COELHO, 2013).

Esclarece, ainda, conforme Antônio Paim (1995, p. 56), que a corrente filosófica denominada culturalismo emergiu a partir do momento em que foi atribuído aspecto de singularidade ao conceito de cultura; corrente esta a que se filia, conforme já exposto, Miguel Reale, Gustav Radbruch e Carlos Cossio, entre outros jusfilósofos.

Neste aspecto, sob uma ótica culturalista expõe Carlos Cossio:

La ciencia, en cuanto creación libre de la cultura, es inseparable de una apreciación filosófica. La ciencia no está separada de la vida de la propia ciencia; antes, por el contrario sólo es una realización de aquella vida [...]1 (COSSIO, 1954, p. 28).

Nesse sentido, faz-se necessário pontuar a ética realeana, uma vez que as leis culturais envolvem, em uma situação de tomada de decisões, a valoração do comportamento humano. Assim, as normas éticas apresentam em seu bojo um juízo de valor. Para Miguel Reale, “toda norma ética exprime um juízo de valor” (REALE, 2014, p. 35).

Segundo José Mauricio de Carvalho (2013), em seu estudo sobre o culturalismo ético de Miguel Reale e, em consonância à conclusão acima aduzida, tudo isso “significa que a ética culturalista está ao lado de uma ontologia que pretende desvendar o ser do homem”.

Os valores nada mais são que um guia para a vida singular bem como para a vida no espaço cultural, sendo a ética uma de suas vertentes.

Quanto à ética, norteadora do dever ser da ação humana, conforme entende José Jairo Gomes:

Ética é a ciência que discute e problematiza o comportamento humano, analisando o que se deve entender num determinado tempo e lugar por justo e injusto, bem e mal, certo e errado; suas proposições descrevem o dever ser da ação humana, apontando os valores fundamentais e os princípios norteadores dos comportamentos nos níveis individual e social; ademais discute e procura dar resposta a perguntas do tipo: O que fazer numa dada situação? Porque agir desta e não de outra maneira? (GOMES, 2005, p. 26).

Ainda, sobre a caracterização valor ante a ótica da teoria dos objetos realeana, enfatiza-se que: “Os valores pertencem, portanto, a um tipo especial de objeto da consciência, os culturais. O que caracteriza os valores é que eles são enquanto devem ser, isto é, possuem uma forma de existência singular e diferente dos objetos naturais e ideais” (CARVALHO, 2013).

---

1 A ciência, como livre criação de cultura, é inseparável de uma apreciação filosófica. A ciência não está separada da própria ciência da vida; antes, em vez disso, é apenas uma variante da presente vida [...] (COSSIO, 1954, p. 28).



Segundo idealismo radbruchiano, “Toda idéia de valor é definida *para* determinada matéria, e por isso, *por* ela determinada. A idéia de justiça, por exemplo, é referida ao convívio e revela, em sua essência, de forma evidente, as normas de convivência” (RADBRUCH, 1974, p. 22).

Expressa Gustav Radbruch (1974, p. 23): “A pauta axiológica do Direito Positivo, meta do legislador, é a Justiça, um valor absoluto, como a Verdade, o Bem e o Belo; um valor que repousa em si mesmo e não depende de nenhum outro”.

Ante o prisma valorativo em voga nas discursões culturalistas, Miguel Reale aponta a “teoria do mínimo ético”, tecida pelo filósofo Jeremias Bentham, na qual “o mínimo ético consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver” (REALE, 2014, p. 42).

Segundo José Mauricio de Carvalho (2013) valor, para Miguel Reale, resume-se em ética. Mas adverte, nem todo valor possui natureza ética. Por meio desta nova perspectiva o valor recebeu outro enfoque, de forma que resultou em uma nova teoria dos valores. Assim, conclui:

O estudo dos valores é matéria da *Axiologia*, mas depende das condições do conhecimento. Ao conhecer o homem emprega o pensamento crítico e ele depende dos valores, como dissemos acima. É esta razão pela qual a questão dos valores remete as questões ontognoseológicas (CARVALHO, 2013).

O pensamento realeano perpassa pela pragmática do Direito e da Moral, sendo a Moral conduta positiva, em consonância com a norma, cumprida pelo indivíduo de forma espontânea, e o Direito concebido como um fato social (REALE, 2014, p. 44).

Sobre a norma, “é a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor” (REALE, 2001, p. 125).

Pode-se dizer que, a norma traduz o que “deve ser” e, segundo o culturalismo realeano, este “deve ser” é extraído de um comportamento reconhecido como valor pela sociedade.

Das perspectivas do valor, atribuem-se uma transcendental e outra positiva ou empírica. A primeira trata-se “de condição transcendental da história do Direito”, ou seja, é um processo existencial do justo; e, a segunda, “se atualiza como valoração efetiva”, determinando comportamentos futuros através de “soluções pragmático-normativas”

(REALE, 2001, p. 13). O pensamento de Gustav Radbruch, ao apontar a teoria dos bens morais, vai de encontro às perspectivas apontadas por Miguel Reale.

Os fins e valores supremos do Direito variam não só em função das circunstâncias sociais de cada povo e de cada época, como também, subjetivamente em função de cada pessoa, do sentimento jurídico, da concepção do Estado, posição partidária, religião e visão de mundo. As decisões precisam ser tomadas pelas pessoas em consciência, a partir da interioridade de cada uma (RADBRUCH, 1974, p. 27).

Sílvia Firmino do Nascimento (2009, p. 04) ressalta que Miguel Reale defende a tridimensionalidade do Direito ao pontuar o valor como elemento de mediação entre o fato e a norma. Aduz, ainda, que é o valor o elemento essencial para ultimar a bidimensionalidade (fato e norma) do Direito.

A crítica que Miguel Reale faz a Immanuel Kant e a sua noção dualística do Direito perpassa sobre a separação entre o que denomina “mundo da natureza” e “mundo da liberdade” ou, em outra terminologia, “mundo da ciência” e “mundo da ética”.

Para Miguel Reale (2001, p. 69), “Kant trancou a possibilidade de ver a história como uma outra forma teórica de experiência [...]”. Ante a perspectiva realeana as ciências do espírito são de extrema importância uma vez que, no tocante à dialética da complementariedade, traz a lume um relevante elemento: o valor.

Miguel Reale, neste aspecto e em atenção ao processo histórico, define a dialética da complementariedade como aquela que:

Compreende o processo histórico, não como uma sucessão de sínteses, que se imbricam através de novas teses e antíteses, mas sim como um processo sempre aberto, no qual os fatores opostos se implicam e se complementam, sem jamais se reduzirem um ao outro, ao contrário do que ocorre na dialética hegeliano-marxista (REALE, 2014, p. 90-91).

O liame há muito incompreendido pelos jusfilósofos, para alcançar a concretude da teoria tridimensional, se tratava do entendimento do fato sob seu ponto de vista valorativo, ou seja, a concepção substancialista da pessoa.

Sobre a concretude da teoria tridimensional do Direito, aduz Miguel Reale (2001, p. 136): “Nem Kant, nem Hegel, digamos assim, nos satisfazem, mas é mister partir deles para superá-los, a fim de tentar responder ao nosso problema, ao mais angustiante de todos os problemas, que é o do homem e o da comunidade [...]”.

Sobre a importância do fator valorativo para a completa compreensão do Direito como fato e norma, expõe Miguel Reale (2014, p. 26) “se suprimirmos a ideia de valor, perderemos a substância da própria existência humana”.

Então, o Direito pode ser definido como sendo “a ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum” (REALE, 2014, p. 59). Notadamente, na definição citada, tem-se “relações sociais” em reverência à realidade cultural e, o “bem comum” como determinante essencial do juízo de valor.

Assim sendo, pode-se ter o bem comum como “[...] o bem da comunidade de pessoas, na harmonia de “valores de convivência”, distintos e complementares, em um processo histórico que tem como fulcro a pessoa, valor-fonte de todos os valores” (REALE, 2001, p. 137).

Das acepções pontuadas: direito como fato, a ética como uma das espécies de valor e a conduta ordenada pela norma jurídica, Miguel Reale demonstra a tridimensionalidade do Direito:

Nas últimas décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, de ordem técnica, etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra uma daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; [...] (REALE, 2014, p. 65).

Para o jusfilósofo, o fato, o valor e a norma “coexistem em uma unidade concreta” (REALE, 2014, p. 65-66), e, continua: “fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente” (REALE, 2014, p. 65-66). Isto posto, pela dialética da complementariedade, completa sua noção inicial de Direito:

Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de uma forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores (REALE, 2014, p. 67).

Importante ressaltar que a teoria tridimensional do Direito surgiu das ideias iniciais de vários autores, como Icilio Vanni, Giorgio Del Vecchio, Adolfo Ravá, entre outros, que adotavam de forma didática e separadamente a “estrutura factual, axiológica e normativa” do Direito; ainda, a título de exemplo, o “normativismo” de Kelsen e o “factualismo” de

Olivecrona ou Pontes de Miranda também influenciaram a teoria realeana (REALE, 2001, p. 92).

Segundo Miguel Reale a conclusão da teoria tridimensional do Direito foi uma intuição da juventude, chamou-lhe atenção o fato de que os jusfilósofos coincidiam a divisão de seus estudos em fenômenos jurídicos, normas jurídicas e valores; porém, sempre pontuando os elementos conforme influência normativista de Kelsen (REALE, 2001, p. 92), perspectiva esta que os impedia de voltar seus estudos sob a ótica valorativa em que o Direito merece e deve ser estudado.

Afirma José Maurício de Carvalho (2013) em reverência à tridimensionalidade concebida por Miguel Reale em face das teorias preexistentes: “Pode-se nele identificar três setores e não apenas dois como acreditaram os empiristas e lógicos modernos”.

Miguel Reale adverte, ainda, sobre a tridimensionalidade, a qual, só é passível de referência quando analisadas a natureza de seus elementos (fato, valor e norma), daí seu mérito na compreensão da tridimensionalidade do Direito através de um estudo pautado na ênfase da natureza e não, apenas, da existência de tais elementos.

Pelo exposto, explicita o jusfilósofo:

Poder-se-ia dizer que o tridimensionalismo já existia, mas em plenitude de sua acepção verbal, o que demonstra como, às vezes por força da inércia, o sentido das palavras ou da forma linguística adequada tarda a revelar-se.

O tridimensionalismo já existia, em suma, em substância, mas não ainda em sua própria veste verbal. Esta veio se tornando explícita e nítida à medida que foi se revelando mais claramente minha compreensão do valor como um objeto autônomo, irreduzível aos objetos ideais, como os lógicos e os matemáticos, ou seja, como entidades do mundo do “dever-ser” e não do “ser”; e posteriormente, pela compreensão da dialética de complementariedade que correlaciona fato, valor e norma (REALE, 2001, p. 91).

O amadurecimento da estrutura tridimensional do Direito, portanto, só se efetivou a partir do momento em que Miguel Reale constatou a necessidade – por insuficiência das ideias preexistentes – da compreensão ontogneseológica da essência constitutiva da experiência jurídica bem como, além da relação existente entre os elementos, a sua dialetização: “Há uma dinamicidade integrante e convergente entre esses três fatores, de tal maneira que temos três ordens de dialética conforme o seu sentido dominante no processo [...]” (REALE, 2001, p. 119).

Nas palavras de Humberto Shubert Coelho, apenas um olhar filosófico é capaz de captar a essência acima referida:

Em um estágio avançado da cultura, o estado civilizado, a lei e a ética já estão institucionalizadas e guarnecidas como patrimônio maior dos povos, emanados da tradição em seus vários aspectos, o que faz delas necessariamente um substrato da experiência social e humana ao longo dos milênios. Mas coincidentemente este mesmo momento vê surgirem as primeiras críticas sobre a validade e objetividade do saber e dos valores humanos. Se antes a força impunha um interesse contrário às tentativas de se instituir normas mais ou menos invariáveis, agora são os filósofos, a fina flor da cultura, que voltam as armas do pensamento sobre seus próprios fundamentos (COELHO, 2013).

A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale abriu as portas do mundo jurídico para uma interpretação mais autêntica das relações entre homens e entre coisas, ditas relações jurídicas. A dialética da complementariedade dos elementos fato, valor e norma trouxe a mutação dos significados dos modelos jurídicos e se aplica em todas as áreas do Direito.

A exemplo disso, Belmiro Pedro Marx Welter discorre sobre a teoria tridimensional no Direito de Família, atribuindo ao afeto natureza valorativa diante do fato social e da norma:

O texto do direito de família não deve ser compreendido exclusivamente pela normatização genética, mas também pelos mundos (des)afetivo e ontológico, que são imprescindíveis à saúde física, mental, à inteligência, à educação, à estabilidade econômica, social, material, cultural, à dignidade e à condição humana, não bastando tão só a procriação, a origem genética, como também a ancestralidade afetiva, a recreação, a paz, a felicidade, a solidariedade familiar e o respeito ao modo de ser de cada ser humano (WELTER, 2012, p. 138).

Nesse sentido, percebe-se que a extensiva aplicabilidade, nas várias áreas do Direito, da teoria tridimensional se pauta em um estudo profundo da natureza do fato e da norma sob uma perspectiva valorativa.

Deve-se observar o Direito como “uma dimensão da vida humana” (REALE, 2001, p. 123), sendo o mundo jurídico “formado de contínuas ‘intenções de valor’ que incidem sobre uma ‘base de fato’, refragando-se em várias proposições ou direções normativas [...]” (REALE, 2001, p. 124).

Embora o jusfilósofo Gustav Radbruch não tenha alcançado a concretude da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, ainda assim, o perfil genérico e abstrato de seu estudo sobre os elementos tricotômicos (fato, valor e norma), captou a relação entre o valor e a responsabilidade. Isto ao perpassar sobre a distinção entre Direito e Moral apresentada por Thomasius e entre Justiça e Ética demonstrada por Kant.

Segundo Gustav Radbruch, o Direito organiza as relações entre pessoas e, “por isso, os deveres jurídicos são sempre deveres de um sujeito de direito em relação a outro” (RADBRUCH, 1974, p. 36). Já a Moral, se restringe ao indivíduo considerado, desta forma é

um dever não exigível; ao contrário do dever jurídico que o jusfilósofo identifica como obrigação. Daí a exterioridade do Direito e a interioridade da Moral.

Nas palavras de Gustav Radbruch (1974, p. 36): “A todo dever jurídico corresponde um direito subjetivo; só existe dever jurídico porque alguém é titular de alguma faculdade de ação”.

Outra conclusão significativa advinda do pensamento radbrhuchiano é que o Direito se justifica para fins morais, ou seja, o Direito busca consonância com os deveres da consciência, deveres estes reconhecidos pela sociedade como valor.

Gustav Radbruch descreve a importância dos costumes, vez que contribuem para a constituição dos valores dentro da sociedade:

A determinação do conceito de costume é necessária por dupla razão: a primeira, porque o Direito faz referência inúmeras vezes, a “bons costumes” e “usos e costumes do lugar”; além disso, porque sem tais referências, não emergiriam do costume consequências jurídicas, da mesma forma como, da cortesia internacional não decorrem obrigações para os povos (RADBRUCH, 1974, p. 38).

Sendo os valores pela sociedade reconhecidos e o Direito proeminente da criação humana (fato social) para ordenar a sociedade com fins morais, é possível aduzir, através do culturalismo radbruchiano, que ao criar normas jurídicas impondo deveres e obrigações, cria-se a associação entre os conceitos de valor e responsabilidade.

A responsabilidade passa a ser atribuída pelo Direito que, por sua vez, está associado ao conceito de valor. Logo, valor e responsabilidade se correlacionam e estão ligados pela cultura daquela sociedade.

Carlos Cossio, adepto à tridimensionalidade genérica e abstrata de Gustav Radbruch e, influenciado pela fenomenologia de Husserl e existencialismo de Heidegger (DALTRO; FIGUEIREDO, 2012, p. 06) aponta, ainda, em seu estudo denominado teoria Ecológica do Direito, a conduta como elemento de compreensão do Direito.

Segundo Flávio França Daltro e Roberto Lima Figueiredo (2012, p. 07): “Para a Ecológica, não se interpreta a norma (visão muito comum à concepção de mundo da época), mas sim a conduta humana pela norma”.

Entende-se, de acordo com a teoria cossiana, que a conduta humana deve ser vista segundo o ângulo da interferência subjetiva. Para tanto, conforme Flávio França Daltro e Roberto Lima Figueiredo (2012, p. 07-08), a interferência subjetiva representa a conduta humana compartilhada.

Miguel Reale discorda expressamente da teoria Egológica cossiana, atribuindo à inserção da conduta, quanto elemento tricotômico, um equívoco (REALE, 2014, p. 215).

Sob a ótica realeana, a conduta não basta para justificar a unidade do Direito, a qual entende ser tridimensional (fato, valor e norma), vez que a conduta não se trata, essencialmente, de uma unidade dialética e histórica (REALE, 2001, p. 57).

Carlos Cossio determina conduta como aquela orientada para o “bem” e, assim sendo, entende Miguel Reale que a conduta, nesta perspectiva do “bem”, se iguala a valor. Desta forma, conclui o pensamento realeano, que a teoria Egológica, ao apontar a conduta como um elemento, não deve prosperar; vez que ainda assim, o elemento tricotômico, essencialmente, apresentar-se-ia como valor.

Sobre a teoria Egológica, Miguel Reale dispõe que:

Para Cossio é a conduta como tal que tem três dimensões. Parece-lhe “misterioso” falar-se em três dimensões sem se admitir algo a que elas se refiram, o que demonstra que o termo “dimensão” é empregado por ele em sentido geométrico-espacial, e não em sentido filosófico, a indicar distintas expressões ou momentos da experiência jurídica, cuja realidade é dialética ou de processo. A rigor, para falar-se em “conduta” em interferência intersubjetiva, já é mister reconhecer que a conduta jurídica é, essencialmente, “fático-axiológico-normativa”, o que exclui se possa concebê-lo *ab extra* como se fora objeto físico dotado de dimensões de ordem espacial (REALE, 2001, p. 41)

A concretude atribuída à teoria realeana se revela, em resumo, pela presença das afirmações: “tridimensionalidade como requisito essencial do Direito” e “concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementariedade”, requisitos estes que Miguel Reale considera ausentes na teoria Egológica de Carlos Cossio (REALE, 2001, p. 57).

Desta feita, Miguel Reale aborda:

Que o direito seja uma realidade social e que essa realidade tenha na conduta humana a sua fonte constitutiva, eis aí uma verdade que não nos deve fazer olvidar a necessidade de perquirir a consistência da conduta em geral e da conduta jurídica em particular, sem se perder de vista, outrossim, que a “experiência jurídica” não se resolve em um fenômeno de conduta, visto como esta determina, através do tempo, “objetivações espirituais”, que adquirem como que vida própria, condicionando as sucessivas formas de comportamento social. O problema da conduta é, sem dúvida, primordial, pois tudo o que se contém na experiência jurídica a ela pode e deve se remontar, direta ou indiretamente, como à sua fonte criadora ou desveladora, é certo, mas seria grave erro esquecer que qualquer humano encontra, como seu suporte e condicionamento, algo já historicamente objetivado por obra do espírito, como conduta, por assim dizer, institucionalizada (REALE, 2001, p. 76).

Entre convergências e divergências filosóficas, tem-se o direito como uma realidade trivalente ou, nas palavras de Miguel Reale (2001, p. 119) “Direito, repito, é uma integração normativa de fatos segundo valores”.

A sociedade apresenta-se como um organismo vivo. A cada instante, surgem novos fatos, sejam estes sociais, políticos, econômicos ou religiosos congregando novos valores. Valores estes que transformam a realidade social exigindo, por consequência, a transformação do Direito. Daí, a sempre atual teoria tridimensional de Miguel Reale.

As transformações sociais ocorridas diante dos fenômenos da industrialização e globalização são inquestionáveis. As catástrofes sofridas e a consciência do resultado de um desenvolvimento desenfreado e a todo custo que resultaram na degradação e escassez dos recursos naturais trouxeram uma nova realidade social e, com ela uma nova sociedade, denominada sociedade de risco. Exige-se, dessa forma, um “novo Direito” que seja capaz de conferir à sociedade a proteção dos bens que lhe são valiosos.

De forma inquestionável tem-se como “caro” o bem ambiental, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988), assim expressamente conceituado pela Constituição brasileira. Desse modo, o Direito cuidou de estabelecer normas jurídicas impondo deveres e obrigações, segundo os conceitos de valor e responsabilidade, incumbiu, dessa maneira, ao Poder Público e à toda coletividade o dever de preservar e proteger o meio ambiente.

O Direito é um fenômeno cultural o qual é relativo a valor. Tem-se que as leis culturais envolvem em uma tomada de decisões a valoração do comportamento humano e a norma é a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor.

Assim, o Direito tem como função organizar as relações entre pessoas e por isso os deveres jurídicos são sempre deveres de um sujeito de direito em relação a outro. A todo dever jurídico corresponde um direito subjetivo, ou seja, só existe dever jurídico porque alguém é titular de alguma faculdade de ação.

Ao criar normas jurídicas impondo deveres e obrigações, cria-se a associação entre os conceitos de valor e responsabilidade. Assim, a responsabilidade passa a ser atribuída pelo Direito que por sua vez está associado ao conceito de valor.

Desta forma, valor e responsabilidade se correlacionam e, desse modo, ligadas pela cultura, é de se admitir que a responsabilidade civil, no modelo que se apresenta, já não serve mais à sociedade contemporânea, posto que “engessada” em uma estrutura em que: a) primeiro, se exige a existência de um dano, quando a sociedade atual teme pelo risco de dano;



b) segundo, ainda que na forma objetiva não é capaz de eliminar, definitivamente a culpa (*lato sensu*), na medida em que admite as hipóteses de excludentes de responsabilidade, assemelhando-se mais à inversão do ônus da prova e; c) terceiro, por permitir a continuidade da fórmula lucro *versus* reparação, adotada pelo setor econômico, ao recusar a atribuição de algo mais que a simples reparação ou compensação.

Por fim, deve a responsabilidade civil passar pelo crivo da tridimensionalidade do Direito, há muito desenhada, para que ocupe seu lugar de importante instrumento de pacificação social e realização do bem comum, em consonância com as necessidades sociais e, segundo os seus valores. O Direito é dinâmico uma vez que as normas devem se guiar pelos fatos que se correlacionam com os valores socialmente atribuídos, *in casu*, diante do uso irresponsável dos recursos naturais e da consciência dos efeitos dessa conduta, cabe ao Direito conter a degradação ambiental por meio da atribuição de responsabilidade. Note-se que valor e responsabilidade são elementos de uma única relação que se apresentam ligados pela cultura social.

### 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CIVIL

Pela proteção aos bens jurídicos impõe-se a todos o dever de cuidado, ou seja, uma obrigação de não causar dano a outrem que pode ser expressa pela máxima *neminem laedere*, advinda do Direito Romano. Nesse sentido, configurado o dano, surgirá para o responsável o dever de recompor a situação ao estado anterior.

Observa-se que, embora guarde a responsabilidade civil proximidade com o ato ilícito, seus efeitos também poderão recair sobre o ato lícito. Ainda, esclarece-se que não são todos os atos ilícitos fontes da responsabilidade civil.

O fato social não se confunde com o fato jurídico. A característica da juridicidade de um fato está diretamente relacionada à sua relevância social. Daí o Direito tomá-lo para si e, conseqüentemente, transformá-lo, de fato social para fato jurídico.

Os fatos jurídicos se dividem em fatos naturais, os considerados acontecimentos da natureza e fatos voluntários, aqueles advindos da conduta humana. E é do gênero fatos jurídicos voluntários que se extraem as espécies atos lícitos (atos jurídicos e negócios jurídicos) e atos ilícitos (ilícito civil e ilícito penal).

Em certas circunstâncias, o Direito autoriza a realização de alguns atos retirando-lhes o caráter ilícito, sendo eles os praticados em estado de necessidade ou perigo iminente, legítima defesa e exercício regular de direito. Mas, ainda que retirada a ilicitude destes atos, o dever de recomposição dos danos ocasionados pela sua prática permanecerá. Nesse sentido, tem-se que o dever de recomposição dos danos causados poderá advir tanto da prática de atos ilícitos como lícitos, tornando-se, portanto, imprópria a concepção da responsabilidade civil a partir, exclusivamente, dos atos ilícitos.

Também, não são sobre todos os atos ilícitos que recai a responsabilidade civil, tendo em vista que a responsabilidade civil não é causa, mas sim efeito que recai sobre a prática de um ato considerado indenizante. Importa esclarecer que a responsabilidade civil (dever de recomposição) é um dos efeitos da prática do ato ilícito e não o único.

Felipe Peixoto Braga Netto (2014, p. 115), aponta três pontos de análise dos ilícitos. Classifica-os a partir de seu suporte fático abstrato (ilícitos culposos e não culposos), dos efeitos produzidos (indenizante, caducificante, invalidante e autorizante) e da relação jurídica violada (ilícitos relativos negocial e extranegocial e ilícitos absolutos).

Segundo os efeitos produzidos, os atos ilícitos podem ser classificados em indenizante, caducificante, invalidante e autorizante. A prática de um ilícito se caducificante levará à perda de um direito, se invalidante ter-se-á nulo ou anulável os efeitos deste, se

autorizante haverá autorização de reação por parte da vítima. Desta forma, somente sobre atos ilícitos indenizantes recairá a responsabilidade civil.

De encontro ao exposto, pode-se dizer que a responsabilidade civil se traduz em efeito e não causa, podendo incidir tanto sobre a prática de alguns atos lícitos quanto ilícitos.

A responsabilidade civil nem sempre decorre de fato próprio, embora esta seja a regra (responsabilidade direta), pode ela advir de fato de terceiro ou de fato da coisa ou animal (responsabilidade indireta), casos em que o responsável se encontrava com o dever de guarda, vigilância e cuidado.

Desse modo, a responsabilidade civil tem como função a reparação nos casos de danos patrimoniais e a compensação nos extrapatrimoniais. Neste último, representando um lenitivo para o lesado, tendo em vista a impossibilidade do retorno ao estado anterior.

Não obstante as nítidas funções reparatória e compensatória do instituto, importa ressaltar que, atualmente, parte da doutrina vem defendendo o acréscimo da função punitiva à responsabilidade civil. Nessa esteira de entendimento, Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves e Felipe Peixoto Braga Netto.

O Código Civil de 2002, em sua Parte Especial, Livro I, Título IX – Da obrigação de Indenizar, artigo 927<sup>2</sup> dispõe sobre a responsabilidade civil, conferindo ao responsável o dever de prestar a respectiva reparação.

Ressalta-se que a responsabilidade pode ser da mesma natureza da obrigação primária nas obrigações de dar e de natureza diversa nas obrigações de fazer, nesta última, convertendo-se a reparação do dano em indenização pecuniária, vez que não se confundem obrigação e responsabilidade civil. Por responsabilidade civil tem-se uma obrigação que surge da violação de um dever jurídico, ensejando a reparação do dano causado ao bem jurídico tutelado.

A responsabilidade civil se assenta nos princípios da dignidade da pessoa humana, da prevenção e da reparação integral cuja observância a conduzirá ao exercício de suas funções de reparação e compensação.

São pressupostos gerais da responsabilidade civil a conduta, o dano e o nexo causal. A conduta vista como o comportamento que se exterioriza por meio de uma ação, podendo ser comissiva ou omissiva. O dano ou prejuízo causado pode ser tanto de ordem extrapatrimonial ou patrimonial. Estes últimos se subdividem em danos emergentes, aqueles que significam

---

<sup>2</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

diminuição direta e imediata no patrimônio da vítima e lucros cessantes, tidos como tudo aquilo que se deixou de auferir em razão do evento danoso.

Já o nexo causal, este representa o “elo” que liga a conduta do agente à lesão ao bem jurídico tutelado, vale dizer, ao dano.

Acentua-se que a ilicitude não é pressuposto da responsabilidade civil, pois se tem responsabilidade, por atos ou fatos lícitos, tanto contratualmente quanto extracontratualmente.

Para César Fiuza:

Haverá responsabilidade por atos lícitos nos contratos, mas também fora dos contratos. Se duas pessoas celebram um contrato, tornam-se responsáveis por cumprir as obrigações que convencionaram. Mas a esfera da licitude não se resume tão somente aos contratos. Há outros atos lícitos, como a gestão de negócios e a promessa de recompensa. Há fatos lícitos, como a paternidade e outros, todos gerando responsabilidade num sentido positivo, ou seja, no sentido do cumprimento das obrigações decorrentes desses atos ou fatos. (FIUZA, 2014, p. 377).

O ordenamento jurídico brasileiro guarda dois sistemas de responsabilidade: a subjetiva e a objetiva. Fundada na teoria da culpa, a responsabilidade subjetiva torna imprescindível que tenha havido culpa na conduta do agente causador do dano para que sobre ele recaia o dever de reparação. Seus pressupostos são: a conduta, o dano e o nexo causal.

Com efeito, a conduta culposa do agente erige-se, como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que tiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 43).

Por sua vez, a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, prescinde do elemento culpa, bastando que sejam demonstrados o dano e o nexo causal. Nesta, pouco importa o elemento subjetivo. Daí sua natureza legal, jamais voluntária, pois respondem objetivamente somente aqueles elencados em lei ou cuja atividade cause risco ou perigo de lesão a direito de outrem. Saliencia-se que risco é a probabilidade de causar dano e, diante do exercício de uma atividade perigosa os riscos devem ser assumidos e reparados os danos que dela advier.

Destaca-se, ainda, sobre os sistemas de responsabilidade, a cláusula de incolumidade de onde se extrai a responsabilidade subjetiva presumida ou a responsabilidade objetiva imprópria. Esta forma de responsabilidade abre a oportunidade para o ofensor produzir provas

a fim de se eximir da responsabilidade excluindo o nexo de causalidade, não obstante tenha o legislador limitado-a ao dispor sobre as hipóteses que ensejam essa exclusão.

Como excludentes do nexo de causalidade tem-se a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior. Na culpa exclusiva da vítima, o agente funciona apenas como “veículo” do evento danoso que o torna aparentemente causador do dano. No fato de terceiro, o terceiro, real ofensor, encontra-se alheio à situação não contemplando nenhuma ligação com o agente aparente ou a vítima. Já, por força maior e caso fortuito tem-se todo acontecimento que foge à vontade do responsável.

A seguir aborda-se, isoladamente, as teorias da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil subjetiva e objetiva respectivamente.

### 3.1 A teoria da culpa

A responsabilidade subjetiva se fundamenta na teoria da culpa, exigindo, desse modo, a demonstração do elemento culpa para a configuração do dever de reparação. Conforme dispõe o Código Civil de 2002, em seu artigo 186<sup>3</sup>, “comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano, ainda que exclusivamente moral.” (BRASIL, 2002).

Ainda, o artigo 187<sup>4</sup>, do mesmo diploma legal adverte sobre o abuso de direito, ao dizer que “também comete ato ilícito aquele que exerce seu direito de forma que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002). Sobre o abuso de direito, assinala Eugênio Facchini Neto:

[...] De acordo com o art. 187 do novo texto, em exegese confirmada por uma interpretação sistemática (já que o novel estatuto fala também em função social do contrato e função social da propriedade – tendo o Prof. Miguel Reale várias vezes referido ter sido adotada a diretriz da socialidade como uma das chaves de leitura do projeto), percebe-se que o legislador entende que os direitos subjetivos não são conferidos ou reconhecidos aos indivíduos de uma maneira aleatória, ou em perspectiva *meramente* individual. Os direitos, mesmo os de natureza subjetiva, possuem uma destinação econômica e social. Considerando que vivemos em forma societária e que o exercício dos direitos subjetivos repercute na esfera jurídica das outras pessoas, interessa à sociedade a maneira pela qual exercemos nossos direitos. Destarte, quando, no exercício de um direito, o seu titular se desvia destes parâmetros, vindo a causar um dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (FACCHINI NETO, 2010, p. 35-36).

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Desta forma, a disposição legal traz em seu preceito a culpa, determinando que a conduta, comissiva ou omissiva, seja também culposa. No entanto, salienta-se que para a responsabilidade civil não importa a distinção entre o dolo e a culpa, tão menos a verificação de seus graus de intensidade (grave, leve e levíssima), deixando aos cuidados da responsabilidade penal tais particularidades.

Assim, não basta seja imputável o agente causador do dano, posto que é o elemento culpa (provada ou presumida) que vai determinar o dever de reparação. Logo, tal fato importa em uma análise do conceito de culpa.

Da análise do conceito de culpa se extrai três sentidos: da culpabilidade, do sentido *lato sensu* e do sentido *stricto sensu*, asseverando que a culpabilidade é verificada no juízo de censura atribuído à ação ilícita daquele que poderia ter agido de modo diverso e não o fez.

Agir culpavelmente significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do Direito. Mas só merece esse juízo de reprovação, repita-se, o agente que, em face das circunstâncias concretas, podia e devia ter agido de outro modo (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 43).

A culpa, *lato sensu*, é elemento subjetivo da conduta humana. Por refletir a exteriorização de uma vontade contrária ao Direito, portanto, uma conduta voluntária que se difere dos atos reflexos, estes praticados de forma inconsciente ou com vício de vontade.

Para Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 68), a noção de culpa no sentido amplo abrange toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, configurando o dolo pela vontade de produzir o resultado danoso ou, tensional, como na culpa cuja exteriorização da vontade não tem como fim a produção de um dano.

Já a culpa *stricto sensu* é entendida como a violação do dever de cuidado que deveria ter sido observado a fim de não causar dano a outrem. Pode-se assim dizer que culpa é uma conduta voluntária contrária ao Direito, cuja ação vem a desencadear um evento danoso involuntário, todavia, previsto ou previsível. Identificam-se, assim, os elementos para a culpa, quais sejam: a conduta voluntária com resultado involuntário, a previsão e a imprevisibilidade e, por fim, a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

A culpa pode ser dividida nas seguintes espécies: grave, leve e levíssima; culpa contratual e extracontratual; culpa *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiendo*; culpa presumida e culpa contra a legalidade e, por fim, culpa concorrente.

Por culpa leve tem-se aquela que poderia ser evitada com atenção ordinária, ou seja, com o próprio cuidado ou zelo na exteriorização da conduta. Ao passo que a culpa levíssima é

aquela que advém da falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular. Assim, a gravidade da culpa estampa-se na maior ou menor possibilidade de se prever o resultado, bem como na maior ou menor ausência de cuidado do agente causador do dano.

Para a responsabilidade civil, a classificação da culpa em seus graus de intensidade, bem como a distinção entre culpa e dolo, toma consistência no arbitramento da indenização. A indenização é medida pela extensão do dano, mas pode o juiz reduzi-la, equitativamente, havendo desproporção excessiva entre a gravidade da culpa e o dano ocorrido, conforme disposto no parágrafo único do artigo 944<sup>5</sup> do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

A classificação “culpa contratual” e “culpa extracontratual” advém da natureza do dever violado. Ou seja, se a obrigação primária tiver como fonte o contrato, a culpa será contratual, se tiver como fonte a lei tem-se a culpa extracontratual ou aquiliana.

Por culpa *in eligendo* entende-se a conduta da pessoa que determinou a escolha daquele que veio a causar dano a outrem. Determinada esta pela posição de decisão (escolha) em que se encontrava o responsável, podendo ter decidido de modo diverso. Já a culpa *in vigilando* invoca a responsabilidade sobre aquele que estava sob a guarda e cuidado de alguém. Neste caso, tem-se a falta de atenção sobre os atos daquele que estava sob a guarda e cuidado. Por fim, a *culpa in custodiendo* atribui responsabilidade ao detentor de animal ou coisa, pela falta de cautela na custódia do agente.

Não obstante a classificação da culpa em *in eligendo*, *vigilando e custodiendo*, o Código Civil de 2002 ao adotar a responsabilidade objetiva e dispor nos seus artigos 933<sup>6</sup> e 936<sup>7</sup>, aqueles que assim respondem diante dos danos causados, por terceira pessoa ou animal, acabou por reduzir o recurso à culpa presumida.

Conforme aponta César Fiuza:

Em todos esses casos, seja *in vigilando* ou *in eligendo*, a culpa não interessa, a não ser para efeito de ação regressiva, se for o caso. Por outros termos, não interessa se os pais ou o empregador agiram ou não com culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Deverão pagar a indenização. No caso dos pais, não há direito de regresso contra os filhos. No caso do empregador, só poderá ele regressar contra seu empregado, se provar a culpa deste (FIUZA, 2014, p. 898).

<sup>5</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

<sup>6</sup> Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

<sup>7</sup> Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

A prova da culpa sempre foi uma tarefa difícil para o lesado. A pouca possibilidade de provar a culpa do agente que lhe causou dano, levava, em sua grande maioria, à não reparação do dano. Privilegiava-se, assim, a irreparabilidade. Com a evolução da responsabilidade civil, em um segundo momento, passou-se à presunção da culpa, adotando-se os institutos da culpa *in eligendo*, *vigilando e custodiendo* e, chegando-se, atualmente, à responsabilidade objetiva daqueles elencados em lei.

A culpa *contra legem* ou culpa contra a legalidade é determinada por aquela conduta que contraria texto expresso de lei, ou seja, nos casos em que o dano resultou de violação de obrigação disposta diretamente em lei.

Por vezes o resultado obtido não decorre somente da conduta do agente, mas, também, da culpa da vítima. Desta forma, havendo o concurso na culpa, denomina-se culpa concorrente ou concorrência de causa e a indenização levará em conta a gravidade da culpa em comparação com a do autor do dano, de acordo com o artigo 945<sup>8</sup> do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Acerca da culpa presumida assevera Sérgio Cavalieri:

A culpa presumida foi um dos estágios na longa evolução do sistema da responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva. Em face da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima; uma ponte por onde se passou da culpa à teoria do risco (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 56).

Por fim, a teoria da culpa se desenvolve por meio de várias modalidades, como pressuposto subjetivo da responsabilidade, por levar em consideração elementos psíquicos do agente no cometimento de uma ação. Entretanto, toma-se a culpa presumida como a modalidade que mais se aproxima da responsabilidade objetiva.

### **3.2 A teoria do risco**

Para a responsabilidade objetiva, prescindível a verificação do elemento culpa, bastando tão somente sejam demonstrados o dano e o nexo causal. Ganha importância aqui o nexos de causalidade.

---

<sup>8</sup> Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.



Nesse contexto, a responsabilidade objetiva tem como fundamento doutrinário a teoria do risco, e, como base legal, os artigos 927, parágrafo único<sup>9</sup> e 931<sup>10</sup> do Código Civil de 2002, de onde se retira a obrigação de indenizar independentemente de ter agido o ofensor com culpa.

De acordo com o dicionário Michaelis<sup>11</sup> “risco é a probabilidade de perigo, incerto, mas previsível, que ameaça de dano pessoa ou coisa”. Antecede à ocorrência do dano e é por ser previsível, calculável, que permite ao agente decidir sobre a ação pretendida. Todavia, na sociedade hodierna, o risco pode ser definido pela incerteza de que nada de ruim possa acontecer, ou seja, pelo medo de que algo de ruim possa vir a surgir, daí sua denominação sociedade do risco.

Da análise do artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002, depreende-se que o legislador também cuidou de delinear os limites da responsabilidade objetiva ao dispor que apenas os elencados em lei e aqueles cujo exercício de atividade implique em risco a direito de outrem respondem objetivamente pelos danos causados (BRASIL, 2002).

A teoria do risco resultou de um grande esforço dos juristas a fim de fundamentar a responsabilidade objetiva. Raymond Saleilles e Louis Josserand, seguidos de Georges Ripert foram os pioneiros. No Brasil, José de Aguiar Dias, dentre outros.

Aceitando-se embora a primazia reclamada por Marton para a doutrina germânica, o certo é que foram os franceses os divulgadores da teoria objetiva, devendo-se ao seu trabalho de sistematização o impulso tomado pela teoria. Saleilles e Josserand, vultos dos mais expressivos da ciência jurídica, foram os precursores da teoria do risco, nome com que se assentou na literatura francesa a ordem de idéias afins das defendidas pelos autores alemães (DIAS, 2012, p. 57).

A doutrina do risco se consolida, especialmente, no Direito francês, no período do desenvolvimento industrial devido aos inúmeros acidentes de trabalho sofridos pelos operários.

A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 181).

<sup>9</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>10</sup> Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

<sup>11</sup> Disponível em <http://www.uol.com.br/michaelis>. Acesso em: 10 de jun. 2014.

Nesse sentido, diferentemente da teoria da culpa, a teoria do risco não guarda qualquer juízo de valor em relação à conduta do agente. Lado outro, funda-se na relação de causalidade estabelecida entre o dano e o agente em detrimento do elemento subjetivo que caracteriza a culpa.

Além de ser pressuposto para a responsabilidade civil, o nexo causal possui, também, função de medida para a obrigação de indenizar. Diante das muitas possibilidades de ocorrência de dano e, especialmente, da dificuldade encontrada nos casos nos quais se têm causalidades múltiplas, o nexo causal torna-se, dentre os pressupostos da responsabilidade civil, o mais singular.

É no Código Penal de 1940, em seu artigo 13<sup>12</sup>, que se encontra norma expressa sobre o nexo causal, onde se lê ser imputável somente aquele que deu causa ao resultado de que depende a existência do crime (BRASIL, 1940).

A relação de causalidade estabelece-se na aproximação do agente à lesão causada. O dano passível de indenização somente será aquele que advier da conduta do agente responsável. Sendo assim, serão indenizados aqueles abrangidos pela relação de causalidade, bem como somente sobre aquele que deu causa ao evento danoso recairá a obrigação de reparação.

Porém, não é suficiente que o agente tenha praticado um ato ilícito, sendo necessário ocorrer um dano, sob pena de se caracterizar o enriquecimento sem causa.

Não se pode entender a relação de causalidade como culpabilidade. Aquela se traduz em uma imputação objetiva (*imputatio facti*) que se relaciona com o resultado do dano, ao passo que, na culpabilidade averigua-se uma imputação subjetiva (*imputatio iuris*). Na primeira, tem-se o estabelecimento daquele a quem se deve atribuir a responsabilidade do dano enquanto que na segunda, se estabelece se além de responsável pelo ato praticado, também, agiu com culpa.

A grande dificuldade encontrada na análise da relação de causalidade está não na causalidade simples, mas sim quando o dano ocorrido deu-se em razão de causalidades múltiplas. Sobre a questão proposta duas teorias ganharam especial atenção dentre tantas que buscaram enfrentar a multiplicidade de causas: a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada.

Segundo a teoria da equivalência dos antecedentes todas as condições que concorreram para desencadear o evento danoso devem ser consideradas. Assim, causa seria a

---

<sup>12</sup> Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

conduta que culminou na efetivação de um dano, sem a distinção da maior ou menor relevância de uma sobre a outra. Aqui não se distingue causa de condição, pois elas se equivalem, daí também essa teoria ser chamada de *conditio sine qua non*, ou da equivalência das condições.

Por ela, realçam-se todos os antecedentes do resultado ocorrido, postulando-se que nenhum elemento, ato, condição ou concausa deve ser desprezado, porquanto todos se equivalem no evoluir do processo causal que levou ao resultado danoso. [...] Não há, em princípio, diferença entre causa, condição, ocasião ou concausa; todas as forças que cooperam para a produção do resultado são igualmente essenciais para ele, não podendo, pois, serem desprezadas (GOMES, 2005, p. 283).

Diversamente, a teoria da causalidade adequada cuida de observar o grau de relevância, individualizando e qualificando cada uma das condições que concorrem para o resultado danoso. De acordo com essa teoria a causa não é somente o antecedente necessário, mas também o determinante para que o dano ocorresse.

Contra essa teoria da causa como condição necessária, de raiz vincadamente positivista e de cunho essencialmente naturalista, se levantou a partir de certa época a teoria da causa adequada. Só haverá obrigação de indenizar determinado dano, segundo os partidários da nova orientação, quando o dano não se tivesse verificado sem a falta de cumprimento da obrigação e quando, além disso, o não cumprimento for a causa adequada de tal dano (VARELA, 1978, p. 132).

Nesse sentido, o referido autor propõe um método segundo o qual se possa verificar qual das condições apresenta maior adequação na ocorrência do dano. Sendo que, dentre todas, deve ser atribuído maior valor àquela que decorreu do descumprimento de dever jurídico aliado ao fato de que se este tivesse sido cumprido, o dano não teria ocorrido.

No Direito Civil, a teoria da causalidade adequada é a que se destaca uma vez que, de acordo com a análise do artigo 403<sup>13</sup> do Código Civil de 2002, na inexecução de obrigação as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato (BRASIL, 2002). Segundo Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 68-69), a expressão efeito direto e imediato indica um liame de necessidade e não proximidade, não se referindo à causa cronologicamente mais ligada ao evento, mas àquela que foi mais direta e determinante segundo o curso natural das coisas. As palavras, direta e imediata, não se apresentam como duas ideias distintas; uma veio a reforçar a outra.

---

<sup>13</sup> Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Na análise do risco tem-se que este determina a probabilidade de dano ou caracterizado perigo de desencadeamento de evento danoso. Tal fato ocasionou grande crítica à doutrina do risco, em especial, a demasiada atenção à vítima em contraposição à justiça social que atribuía cegamente o dever de reparação, não se fazendo diferenciar o comportamento jurídico e antijurídico do agente.

As críticas foram combatidas na medida em que se a responsabilidade objetiva não observa o elemento culpa, ela também não retira a condição de que o desencadear do evento danoso se dê em razão de uma conduta contrária ao Direito.

Ainda, acrescenta-se o fato de ser a responsabilidade uma obrigação sucessiva tornando-se impossível a reparação sem que haja a violação de obrigação pré-existente (ordinária). E quanto ao exercício de atividade perigosa, a cautela encontra-se no dever de segurança, devendo à vítima ser assegurado o direito à incolumidade física e patrimonial.

Foram várias as classificações do risco, dentre as quais se destacam as modalidades do risco proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e do risco integral.

Na dicção de Caio Mário da Silva Pereira:

Uma forte corrente procurou deslocar o fundamento da responsabilidade da culpa para o risco, mas perdeu-se logo fragmentando-se em subteorias: do *risco-proveito*, que impunha a responsabilidade ao que sacasse vantagem do empreendimento gerador do dano (*ubi emolumentum, ibi onus*); do *risco profissional* adstrito aos acidentes no trabalho; ou mais amplamente do *risco criado* ou do *risco excepcional*, no direito público; e do risco social, imaginada por Duguit, com base no princípio da solidariedade. E os defensores do risco polemizaram a responsabilidade civil, em vez de articularem uma doutrina aceitável. Aos poucos foi se concentrando a doutrina, no conceito do risco criado. Encontrou uma boa receptividade incorporando-se na década de 20 especialmente nos anos que se seguiram à I Guerra Mundial (PEREIRA, 2006, p. 561).

Segundo a teoria do risco proveito aquele que tira proveito da atividade danosa é responsável pelo dano causado, pois dela obteve vantagem. Se levado a cabo que o proveito/vantagem tem fito econômico essa teoria se dirigirá apenas aos empresários e industriais.

Já, a teoria do risco criado trata-se da extensão do risco proveito, pois por risco criado entende-se que se alguém, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar. No risco criado o risco perde sua feição econômica ou profissional, não pressupondo, uma atividade empresarial, industrial ou comercial, mas sim uma ação humana.

De acordo com Eugênio Facchini Neto:

Dentro da teoria do risco-criado, destarte, a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A ideia do risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar (FACCHINI NETO, 2010, p. 24).

A teoria do risco profissional apregoa que o dever de prestar a reparação sempre ocorrerá quando o fato prejudicial decorrer da atividade ou profissão do lesado, utilizada, especialmente, na reparação dos danos ocorridos por acidente de trabalho.

Na teoria do risco excepcional tem-se devida a reparação sempre que o dano é efeito de um risco excepcional, que escapa à atividade da vítima ainda que alheio à atividade normalmente exercida. Tendo em vista sua excepcionalidade podem, também, atingir a coletividade, levando àqueles que exercem a atividade o dever de reparação.

Destarte, a adoção da teoria do risco adquire a extensão desejada somente a partir do advento do Código Civil de 2002. O referido diploma legal, embora tenha mantido em seu texto a responsabilidade subjetiva, dispôs sobre a responsabilidade objetiva permitindo assim sua utilização segundo os preceitos e limites legais estabelecidos.

### **3.3 Excludentes da responsabilidade civil**

As causas de exclusão de responsabilidade justificam a máxima de que ninguém pode responder por um dano em cuja causa não tenha contribuído. Tal fato se justifica em razão do dano ter advindo de outra causa ou ainda de uma circunstância que impediria o cumprimento da obrigação pelo agente.

Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 86).

Uma vez demonstrada qualquer das hipóteses de exclusão do nexo de causalidade importará na isenção da responsabilidade. As excludentes de causalidade podem ser identificadas como fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

Por fato exclusivo da vítima entende-se que o agente foi mero instrumento para a ocorrência do dano, pois a violação do dever jurídico ocorreu por parte da vítima, ou seja, a conduta da vítima foi o fato gerador do dano, o que elimina a causalidade do agente aparente.

Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.

[...]

De qualquer forma, entende-se que a culpa da vítima exclui ou atenua a responsabilidade do agente, conforme seja exclusiva ou concorrente (DIAS, 2012, p. 799-800).

Nessa hipótese, a vítima contribui para a ocorrência do dano ensejando, assim, a isenção da responsabilidade do agente, o que não se confunde com a concorrência de culpa na qual a conduta da vítima, aliada à conduta do agente, juntas, desencadeiam o dano, não havendo, desta forma, a exclusão de responsabilidade.

O fato de terceiro é assunto que exige cuidado em sua análise, pois da mesma forma que pode configurar uma causa excludente de responsabilidade também pode implicar a responsabilidade.

Esclareça-se, contudo, que, no plano da responsabilidade civil, predomina e deve predominar o princípio de que responde pelo dano o causador ou o responsável imediato pelo evento lesivo, de sorte que a culpa de terceiro não exime o autor direto do dever jurídico de responsabilizar-se (STOCO, 2013, p. 260).

Nesse sentido, é perfeitamente cabível, no campo da responsabilidade civil, a teoria da causalidade adequada a fim de conduzir a questão da isenção ou não da responsabilidade no fato de terceiro.

Pode-se, ainda, por medida, equiparar o fato de terceiro ao caso fortuito e força maior tendo em vista ambas as situações se encontrarem externas à conduta do agente aparente. No primeiro dá-se a intervenção de terceiro alheio à relação de causalidade, cuja característica de inevitabilidade reforça a semelhança das circunstâncias advindas do caso fortuito e força maior.

Ressalte-se, uma vez mais, que o fato de terceiro só exclui a responsabilidade quando rompe o nexos causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima e, por si só, produz o resultado. Em outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação causal entre a vítima e o aparente causador do dano; que seja algo irresistível e desligado de ambos. Em casos tais, o fato de terceiro, segundo a opinião

dominante, equipara-se ao caso fortuito e força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 87).

Assim, tratando-se de fato de terceiro é necessário verificar a ocorrência do rompimento do nexo de causalidade a fim de que o suposto agente se isente de qualquer responsabilidade no evento danoso desencadeado.

O caso fortuito e a força maior são também hipóteses de exclusão do nexo causal, portanto, de responsabilidade. Necessária aqui sua distinção, embora não seja tarefa das mais fáceis, pois, ainda hoje, não se tem alcançado um entendimento uniforme na doutrina.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 393<sup>14</sup>, dispõe que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, ou seja, praticamente os equipara.

Desta forma, tem-se que a inevitabilidade é elemento essencial para configuração do caso fortuito e da força maior. Ressalta-se que a ausência de culpa também não se confunde com caso fortuito uma vez que inadmissível qualquer possibilidade de participação do sujeito da obrigação.

Assevera Arnaldo Rizzardo que:

Apresenta-se como inevitável o evento se aponta uma causa estranha à vontade do obrigado, irresistível e invencível, o que só vai acontecer caso não tenha concorrido culposamente o agente. Não agindo precavidamente, despona a culpa, o que leva a deduzir não ter sido evitável (RIZZARDO, 2007, p. 92).

Deste modo, o fato se tornou irresistível, aparecendo como inevitável, que equivale à impossibilidade de cumprimento da obrigação, ou o agente tinha meios de resistir ao evento, ainda que imprevisível o que leva à configuração da culpa se não resistir.

Por último, importa dizer que como fato não gerador da responsabilidade de indenizar tem-se a chamada cláusula de não indenizar, cuja fonte encontra-se, diversamente das demais acima apontadas, não na lei, mas na vontade declarada posto que goza da natureza convencional. Desta maneira, a cláusula de não indenizar afasta o efeito indenizatório que normalmente seria produzido, caso não fosse estipulada.

---

<sup>14</sup> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

#### 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AMBIENTAL

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 225 parágrafos 2º e 3º<sup>15</sup>, recepcionou a responsabilidade objetiva pelo dano ambiental prevista no artigo 14, parágrafo 1º da Lei n. 6.938/81<sup>16</sup> (BRASIL, 1998). Todavia, dentro do sistema tradicional do instituto a proteção ordenada pelo comando constitucional se tornaria, da mesma forma, frágil, dadas as exigências da existência de um dano, da identificação do autor e da vítima, da necessária valorização econômica do bem lesado e, por fim, do caráter público do bem ambiental.

Antonio Herman V. Benjamin, classifica as causas de afastamento da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente em funcionais, técnicas, éticas e acadêmicas:

De uma maneira geral, podemos apontar quatro causas para essa rejeição inicial a uma responsabilidade civil mais eloqüente na proteção do meio ambiente: a) as *funcionais* (a tradicional visão da responsabilidade civil como instrumento *post factum*, destinado à reparação e não à prevenção de danos, b) as *técnicas* (inadaptabilidade do instituto à complexidade do dano ambiental, exigindo, p. ex., um dano atual, autor e vítima identificados, comportamento culposos e nexos causais estritamente determinados), c) as *éticas* (na hipótese de terminar em indenização – sendo impossível a reconstituição do bem lesado – a responsabilidade civil obriga, em última análise, a agregar-se um frio valor monetário à natureza, comercializando-a como tal), e d) as *acadêmicas* ( de um lado, uma tendência monopolista e egoísta da doutrina do Direito Público, enxergado a proteção a proteção do meio ambiente como seu domínio exclusivo; de outro, uma timidez injustificável da jusprivatística, abdicando de intervir em tão nuclear hemisfério da danosidade humana (BENJAMIN, 1998, p. 79).

Nesse sentido, nota-se que, se tais “descompassos” foram, de alguma forma, ultrapassados, dentro de um modelo próprio de responsabilidade (responsabilidade

<sup>15</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.

[...] Parágrafo 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Parágrafo 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

<sup>16</sup> Art 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...] Parágrafo 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.



ambiental), estes o foram tendo em vista as consequências desastrosas que abateram e ainda abatem a sociedade pela irresponsabilidade na utilização desmedida dos recursos naturais, pelo modelo de produção adotado no período industrial e pela insuficiência das tutelas penal e administrativa na prevenção e contenção do dano ao meio ambiente.

Assim, a responsabilidade civil ambiental veio a estender as funções até então atribuídas ao instituto (reparatória e compensatória), adquirindo uma função específica, qual seja, a de garantir a conservação dos bens ambientais protegidos, atentando-se à prevenção dos riscos e à redefinição do *modus operandi* que determinou a produção do dano.

No exercício das funções de prevenção e conservação, a responsabilidade civil ambiental atua como instrumento de regulação social, na medida em que previne comportamentos que impliquem geração de riscos, distribuindo o ônus destes riscos e garantindo os direitos dos cidadãos. Atua, também, como mecanismo de indenização, na busca pela superação da desigualdade entre a vítima e o causador do dano.

Essa nova função, a conservação, ampara-se nos princípios da reparação integral, com a recuperação integral da lesão causada ao meio ambiente; da precaução e prevenção, com a alteração do *modus operandi* que levou ao dano ambiental, permitindo, assim, a responsabilização *ex ante*, possibilitada por meio do licenciamento ambiental e do compromisso de ajustamento de conduta; e, do poluidor-pagador pelo qual se impõe às fontes poluidoras a obrigação de incorporar em seus processos produtivos os custos inerentes ao controle e à reparação dos impactos causados ao meio ambiente.

Desta forma, pode-se extrair do regime legal de responsabilidade ambiental o pressuposto da existência de uma atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente. Seu desdobramento impõe a exigência de um dano ou risco de dano, bem como o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado, efetivo ou potencial.

Passa-se à análise dos pressupostos da responsabilidade ambiental, o dano e o nexo causal.

#### **4.1 Os pressupostos da responsabilidade civil ambiental**

De acordo com preceito constitucional, a responsabilidade civil ambiental é objetiva, bastando tão somente para sua caracterização o dano e o nexo causal. Sobre o dano, não há o que reparar se não houver alteração ou diminuição do bem jurídico tutelado. Assim, se nenhum interesse foi lesado, não haverá satisfação a ser recomposta.

De modo geral, na acepção de José Rubens Morato Leite (2003, p. 93) “dano é a lesão de interesses juridicamente protegidos” ou “é toda ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”.

Nesse sentido, a abrangência do dano ambiental está logicamente delineada pelo conceito de meio ambiente, abarcando este os aspectos natural, artificial, cultural e do trabalho, o que vem a facilitar a identificação da atividade degradante.

A divisão do meio ambiente em aspectos que o compõem busca facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido. Não se pode perder de vista que o direito ambiental tem como objeto maior tutelar a vida saudável, de modo que a classificação apenas identifica o aspecto do meio ambiente em que valores maiores foram aviltados (FIORILLO, 2012, p. 77).

Segundo o artigo 3º, inciso I da Lei n. 6.938/81 tem-se por meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 225, conceitua o meio ambiente ecologicamente equilibrado ao destacá-lo como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade vida, obrigando ao Poder Público e à coletividade o dever de sua proteção e conservação, tornando equivocada, desta forma, restringir o conceito aos recursos naturais.

Marcelo Abelha Rodrigues, assim aduz:

Numa escalada, pode-se dizer que se protegem os elementos bióticos e abióticos e sua respectiva interação, para se alcançar a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, porque este bem é responsável pela conservação de todas as formas de vida. Possui importância fundamental a identificação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como sendo um bem autônomo e juridicamente protegido, de fruição comum (dos elementos que o formam), porque, em última análise, o dano ao meio ambiente é aquele que agride o equilíbrio ecológico, e uma eventual reparação deve ter em conta a recuperação desse mesmo equilíbrio ecológico (RODRIGUES, 2002, p. 58).

O conceito de dano ambiental segundo o artigo 3º, incisos II, III da Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), pode ser entendido, de ampla forma, como a degradação da qualidade ambiental e a alteração adversa das características daquele ambiente. Ainda, pode-se extrair do artigo 225 da Constituição da República de 1988 que o dano ambiental se configura em uma violação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Segundo Annelise Monteiro Steigleder (2011, p. 99), a definição do que vem a ser dano ambiental varia conforme os interesses de tutelar da sociedade, ou seja, conforme a abrangência atribuída à definição de meio ambiente, podendo esta ser mais ou menos ampla.

O dano ambiental caracterizado por sua ambivalência ou dupla face, ocorre tanto na alteração nociva das condições naturais (dano ecológico) como nos efeitos que estas alterações causarão ao indivíduo e aos seus interesses (dano ambiental pessoal); sendo denominado pela doutrina de dano ricochete ou dano reflexo.

Antonio Herman V. Benjamim (1998, p. 133-135) se refere ao dano ambiental como um novo paradigma do dano. No dano ambiental pessoal tem-se um prejuízo pessoal ou patrimonial que ocorre por meio da agressão ao meio ambiente, neste caso, assegura-se a integridade humana ou seu patrimônio. Este pode ser tido como prejuízo individual, individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* e difuso. Já o dano ecológico, também denominado dano à natureza ou dano ambiental *stricto sensu*, atinge diretamente a natureza, seus efeitos são percebidos, com preponderância, no próprio meio ambiente. Refletem diretamente na natureza sem implicar, necessariamente, de forma direta e perceptível, incômodo à saúde e bem-estar do indivíduo.

Annelise Monteiro Steigleder (2011, p. 102), no que se refere ao conceito de dano ricochete, aduz a possibilidade de o evento danoso extrapolar os limites do bem ambiental tornando “o ser humano vítima em sua saúde e em seus bens”.

Em outro dizer, isso significa que o dano ambiental, embora sempre recaia diretamente sobre o ambiente e os recursos e elementos que o compõem, em prejuízo da coletividade, pode, em certos casos, refletir-se, material ou moralmente, sobre o patrimônio, os interesses ou a saúde de uma certa pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis (MILARÉ, 2011, p. 1120).

Por assim dizer, percebe-se um “alargamento” da dimensão do conceito de dano ambiental tendo em vista a sua ambivalência ou dupla face, pois, certamente, qualquer lesão ao meio ambiente natural refletirá em dano social, seja de modo individual ou coletivo.

Porém, alerta José Rubens Morato Leite (2003, p. 94-95) sobre a referida ambivalência, que, em primeiro momento, será atribuída ao dano ambiental e ao conceito de lesão ao meio ambiente. Saliencia que, apenas posteriormente ao conceito primário, devem ser identificadas as classificações do dano ambiental. Classifica o dano ambiental levando em consideração a amplitude do bem protegido, a reparabilidade e os interesses jurídicos envolvidos, a extensão e o interesse objetivado.

Nesse contexto, o dano ambiental, segundo a amplitude do bem protegido, divide-se em: dano ecológico puro (sentido estrito), dano ambiental (sentido amplo) e dano ambiental individual ou reflexo (parcial). Logo, o dano ecológico se refere àqueles que atingem de forma intensa, o meio ambiente natural. Já o dano ambiental abarca os interesses difusos e da coletividade, incluindo o patrimônio cultural. E, por fim, o dano ambiental individual ou reflexo diz respeito ao dano individual tendo como princípio não a tutela dos valores ambientais, mas sim o próprio indivíduo ou a coletividade de modo reflexo.

Quanto à classificação do dano ambiental segundo a reparabilidade e os interesses jurídicos envolvidos, esta se divide em reparabilidade direta e reparabilidade indireta. A primeira ocorre no caso de interesses próprios e individuais e individuais homogêneos; nesse caso o lesado será diretamente indenizado. Modo diverso, o dano ambiental de reparabilidade indireta, tem-se quando há interesses difusos, coletivos e eventualmente individuais de dimensão coletiva.

Quanto à extensão, considerando a lesividade verificada, o dano ambiental pode se dividir em patrimonial e extrapatrimonial ou moral.

O ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição da República de 1988, instituiu de forma expressa o reconhecimento ao direito de reparação por danos extrapatrimoniais ou morais de forma cumulativa à reparação pelos danos patrimoniais. Tal perspectiva também fora acolhida expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e pela Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça uma vez que tais institutos corroboram com o entendimento, consolidando, assim, o princípio da indenização integral no Direito brasileiro.

Daniela A. Rodrigues (2004, p. 179) defende em sua obra o respaldo constitucional como sustentáculo da existência da tutela extrapatrimonial em matéria de responsabilidade civil ambiental.

Para Annelise Monteiro Steigleder:

Assim, partindo-se do pressuposto de que o direito protege tanto os bens materiais como os bens imateriais associados ao meio ambiente (bem-estar, qualidade de vida, sossego, afetividade), e de que a responsabilidade civil deve proporcionar a reparação integral do dano, em todos os seus aspectos, a doutrina brasileira vem reconhecendo a existência de uma dimensão extrapatrimonial do dano ambiental a partir da subdivisão do dano moral em dano subjetivo e objetivo (STEIGLEDER, 2011, p. 140).

Por fim, quanto à extensão do dano ambiental, considerando o objetivo da tutela jurisdicional pretendida, este se classifica em: dano ambiental de interesse da coletividade,

também chamado de interesse público; dano ambiental de interesse subjetivo fundamental, segundo o interesse do particular em defender o bem ambiental coletivo e; dano ambiental de interesse individual, de onde se retira o interesse individual próprio relativo à propriedade e às pessoas.

Além das questões relativas ao conceito jurídico do dano ambiental, outra questão relevante cabe, ainda, enfrentar, qual seja: a imprevisibilidade e invisibilidade que vêm a dificultar sobremaneira a recomposição do dano ambiental. Para tanto, a responsabilidade civil ambiental procura se resguardar, em atenção à teoria do risco integral aliado ao princípio da reparação integral, através da aplicação dos princípios da precaução e prevenção e do princípio do poluidor-pagador.

O segundo pressuposto, o nexo causal, pode ser entendido como o liame que liga o autor da conduta ao dano, sendo em termos de responsabilidade ambiental elemento de grande controvérsia.

A verificação do nexo de causalidade em termos de dano ambiental é de extrema relevância vez que a reparação do bem ambiental tutelado dependerá de sua comprovação. Logo, tratando-se de responsabilidade civil objetiva, aplicável *in casu*, imprescindível sua demonstração em razão da conduta do agente causador do dano.

Conforme acima exposto, entende Annelise Monteiro Steigleder que:

A determinação do nexo de causalidade é o pressuposto mais importante da responsabilidade civil por danos ambientais, já que esta é imputada independentemente de dolo ou culpa. Assim, se o liame entre a ação/omissão e o dano for identificado, a responsabilidade estará caracterizada (STEIGLEDER, 2011, p. 171).

A demonstração do nexo de causalidade entre o dano ambiental e a conduta do agente é tarefa árdua diante da imprevisibilidade e invisibilidade dos efeitos da lesão ao meio ambiente aliada ao fato de que, a grande maioria dos casos, apresenta causalidades múltiplas.

Apontar com precisão a causa que foi determinante para que o dano ocorresse é quase impossível, tendo em vista a dificuldade ou impossibilidade de identificação da fonte poluidora bem como a origem do dano sofrido. Tem-se que a maioria das lesões causadas ao meio ambiente são oriundas de causalidades múltiplas.

Entretanto, importa ressaltar que a responsabilidade civil por dano ambiental não admite, em razão da complexidade causal, qualquer distinção entre causas, exceto pela via regressiva.

Acerca da multiplicidade de causas e da dificuldade da determinação da relação de causalidade, assevera Antonio Herman Benjamin que:

1. As dificuldades da determinação da fonte poluidora entre as tantas possíveis fontes de poluição da mesma substância. Aqui cuida-se da comprovação da relação causal entre fonte e dano identificação entre os vários possíveis agentes, daquele cuja ação ou omissão está em conexão com o dano. O fato de muitas dessas substâncias não serem sequer visíveis ou perceptíveis pelos sentidos comuns, o caráter sorrateiro e inconsciente da exposição e o longo período de latência, tudo contribui para que a identificação do autor seja um objeto remoto, nem sempre podendo o autor afirmar, com certeza, onde e quando a exposição ocorreu. 2. Dificuldade de determinação da origem do dano ambiental ou dos males que a vítima apresenta. Raramente só um agente tóxico é a única fonte de um determinado dano ambiental ou doença. Nesse segundo estágio, o que se quer saber é se aquela substância ou atividade particular, previamente identificada, foi mesmo a causa efetiva do prejuízo: é a verificação do nexos causal entre a substância perigosa ou tóxica e dano (identificação do *modus operandi* da causação do dano pela conduta do agente) (BENJAMIN, 1993, p. 456).

Se ao dano ambiental aplica-se a responsabilidade objetiva fazendo-se desnecessária a demonstração da culpa na obrigação de reparar a lesão ao meio ambiente, também a demonstração da relação de causalidade torna-se relevante na identificação daquele a quem se deve imputar o dever de reparação da lesão causada. Noutras palavras, a preocupação deve voltar-se para a relação de causa e efeito, sob pena de restar sem reparação a lesão causada.

Sinteticamente, demonstra-se a extraordinária dificuldade da prova do nexos de causalidade da lesão ambiental, nas seguintes hipóteses: 1. Complexidade de verificação técnica para poder dar probabilidade à lesão. Existem muitas dúvidas científicas na relação de causalidade entre a exposição à contaminação e o dano, e pode ocorrer que a parte responsável tente refutar as provas de causalidade apresentadas, levantando a outras possíveis explicações científicas sobre o dano. Constata-se que há dificuldades técnicas e periciais para provar inequivocadamente que um determinado dano ambiental provoca determinada lesão, resultado da carência de conhecimento científico; 2. algumas conseqüências danosas só se manifestam no transcurso de um longo período de tempo; 3. o dano pode ser oriundo de emissões indeterminadas e acumuladas; 4. muitas vezes existem enormes distâncias entre possíveis locais emissores e os efeitos danosos transfronteiriços (LEITE, 2003, p. 179).

Todas essas questões podem ser concorrentes, simultâneas e sucessivas, quais sejam: a complexidade técnica, a invisibilidade, a imprevisibilidade, o prolongamento do dano no tempo, a sua extensão territorial, dentre outras, levam à enorme dificuldade de se demonstrar a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano ambiental efetivo.

É essa complexidade causal a justificativa para a aplicação da solidariedade entre os responsáveis, exigindo-se a reparação, na sua integralidade, de todos ou de um único responsável bem como a flexibilização da teoria da causalidade adequada, adotada pelo

Direito Civil, na medida em que se percebe, na aplicação desta, características da teoria da equivalência dos antecedentes, diante da dificuldade da identificação do fato como condição sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Questão outra, é o agravamento do dano ambiental. A alegação de uma degradação pré-existente não exime o agente de reparar o dano causado, pois a tutela ambiental tem como objetivo não somente a proteção do meio ambiente intocado, mas também a recuperação do meio ambiente degradado. Nesse caso a responsabilidade se dará de forma solidária entre o agressor anterior e o atual (BENJAMIN, 1998, p. 135-136).

Segundo Annelise Monteiro Steigleder (2011, p. 173) deve-se realizar a análise do nexo de causalidade sob a ótica de uma “adequação social”, caso contrário, ocorrerá a exclusão do nexo de causalidade uma vez que, por exemplo, tufões, tempestades, entre outros, poderão ser considerados situações de força maior.

Pretende-se, através da leitura do tema sob a ótica de uma adequação social, impedir que argumentações como a ocorrência de fenômenos naturais (tufões, tempestades, enchentes, aquecimento global e outros) excluam a responsabilidade pela reparação. Pontua-se que tais fenômenos são causados uma vez que existe um vínculo direto entre, por exemplo, a poluição.

Pela perspectiva da adequação social, a fim de conferir maior efetividade à reparação do bem ambiental, a conjugação da responsabilidade civil objetiva com a teoria do risco integral se impõe. Neste caso, basta o exercício de atividade geradora de risco ao bem jurídico tutelado para restar configurado o dever de reparar os danos causados. Trata-se da presunção de causalidade, imputando o ônus da prova àquele que exerce atividade perigosa para fins de isenção de responsabilidade.

Ressalta Annelise Monteiro Steigleder, em consonância com o exposto, que:

A jurisprudência brasileira, embora não de forma unânime, também tem acolhido a teoria do risco integral. Nesse sentido o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já decidiu que “a indústria agropecuária, na medida em que assume o risco de causar dano ao meio ambiente, com o simples desenvolvimento de sua atividade empresarial, assume a responsabilidade por eventuais defeitos no seu sistema de tratamento de efluentes, independentemente de sua vontade ou culpa” (STEIGLEDER, 2011, p. 174).

Nesse sentido, a criação do risco pela atividade perigosa exercida torna-se suficiente para a demonstração do nexo de causalidade com o dano causado. O empreendedor, nesse caso, assume o risco pelos danos que possam ocorrer em razão do risco ou perigo de sua atividade. A teoria do risco integral também tem se mostrado eficiente nessa seara, vez que não admite as excludentes de responsabilidade civil, inclusive em hipóteses de caso fortuito e

força maior. Tal entendimento tem impedido que os casos de dano ao meio ambiente, em sua grande maioria, restem sem a respectiva reparação.

## 4.2 Os princípios da responsabilidade ambiental

No âmbito do Direito Ambiental a discussão da responsabilidade civil pelos atos lesivos cometidos em face ao meio ambiente é, atualmente, uma das problemáticas mais importantes.

A responsabilidade civil concentrava seus efeitos essencialmente no Direito Privado. Porém, buscando garantir maior eficiência à tutela do bem ambiental o referido instituto se viu diante do dilema de abandonar os traços exclusivos de proteção aos direitos individuais e/ou patrimoniais para também abarcar os direitos difusos e/ou coletivos.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, a grande dificuldade da contemporaneidade foi transpor os limites do individualismo para o coletivismo. Nesse contexto afirma ser a oposição entre o interesse público e o interesse privado a causa impeditiva do desenvolvimento de novas ideias. Assevera ainda que “os interesses difusos constituem uma tentativa de garantir a equiprimordialidade entre o interesse público e o interesse privado, através do reconhecimento do caráter intersubjetivo dos conflitos jurídicos” (2000, p. 263).

Na dicção de Jeanne da Silva Machado, no que tange ao interesse coletivo:

O interesse coletivo estaria relacionado a sujeitos determinados, os quais possuem um vínculo fático que os aglutina e cujo objeto de interesse é comum ou indivisível a esse grupo de pessoas. Nesse caso, o interesse não é do indivíduo apenas, mas de toda a coletividade a que está vinculado. O interesse difuso também está relacionado a sujeitos vinculados entre si. Entretanto, abrange pessoas indeterminadas, isto é, não existe possibilidade de quantificar os sujeitos afetados pelo fato comum e indivisível. Nesse caso, o dano também é difuso, não sendo possível precisar quantas pessoas necessitarão de proteção legal, sendo típico o caso do dano ambiental (MACHADO, 2006, p. 48).

A preocupação com a proteção do meio ambiente, primeiramente, foi iniciativa dos países mais industrializados; ao passo que, afóra o desenvolvimento trazido pela atividade industrial bem como o aumento da capacidade humana, também se observou que com o crescente consumo, rápida seria a escassez dos recursos naturais e suas consequências.

Logo, neste contexto, a realidade social hodierna impôs a modificação do modelo jurídico da responsabilidade civil até a consagração da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro (BAHIA, 2010, p. 209).



À luz do Direito Ambiental, houve a premente necessidade em adotar o regime objetivista na responsabilidade civil em face ao dano causado ao meio ambiente, uma vez que a teoria clássica não possuía capacidade de conferir efetiva reparação aos lesados.

Em sua acepção objetivista, a responsabilidade civil ambiental tem sua primeira aparição no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). Conforme o parágrafo 1º do artigo 14 do referido diploma legal, “é o poluidor obrigado, independente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e terceiros, afetados por sua atividade” (BRASIL, 1981).

A responsabilidade civil ambiental também se revestiu da teoria do risco e da solidariedade, adotando assim, a teoria objetiva como medida que garante maior efetividade à reparação dos lesados, vez que esta prescinde do elemento culpa do agente, bastando apenas a demonstração do dano causado e o nexo causal.

Desta forma, o fundamento da responsabilidade se transfere da ação culposa para a atividade de risco que o sujeito escolhe explorar, afastando-se assim os óbices relativos à aplicação da teoria subjetivista na tutela do bem ambiental.

Segundo Carolina Medeiros Bahia (2010, p. 209), “Para fundamentá-la, juristas franceses conceberam a teoria do risco, segundo a qual quem auferir os benefícios econômicos das atividades produtivas, deve suportar os riscos a ela inerentes e reparar os danos dela decorrentes.”

A função da solidariedade se presta a garantir o direito de regresso do sucumbente em face dos demais concorrentes para a efetivação do dano.

E, Elcio Nacur Rezende e Luciano Costa Miguel, discorrendo sobre a solidariedade e a proteção ambiental, destacam:

Com o advento da nova ordem constitucional de 1988, a solidariedade restou consubstanciada em verdadeiro princípio jurídico, por força do seu art. 3º, inciso I, que preceitua ser objetivo fundamental da nossa República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Outrossim, no momento em que o legislador constituinte de 1988 estabeleceu o princípio do desenvolvimento sustentável, enfatizando a real preocupação com as gerações futuras, reforçou por via oblíqua o elemento axiológico da solidariedade entre cidadãos e seus descendentes (REZENDE; MIGUEL, 2013, p. 251).

Sobre a teoria do risco, ressalta-se que dentre suas concepções parte da doutrina e jurisprudência têm associado a responsabilidade objetiva à teoria do risco integral a fim da proteção ambiental, pois inaplicáveis, em razão da relevância do meio ambiente (objeto jurídico), as excludentes de responsabilidade, inclusive, nas hipóteses de caso fortuito e força

maior. Desta forma, a associação da conduta (omissiva ou comissiva) a um dano causado culminará na incidência da responsabilidade por sua reparação integral.

Ao dispensar o elemento subjetivo do conjunto probatório das lides e, ainda, impor sua reparação sob a égide da teoria do risco integral, os maiores responsáveis pelos danos ambientais – as grandes corporações e o Estado tornaram-se responsáveis a reparar o dano causado ao meio ambiente bem como terceiros.

Em que pese a argumentação acerca da impossibilidade do Estado responder de forma solidária em razão da atribuição de reparação aos administrados, deve-se levar em conta que o controle, fiscalização e vigilância das atividades lesivas ao meio ambiente são de responsabilidade do Poder Público, cabendo, ainda, a este a análise das concessões de autorização para exploração dos recursos naturais, bem como dos empreendimentos ou atividades potencialmente poluidoras ou degradadoras, daí originando-se a imputação de responsabilidade solidária da administração por danos ambientais.

Em atenção ao acima aduzido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho discorrem sobre o emprego da teoria do risco integral aplicável ao Poder Público:

A teoria em epígrafe leva a ideia de responsabilização às mais altas elucubrações. De fato, a sua aplicação levaria a reconhecer a responsabilidade civil em qualquer situação, desde que presentes os três elementos essenciais, desprezando-se quaisquer excludentes de responsabilidade, assumindo a Administração Pública, assim, todo o risco proveniente de sua atuação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 243).

Deste modo, cabe ao Estado a obrigação imposta pelo artigo 23, inciso VI, da Constituição da República de 1988, que impõe o dever de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”. Ainda, no mesmo diploma legal, em referência ao bem ambiental, o artigo 225 impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Portanto, ao Estado recairá a responsabilização pelos atos lesivos cometidos por seus agentes, bem como pelos danos cometidos por terceiros de forma solidária, tendo em vista sua conduta omissiva em face das atribuições que lhe foram impostas pela Lei Maior.

Diante da aplicação da responsabilidade civil objetiva conjugada com a teoria do risco integral e a solidariedade, cuja finalidade é de garantir maior efetividade à tutela do bem ambiental, torna-se indispensável a análise dos princípios do Direito Ambiental que regem a responsabilidade ambiental. Ressaltam-se, nesse contexto, os princípios da prevenção, da

precaução, do poluidor-pagador e da reparação integral, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

#### 4.2.1 O princípio da precaução

Paulo Affonso Leme Machado (2007, p. 55), ao se referir sobre o princípio da precaução, cita o jurista Jean-Marc Lavieille “além de responsáveis pelo que sabemos e pelo que deveríamos saber; somos também responsáveis, pelo que deveríamos ter duvidado frente a uma incerteza científica”. Nota-se aqui a atenção ao risco, à probabilidade de dano diante da dúvida dos impactos que determinada atividade poderá causar ao meio ambiente. Nesse caso, a dúvida já se mostra como suficiente para a adoção de medidas, eficazes e economicamente viáveis, para conter a degradação ambiental. Na precaução o desconhecimento científico dos efeitos da execução de uma determinada atividade enseja a antecipação da proteção ambiental por cautela antecipada.

O princípio da precaução encontra-se elencado dentre os 27 princípios da Declaração do Rio de Janeiro de 1992<sup>17</sup>, de modo que sua observação deverá ser obrigatória quando presente ameaça de danos sérios e irreversíveis. Foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de tratados internacionais, a exemplo da Convenção da Diversidade Biológica e da Convenção de Mudança do Clima. Ambas elaboradas a partir dos trabalhos da Conferência das Nações Unidas do Rio de Janeiro de 1992 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Na legislação interna, podemos vê-lo consagrado, dentre outras, na Constituição da República de 1988, em seu Capítulo VI – Do Meio Ambiente, artigo 225.

José Adércio Leite Sampaio, sobre o princípio da precaução, assinala duas concepções, todavia, ambas se assentam no primado da dúvida sobre o impacto ambiental e na adoção de medidas de proteção ambiental.

O primado da dúvida sobre o impacto ambiental de qualquer atividade humana e a adoção de medidas destinadas a salvaguardar o meio ambiente: 1- Forte: postula o impedimento das ações lesivas e a máxima in *dubio pro natureza*, nesta concepção exige-se prova absolutamente segura de que não haverá danos além dos previstos para liberação de uma nova tecnologia. 2- A concepção fraca leva em consideração

---

<sup>17</sup> Princípio 2. Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional. ONU. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro. 1992.

riscos os custos financeiros e os benefícios envolvidos na atividade, partindo, em regra, de uma ética ambiental antropocêntrica responsável (SAMPAIO, 2003, p. 58).

Embora eivadas de divergências, convergem ambas as correntes ao disporem sobre a incerteza científica do risco de dano que certa profissão ou atividade poderá causar ao bem ambiental, bem como no objetivo de salvaguardar o meio ambiente dos possíveis danos advindos do exercício da atividade.

A pretensão de tutelar o bem ambiental verifica-se na “corrente forte” de forma mais extremada e na “corrente fraca” de forma racional ao pontuar uma política de gerenciamento de riscos decorrendo deste fato sua menor adesão.

Acentua-se que o princípio da precaução não possui a intenção de postular uma política de risco zero, vez que seria uma utopia tal ideia. Todavia, se presta de fato à reflexão sobre a importância do bem ambiental em face da necessidade da atividade ou profissão que se pretende implantar. Desta forma, busca inculcar ao conceito de desenvolvimento sustentável a adequação dos interesses envolvidos.

O princípio visa influenciar ainda na fase de tomada de decisões os casos em que não se tem a certeza no plano científico dos impactos ambientais, privilegiando-se, assim, o meio ambiente em detrimento da atividade, neste caso, *in dubio pro natura*, impondo o benefício da dúvida. Ressalta-se que a ordem econômica, sobre o prisma constitucional, no artigo 170, inciso VI<sup>18</sup>, traz como sustentáculo do desenvolvimento a defesa do meio ambiente (BRASIL, 1988).

João Paulo Fontoura de Medeiros, acentuando a função da propriedade e a redução da desigualdade, constantes nos incisos III e VII<sup>19</sup>, do artigo 170, pontua que:

De fato, nenhuma dúvida sobrevive à leitura do inciso VI do artigo 170 da Constituição Federal brasileira, que consagra o princípio da “defesa do meio ambiente” como um dos preceitos gerais de observância da “Atividade Econômica”. Algo que não causa surpresa justamente em virtude de o artigo 170 da Constituição Federal brasileira expressamente determinar a ordem econômica “...tem por fim assegurar a todos uma existência digna”, desde que observadas a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente, nos moldes do que dispõem os incisos III e VII de tal dispositivo constitucional. Ainda mais se mantida nítida a noção de que os direitos fundamentais em geral são a expressão mais imediata da dignidade da

<sup>18</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

<sup>19</sup> III - função social da propriedade.

[...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais.

pessoa humana, sendo esta o princípio unificador de todo o sistema daqueles (MEDEIROS, 2012, p. 149).

Não obstante a clareza do mandamento constitucional quanto à relevância da questão ambiental, destaca-se que, conforme o artigo 225, o que é assegurado é o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, o que remonta a uma premissa de equilíbrio do meio ambiente, refutando, assim, a ideia de inalterabilidade deste (BRASIL, 1988). Desta forma, deve-se considerar os limites de tolerabilidade, impondo-se a verificação do comprometimento ou não do equilíbrio ecológico para a configuração do dano ecológico e o estabelecimento de um parâmetro entre o conceito de dano e a definição do que se entende por desenvolvimento sustentável. A ideia de desenvolvimento sustentável se forma a partir da conjugação da inevitabilidade do progresso com o respeito aos limites de tolerância dos ecossistemas bem como a seus limites de irreversibilidade (MEDEIROS, 2012, p. 150).

De outro modo, a adoção do princípio da precaução veio a modificar a prática do Direito Ambiental no âmbito judicial. Os juízes passam a ter que trabalhar com a probabilidade, evitando a possibilidade de ocorrência de danos graves e irreversíveis e, imputando ao ofensor aparente o dever de comprovar o contrário. Salienta-se que de modo diverso da prevenção, onde se tem os instrumentos de avaliação e estudo de impacto ambiental, apresentados ao Poder Público para fins de licenciamento da atividade proposta pelo empreendedor.

Para Antonio Herman V. Benjamin:

Com isso, pode-se dizer que o princípio da precaução inaugura uma nova fase para o próprio Direito Ambiental. Nela já não cabe aos titulares de direitos ambientais provar efeitos negativos (=ofensividade) de empreendimentos levados à apreciação do Poder Público ou do Poder Judiciário, como é o caso de instrumentos filiados ao regime de simples prevenção (p. ex., o Estudo de Impacto Ambiental), por razões várias que aqui não podem ser analisadas (a disponibilidade de informações cobertas por segredo industrial nas mãos dos empreendedores é apenas uma delas), impõe-se aos degradadores potenciais o ônus de corroborar a inofensividade de sua atividade proposta, principalmente naqueles casos onde eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala. (BENJAMIN, 1998, p. 92).

Na precaução, há a inversão do ônus da prova, impondo-se àqueles que pretendem exercer certa atividade, o dever de provar o exercício inofensivo, nos casos em que o dano possa ser de difícil reparação ou ainda irreparável.

Por fim, pode-se dizer que na precaução não há reparação, pois esta, por medida, proíbe o exercício de atividade potencialmente danosa tendo em vista a incerteza científica da

ocorrência de dano grave e de difícil reparação. Inaplicável, portanto, a responsabilidade civil face à aplicação do princípio da precaução.

#### 4.2.2 O princípio da prevenção

Existem duas situações acerca do dano ambiental, a primeira ocorre diante do conhecimento do risco, em que pese o objetivo de prevenir; e a segunda que pressupõe que se adote uma conduta diante da incerteza científica do risco de dano que certa profissão ou atividade irá causar ao bem ambiental, cabendo neste último caso, conforme acima explicitado, a precaução.

Desta forma, entre os princípios da prevenção e precaução opera-se grande distinção. O primeiro trata do risco conhecido, sendo possível antecipar-se à prevenção dos processos lesivos ao bem ambiental. Já o segundo, por se tratar de um dano ambiental incerto, impõe parâmetros de precaução a fim de salvaguardar o bem ambiental.

Assim, dispõe Édis Milaré:

De maneira sintética, podemos dizer que a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto. Ou ainda, a prevenção se dá em relação ao perigo concreto, ao passo que a precaução envolve perigo abstrato (MILARÉ, 2011, p. 1069).

O princípio da prevenção é reconhecido expressamente pela Declaração de Estocolmo de 1972, em seu Princípio 6<sup>20</sup>, de onde se depreende que “o despejo de substâncias tóxicas e de liberação de calor em quantidades que excedem a capacidade do meio ambiente de absorvê-las sem dano deve ser interrompido” (ONU, 1972).

De acordo com José Adércio Leite Sampaio (2003, p. 71), “A prevenção se aplica a impactos ambientais já conhecidos, informando tanto o estudo de impacto e o licenciamento ambientais; enquanto a precaução diz respeito a reflexos ao ambiente, ainda, não conhecidos cientificamente”.

Nesse sentido, em que pese as especificidades, ambos os princípios encontram-se intimamente relacionados; o da precaução em sua forma genérica e o da prevenção em seu

---

<sup>20</sup> O despejo de substâncias tóxicas ou de outras substâncias e de liberação de calor em quantidades ou concentrações que excedem a capacidade do meio ambiente de absorvê-las sem dano, dever ser interrompido com vistas a impedir o prejuízo sério e irreversível aos ecossistemas. ONU. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Estocolmo, 1972.

caráter específico. Ambos em busca da proteção ambiental evitando sua degradação pela prática de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o princípio da precaução encontra-se dentro do princípio da prevenção, não havendo que se falar em precaução na órbita constitucional a não ser, repita-se, por meio do princípio da prevenção, conforme disposto no artigo 225 da Constituição da República de 1988.

Assim concluímos que no plano constitucional o art. 225 estabelece efetivamente o princípio da prevenção sendo certo que o chamado “princípio da precaução”, se é que pode ser observado no plano constitucional, estaria evidentemente colocado dentro do princípio constitucional da prevenção.

[...]

Cabe ainda destacar, em harmonia com a decisão da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ainda que possível argumentar no plano infraconstitucional a existência de um chamado “princípio” da precaução, não deve ele ter base apenas em possibilidade teórica de risco de degradação ambiental; deve prevenir e evitar situação que se mostra efetivamente apta à causação desse dano (FIORILLO, 2013, p. 201).

Nessa esteira de entendimentos, trata-se a precaução de orientação normativa antes política que jurídica, não sendo possível a aplicação de medida qualquer com fundamento exclusivo no princípio da precaução. Ter como princípio autônomo a precaução seria o mesmo que conduzir a atividade econômica a uma paralisia por meio de uma estatística de incertezas científicas. Entretanto, tal posicionamento não se justifica uma vez que não se trata a precaução da primeira medida a ser adotada, muito embora, em face da ausência da certeza científica e da possibilidade de danos graves e irreversíveis seja ela possível.

Em que pese as discussões acima apontadas, fato é que os tribunais vêm aplicando ora o princípio da precaução, ora o princípio da prevenção ambos amparados no artigo 225 da Constituição da República de 1988, que versa sobre a proteção ambiental.

O princípio da precaução foi aplicado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Câmara Reservada ao Meio Ambiente, em Apelação Cível 990.10.119966-1, apresentada pela Fazenda do Estado de São Paulo, pela Prefeitura Municipal de Guarujá e pela Companhia de Propósito Específico Península do Tucuruçutuba contra o Ministério Público do Estado de São Paulo. Trata-se de Ação Civil Pública Ambiental face ao projeto de construção de complexo hoteleiro em área de preservação permanente no município do Guarujá. O tribunal entendeu pela necessidade de apresentação e aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, com cabimento no princípio da precaução e em atendimento da

máxima *in dúbio pro ambiente*. Na presença de uma probabilidade mínima de que ocorra dano como consequência da atividade potencialmente lesiva, faz-se necessária providência de ordem cautelar, vez que tal princípio é corolário da diretiva constitucional que assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida.

No julgado aduziu que segundo o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, enquanto evidente mandamento constitucional disciplinador de direito fundamental como tarefa ou fim de caráter imperioso, a cautela é medida que se impõe. Incide na espécie o princípio da precaução, segundo o qual "as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida, quando haja incerteza sobre se uma dada ação os vai prejudicar. Tal princípio, positivado em documentos internacionais e no ordenamento interno, traduz-se na adaptação de conhecido brocardo latino: *in dúbio pro ambiente*; ou seja, existindo dúvida sobre a periculosidade que determinada atividade representa para o meio ambiente, deve-se decidir favoravelmente a ele - ambiente. Sempre que houver probabilidade não quantificada mínima de que o dano se materialize como consequência da atividade suspeita de ser lesiva, há necessidade de uma providência do Poder Judiciário.

Por fim, invocou o artigo 225, parágrafo primeiro, inciso IV da Constituição Federal de 1988, de onde se lê que "incumbe ao Poder Público exigir para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade" (BRASIL, 1988). Observou que assistiu razão ao Ministério Público ao salientar que a emissão de alvarás para construção de complexo hoteleiro pela municipalidade se deu antes de realização e aprovação do Estudo de Impacto Ambiental. Necessária é a exigência da apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, com a correta suspensão dos efeitos e declaração de nulidade dos atos administrativos consubstanciados no respectivo alvará.

Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná aplicou o princípio da prevenção. O Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública, em face do Município de Curitiba, da Construtora e Incorporadora Nicoletti Ltda e da Voltec Construções e Empreendimentos Imobiliários, visando, liminarmente, a paralisação da construção de condomínio residencial, sob o fundamento de que se tratava de Área de Preservação Permanente.

Diante do deferimento da medida liminar, a Construtora e Incorporadora Nicoletti Ltda apresentou recurso AI 987040-4 ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná contra a decisão, sob a alegação de que nos termos do artigo 4º, inciso I, alínea "a", da Lei nº 12651/2012, a Área de Preservação Permanente é de trinta metros contados da margem do



córrego e que a única construção realizada dentro desta, ou seja, foi a obra de canalização, devendo ser, a decisão, segundo ela, limitada à paralisação das obras ao perímetro relativo à Área de Preservação Permanente.

O tribunal asseverou que a própria Construtora confessava que a obra de canalização foi realizada em Área de Preservação Permanente, ao afirmar que não existia dentro daquela área, qualquer outra obra realizada e que a construção das residências que ali seriam edificadas, sequer foram iniciadas.

No julgado, a decisão foi fundamentada também segundo a Lei nº 12651/2012, artigo 4º, inciso I, alínea “a”. Na respectiva Lei, Área de Preservação Permanente é a área coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (BRASIL, 2012).

O tribunal ressaltou que o fato da Lei estabelecer que a Área de Preservação Permanente é de trinta metros contados da margem do córrego de água, não significa que o restante da área onde se realizava a obra não seja, em virtude de outras características da região, Área de Preservação Permanente, já que o conceito, como visto, é extremamente amplo. Nessas condições, considerando o princípio da prevenção, segundo o qual os danos ambientais devem ser evitados, já que são de difícil reparação, o tribunal determinou a suspensão das obras do condomínio residencial, porque realizada em Área de Preservação Permanente.

Nos dois julgados acima, pode-se perceber que muito embora não se possa confundir os princípios da precaução e prevenção, ambos objetivam o cumprimento do mandamento constitucional exposto no artigo 225 de preservação do meio ambiente. Entretanto, ressalta-se que em casos mais complexos e que envolvam questões socioeconômicas, em razão do interesse público, a distinção na aplicação destes se torna medida necessária.

O princípio da prevenção encontra-se insculpido na quase totalidade das normas ambientais, sendo aplicado em todos os casos em que se tem conhecimento dos impactos ao meio ambiente que determinada atividade irá causar. Resulta não só nas medidas a serem adotadas para eliminação ou mitigação dos impactos ambientais, mas também auxilia na elaboração de novas políticas ambientais.

Por fim, ressalta-se que a prevenção representa uma das funções da responsabilidade civil e, ainda que adotadas as medidas orientadas, na existência de dano, haverá a obrigação de reparar. Essa obrigação de reparação tende a dissuadir a prática de atos lesivos contra o meio ambiente.

#### 4.2.3 O princípio do usuário-pagador

No ciclo produtivo, além da colocação do produto no mercado, se tem as externalidades positivas, cujos efeitos geram benefício social e, as negativas, nos casos em que o empreendimento gera efeitos prejudiciais que vêm a impactar toda a sociedade, exemplo disso, o despejo de resíduos no meio ambiente. Ressalta-se que são nas externalidades negativas, em geral de caráter poluidor, que o princípio do poluidor-pagador vem a ser aplicado por meio de um valor econômico a ser imputado ao agente poluidor, em razão dos prejuízos amargados por toda a sociedade.

A dificuldade técnica e institucional de se apurar o custo derivado das externalidades negativas advindas da utilização dos recursos naturais, ocasionando a não consideração destas na tomada de decisão, tem feito com que os preços de mercado ou o custo desses recursos ambientais não reflitam seu real valor econômico. Tem-se que este custo deveria ser acrescido ao preço de mercado do produto representando, assim, o preço social do recurso utilizado, a ser repassado a cada usuário pelo dano causado pela sua utilização.

Para Jorge Henrique de Oliveira Souza (2009, p. 113), o princípio do poluidor pagador se divide em dois momentos, um da prevenção e preservação, na medida em que busca evitar a ocorrência de um dano, e outro da efetiva reparação caso em que o evento danoso já se operou.

Nessa linha de entendimento, nitidamente, o princípio se divide: no primeiro momento que exige que o agente econômico realize investimentos para a prevenção e a preservação dos bens ambientais que se utiliza; e no outro momento, que é o da responsabilização pelo dano ambiental efetivamente causado (SOUZA, 2009, p. 113).

Nos princípios do poluidor-pagador e do consumidor-pagador pode-se perceber a valoração do uso do recurso ambiental, dos quais se extraem contraprestações pela utilização dos recursos naturais.

Conforme Fernanda Aparecida Mendes e Silva Garcia Assunção:

[...] ambos os princípios instituem a valoração econômica, seja do uso, da degradação ou da poluição dos bens ambientais. O uso dos recursos hídricos, por exemplo, ensejará o pagamento pelo metro cúbico, montante arrecadado e aplicado para a melhoria da qualidade/quantidade hídrica na bacia em que for retirado. Já a degradação ambiental, gerando impacto, ensejará o pagamento para prevenção, medidas mitigadoras e compensatórias, como a instituída pela Lei 9.985/2000, modificada pelo Decreto 6.848/2009. Ou, em casos de superação dos limites de tolerância, ainda arcarão com um montante a título de sanção, tendo em vista o dano ambiental causado (MENDES; ASSUMPCÃO, 2013, p. 119).

No princípio do poluidor-pagador, verifica-se a necessidade de inculir o custo da degradação/poluição na produção. Impõe-se ao poluidor um custo por sua atividade, operando-se um mecanismo de compensação e alocação de custos em face à responsabilidade pelo ato atentatório ao bem ambiental. Sob a ótica do princípio, os custos da poluição não devem ser externalizados e sim acrescidos ao preço de mercado a fim de financiar medidas que venham a prevenir os impactos ambientais gerados por determinada atividade.

Para Antonio Herman V. Benjamin:

O princípio poluidor-pagador, de maneira bem rasteira, equivale à fórmula “quem suja, limpa”, elementar nas nossas relações cotidianas. O princípio, aclamado pela Constituição Federal, significa que o poluidor deve assumir os custos das medidas necessárias a garantir que o meio ambiente permaneça em um estado aceitável, conforme determinado pelo Poder Público. Em outras palavras, o princípio determina que “os custos da poluição não devem ser externalizados, fazendo com que os preços de mercado “reproduzam a totalidade dos custos dos danos ambientais causados pela poluição – ou melhor, os custos da prevenção desses prejuízos. (BENJAMIN, 1998, p. 93).

Desse modo, o que se pretende é que o responsável pela atividade efetiva ou potencialmente lesiva ao meio ambiente arque com as despesas relativas à prevenção, controle e reparo dos impactos ambientais pertinentes ao risco derivado da prática de sua atividade.

Entre outros dispositivos legais posteriores, por meio do artigo 4º, inciso VII<sup>21</sup>, da Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), tem-se consagrado o princípio do poluidor-pagador; observada a imposição “ao poluidor e ao predador, da obrigação de reparar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” (BRASIL, 1981).

O princípio do poluidor-pagador, também, encontra-se expresso no Princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992<sup>22</sup>, pelo qual o poluidor, em princípio, deve arcar com os custos da poluição, atribuindo às autoridades nacionais o dever de procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos.

Em sua primeira vertente, importa ressaltar a natureza preventiva do aludido princípio, vez que não se impõe como medida de reparação direta do dano ambiental. Por outro lado, em segunda vertente, nota-se que, ao internalizar as externalidades ambientais ao

---

<sup>21</sup> Art 4º: VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

<sup>22</sup> Princípio 16. As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

custo da produção, se busca atribuir ao princípio do poluidor-pagador a reparação indireta do dano causado ou potencialmente factível (STEIGLEDER, 2011, p. 168-169), tendo em vista violação de interesses difusos, coletivos e, na eventualidade, individuais homogêneos juridicamente tutelados. A reparação indireta se refere à capacidade funcional ecológica bem como à capacidade de aproveitamento humano do recurso natural. Neste último, deve-se atentar pela privação do uso daquele recurso pelo ser humano.

Lado outro, do princípio do poluidor-pagador exsurge o princípio do consumidor-pagador refletindo o custo social do uso e esgotamento do recurso. Trata-se de uma compensação deferida à coletividade, titular do bem, pelo consumo do produto gerador do impacto ambiental.

Porém, observa-se que o custo dos bens e serviços não reflete o custo total dos impactos negativos associados ao processo de produção. Eis uma problemática para a efetiva reparação integral objetivada. Verifica-se que as regras de reparação ambiental, por si só, não são instrumentos hábeis para a compensação integral do meio ambiente degradado, demandando outros mecanismos/instrumentos aptos a implementá-la. Tem-se aqui uma das grandes dificuldades da reparação ambiental, qual seja, a apuração do passivo ambiental.

#### *4.2.4 O princípio da reparação integral*

O Direito brasileiro adotou o princípio da reparação integral dos danos ambientais. O princípio prevê a reparação em sua integralidade ou o pleno ressarcimento da lesão causada e, qualquer norma em sentido contrário ou que disponha limitações à reparabilidade plena deve ser considerada inconstitucional (MILARÉ, 2011, p. 1252).

O princípio da reparação integral é o que mais se associa aos objetivos da proteção ambiental tendo em vista a insuficiência das medidas compensatórias, uma vez que estas pressupõem a perda daquele meio ambiente degradado.

Conforme prelecionam Bruno Torquato de Oliveira Naves e Livia Máris Barbosa Câmara:

[...] o princípio da reparação integral impôs o dever completo de ressarcimento dos danos causados em todas as suas esferas. O reconhecimento de tal princípio abriu novas fronteiras para a responsabilidade civil, permitindo que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário alargassem as hipóteses de responsabilidade objetiva; reduzissem, em alguns casos, as excludentes de responsabilidade; e permitissem a responsabilização de danos oriundos de atos ilícitos (NAVES; CÂMARA, 2014, p. 100).

O dever da reparação integral pode ser percebido na leitura do artigo 225, parágrafo 2º, da Constituição da República de 1.988 que diz que aquele que explorar recursos minerais obriga-se a recuperar o meio ambiente degradado (BRASIL, 1.988). A recuperação das áreas degradadas, de acordo com a Lei 6.938/81, artigo 2º, inciso VIII, torna-se um princípio a ser seguido pela Política Nacional do Meio Ambiente. Desta forma, com vistas à utilização racional e disponibilidade permanente dos recursos naturais, pretende-se alcançar a preservação e restauração dos recursos ambientais, garantindo a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida, de acordo como o artigo 4º, inciso VI da referida Lei (BRASIL, 1981).

Todavia, deve-se atentar ao fato de que o princípio da reparação integral não se mostra suficiente para estancar as preocupações relativas aos efeitos da degradação ambiental. A recuperação de um meio ambiente tal qual o estado de antes, é praticamente impossível, permitindo tão somente o estado de “recriação” daquilo que se destruiu. Essa “recriação” jamais suprirá o que se perdeu, sempre restará em prejuízo, ainda que na privação da sociedade no uso do bem ambiental até que este se restabeleça, por exemplo, no caso de replantio de espécie nativa.

Nesse sentido, preleciona João Paulo Fontoura de Medeiros:

Em termos de restauração *in natura*, há de se ter em mente a necessidade de recriar “...um novo estado de coisas” que se mostre similar ao que tenha sido degradado. Algo que evidentemente se dá “...na medida do possível”, justamente por se ter de lidar sempre com uma “...impossibilidade de substituir os componentes naturais do ambiente por outros idênticos”. Tudo se resume à circunstância de que a degradação do ambiente “...não permite jamais, a rigor, o retorno da qualidade ambiental ao estado anterior ao dano, restando sempre sequelas do danos ambiental insuscetíveis de serem totalmente eliminadas”, de tal sorte que “...há sempre, em maior ou menor grau, algo de irreversível na lesão acarretada ao meio ambiente”. O que não se confunde com a hipótese de a reparação *in natura* terminar por se revelar inviável, caso em que “... a satisfação do interesse ecológico exige a busca de novas soluções que, ao menos, impeçam a ausência total de reparação ou sua automática substituição pela indenização pecuniária”, com o que se abre caminho para a intitulada *compensação subsidiária* (MEDEIROS, 2012, p. 172).

Sob a perspectiva da impossibilidade de reparação, tornando-se esta inviável, sugere o autor a compensação subsidiária espelhando-se no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor<sup>23</sup>, de onde se pode extrair, a título de compensação, um resultado prático equivalente ao que se tinha antes da degradação. Mas, ainda assim, permaneceria a

---

<sup>23</sup> Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

dificuldade de se encontrar uma equivalência estritamente ecológica, daí concluir-se pela primazia da preservação (MEDEIROS, 2012, p. 173).

Nos moldes atuais da responsabilidade civil ambiental, na impossibilidade da reparação integral, ou seja, do retorno ao estado de antes, esta se converterá em um valor indenizatório a título de compensação. Aqui o problema gira em torno da quantificação dessa compensação, ou ainda mesmo, da apuração do valor do passivo ambiental gerado com a degradação.

Para Rodolpho Barreto Sampaio Júnior o princípio da reparação integral impõe o dever do pleno ressarcimento do ofendido, nem mais, nem menos. Adverte, ainda, o autor, sobre a atribuição da função punitiva à responsabilidade civil.

Nada além do retorno ao *statu quo ante*. Talvez seja a melhor definição do princípio do pleno ressarcimento, porquanto consiste, tal princípio na integral reparação do dano que foi indevidamente infligido à vítima. O que se pretende é o ressarcimento por todos os danos causados, sejam estes morais ou materiais, presentes ou futuros.

[...]

Ao se permitir a condenação do ofensor ao pagamento da indenização pecuniária cujo montante não está necessariamente adstrito ao valor dos danos materiais efetivamente sofridos pela vítima, e ao se reconhecer a possibilidade de se majorar o valor da indenização por danos morais com o intuito de punir o ofensor, criou-se a possibilidade da responsabilidade civil ser utilizada para controlar a vida em sociedade, porquanto o comportamento tido como anti-social pelo magistrado poderá ser severamente punido na esfera civil, por meio da imposição do dever de pagar elevada quantia pecuniária pelos danos morais infligidos, os quais não guardam sintonia com os danos materiais que foram causados (SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p. 228; 232-233).

O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002 delinea o *quantum* indenizatório na medida em que assevera que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (BRASIL, 2002). Desta feita, pode-se dizer que o referido diploma adota como critério de análise para o arbitramento do valor a ser indenizado a título de compensação, a intensidade da culpa daquele que degradou o meio ambiente.

Entretanto, não obstante o estabelecimento do critério grau da culpa realizado pelo Código Civil de 2002 na quantificação da indenização a ser prestada, deve-se, em matéria ambiental, atentar-se para o fato de que o agente causador do dano responderá independentemente de culpa. Isto em acatamento à reparação integral do dano conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 14 da Lei n. 6.938/81 (BRASIL, 1981), devendo a respectiva

compensação ser arbitrada em razão da degradação gerada e não da intensidade da culpa do agente causador do dano.

Sobre a questão, Édis Milaré assevera ser impossível a adoção de um critério que considere fatores outros que não o dano causado:

Isso porque o Brasil adotou a teoria da reparação integral do dano ambiental, o que significa que a lesão causada ao meio ambiente há de ser recuperada em sua integralidade e qualquer norma jurídica que disponha em sentido contrário ou que pretenda limitar o montante indenizatório a um teto máximo será inconstitucional (MILARÉ, 2011, p. 1252).

Nesse sentido, importa salientar que a compensação dar-se-á apenas em face da impossibilidade de restabelecimento ao estado anterior e, frente à irreparabilidade. A indenização do bem ambiental lesado será revertida para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, conforme previsto no artigo 13 da Lei n. 7.347/85<sup>24</sup> que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, dentre outros. A compensação por meio da indenização sempre levará à certeza da perda do bem ambiental atingido pressupondo o repasse, na integralidade, das externalidades negativas à sociedade.

Outra questão relevante a ser abordada é se a responsabilidade dar-se-á sob as bases da teoria do risco criado ou se da teoria do risco integral. A integralidade da reparação não se confunde com a base teórica da responsabilidade a ser aplicada.

As principais consequências da objetivação da responsabilidade fundada na teoria do risco integral são: a) a prescindibilidade da investigação da culpa; b) a irrelevância da licitude da atividade; e, c) a inaplicação das causas de exclusão de responsabilidade.

A teoria do risco integral vem sendo aplicada pela jurisprudência na hipótese de acidentes cuja atividade seja considerada de risco ou perigosa, restando os demais casos sob julgo da teoria do risco criado.

Nesse sentido, aponta-se como melhor alternativa para a efetivação do princípio da reparação integral a teoria do risco integral diante da precariedade do reconhecimento, quantificação e atribuição da responsabilidade pelos danos ao meio ambiente. Registra-se que a maioria dos danos ambientais advém de causalidades múltiplas, dificultando, assim, a identificação do ofensor pela dispersão do nexo de causalidade. Ainda, a possibilidade de se

---

<sup>24</sup> Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

invocar as causas de exclusão (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior) deixaria a maioria dos casos indene.

#### 4.2.5 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade é um valor, um atributo da pessoa humana, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.81) ao tecer sobre o que é dignidade assim aduz:

De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente (MORAES, 2003, p. 81).

No ímpeto de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais a Constituição da República de 1.988 consagra em seu artigo 1º, inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo do Estado Democrático de Direito. Como fundamento da República a dignidade da pessoa humana estende-se a todo o ordenamento jurídico brasileiro.

A dignidade da pessoa humana encontra-se elencada na Declaração de Estocolmo de 1972<sup>25</sup>, em seus Princípios 1 e 2. Dispõe a referida Declaração sobre o direito do homem de desfrutar adequadamente de condições de vida em um meio ambiente de qualidade que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar devendo preservá-lo para as futuras gerações.

Posteriormente, a Declaração do Rio de 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ratifica sua observância. No Princípio 1 dispõe que os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável e têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente.

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil, assim disposto no seu art. 1º, inciso III, reflete a ideia cada vez mais presente no nosso ordenamento jurídico e social de privilegiar a pessoa na sua sistematização e apresenta-se em dupla concepção: o direito individual protetivo, tanto em relação ao próprio Estado quanto aos outros indivíduos; e o próprio dever fundamental de igualdade entre os seus semelhantes, devendo o direito ao respeito à sua dignidade corresponder ao dever de respeitar a dignidade de seu semelhante (MACHADO, 2006, p. 115).

---

<sup>25</sup> ONU. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Estocolmo, 1972



Para Maria Celina Bodin de Moraes o princípio contempla outros quatro princípios, quais sejam, solidariedade, igualdade, liberdade e integridade psicofísica:

O substrato material da dignidade desse modo estendida pode ser desdobrado em quatro postulados: I) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; II) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; III) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; IV) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. (MORAES, 2003, p. 85).

Com efeito, a observância do princípio da dignidade humana não só compreende a atuação do Estado na proteção do indivíduo, mas como também o respeito que deve cada indivíduo a seu semelhante.

A Constituição da República de 1988 ao dispor em seu artigo 225 que “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” entabulou um direito fundamental ao meio ambiente e à qualidade de vida (BRASIL, 1998).

Associou a Constituição brasileira, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à própria condição de existência digna da pessoa humana. Não há dignidade em meio à poluição, contaminação e demais degradações, muito menos, condição para uma sadia qualidade de vida. Dessa maneira, em razão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado instituiu-se à coletividade e ao Poder Público um dever, qual seja o de proteção e preservação desse meio ambiente salvaguardando-o também para as gerações futuras. Salienta-se que não se trata o referido dever de norma de mera conduta.

Nesse diapasão, a responsabilidade civil encontra sua essência no princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que imputa ao ofensor a reparação pelo dano causado na vítima. O princípio alarga desta forma, seu conceito e alcance, num primeiro momento, ao lançar sobre a vítima seu enfoque e, num segundo, ao proclamar a responsabilidade objetiva.

Decerto que a responsabilidade objetiva contribuiu sobremaneira na diminuição da quase sempre irreparabilidade dos danos, todavia, duas questões ainda devem ser suscitadas, a sua eminente função reparatória e compensatória e, a insuficiência do patrimônio dos responsabilizados para liquidar a indenização no caso da impossibilidade da reparação.

A simples reparação ou compensação não tem o condão de evitar a lesão a direito de outrem. Nas palavras de Giselda Maria F. Novaes Hironaka:

Observa-se que o instituto da responsabilidade civil, concebido nuclearmente como instituto para a garantia da reparação de danos, investe na ideia de que a obrigação entre cidadãos é especialmente um dever (moral, talvez) de compensação de perdas e danos, em vez de apresentar como um dever de reequilíbrio civil entre os cidadãos, do qual deveria tomar parte, também o Estado (HIRONAKA, 2005, p. 356).

O Código Civil de 2002 adotou a responsabilidade objetiva como exceção e não como regra ao dispor, taxativamente, no artigo 927, aqueles que respondem de forma objetiva pelos danos que causar. Ressalta-se que entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, a diferença encontra-se no ônus da prova, na medida em que, no caso da responsabilidade objetiva, cabe ao ofensor a demonstração das excludentes de responsabilidade e que exerceu sua atividade de forma cuidadosa.

Por longo tempo a noção de culpa foi suficiente para fazer surgir o dever de reparar, mas na pós-modernidade, a culpa foi substituída pelo risco enfraquecendo os contornos da responsabilidade civil. A objetivação em face das atividades que, embora lícitas, sejam perigosas e, por consequência, geradoras de prejuízos ou danos é uma realidade (HIRONAKA, 2008, p. 62).

Desta forma, a responsabilidade civil, tida como instrumento de pacificação social, deve adaptar-se a essa nova realidade, atendendo aos propósitos sociais, não só de reparação, mas como também de meio eficaz de contenção da prática de condutas lesivas, tendo por finalidade a proteção da dignidade da pessoa humana na contemporaneidade.

#### *4.2.6 O princípio da solidariedade*

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito típico de terceira geração, isto porque constitui uma prerrogativa de titularidade coletiva, não individual, gerando reflexos dentro do próprio processo de afirmação dos direitos humanos, abrangendo toda a sociedade. Os direitos de primeira geração consagraram o princípio da liberdade, segundo a garantia dos Direitos Civis e Políticos; os direitos de segunda geração acentuaram o princípio da igualdade, afirmando os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e; os direitos da terceira geração destacam os direitos de titularidade coletiva, estes destinados a toda a sociedade consagrando o princípio da solidariedade.

Já preconiza a Constituição da República de 1988 a construção de uma sociedade livre, justa e solidária indicando a necessidade de uma convivência pacífica e harmônica.

Conforme acentua José Jairo Gomes:

Mas é a solidariedade e a cooperação que impõem às pessoas o auxílio mútuo, cumprindo-lhes solidarizarem-se entre si, mormente quando ação ou atividade uma delas acarrete danos à outra; quem prejudica o próximo, e, todavia, permanece indiferente à sua sorte, comporta-se em desarmonia com a solidariedade que permeia a trama da teia social.

A violação da esfera jurídica da pessoa, seja no patrimônio, seja nos direitos da personalidade, seja, ainda, no âmbito dos direitos coletivos, com causação de dano, implica a quebra da harmonia que deve haver no seio social, ocorrendo a ruptura do equilíbrio solidário existente, o que gera uma crise que deve ser debelada (GOMES, 2005, p. 2005).

A existência de interesses comuns exige um comportamento que se atente ao bem-estar do outro numa perspectiva racional. Assim, a solidariedade busca assegurar o direito ao desenvolvimento e ao patrimônio comum da humanidade; notadamente, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida bem como ao desenvolvimento sustentável.

Ressalta-se que essa preocupação já era prevista na Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972<sup>26</sup>, ao dispor sobre a solidariedade:

Princípio 1. O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

Princípio 2. Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, deve ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.

[...]

Princípio 5. Os recursos não renováveis da Terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso. (ONU, 1972).

A Constituição da República de 1988, ao dispor em seu artigo 225 que “todos têm direito a um 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

<sup>26</sup> ONU. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Estocolmo, 1972.

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” consagrou o princípio da solidariedade intergeracional (BRASIL, 1998). Noutras palavras, estabeleceu um direito-dever, ou seja, um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e um dever de proteção e preservação deste para as presentes e futuras gerações.

Nas palavras de Édis Milaré:

Este princípio busca assegurar a solidariedade da presente geração em relação às futuras, para que também estas possam usufruir de forma sustentável dos recursos naturais. Portanto, haverá sempre tensões. Sem embargo, é preciso anotar que a solidariedade humana – entre as pessoas e destas para com o planeta – é uma fonte do saber e do agir. O ordenamento da natureza já a previu desde sempre. O ordenamento humano natural e, da mesma forma, o social adotam-na como fundamento. O ordenamento jurídico positivo a pressupõe. Por conseguinte, a solidariedade, como valor natural cultivado é fonte para a ética e para o direito (MILARÉ, 2011, p. 819).

Desta forma, a responsabilidade solidária consiste na responsabilização de todos aqueles, setor público ou privado, que, direta ou indiretamente, utilizam os recursos naturais e produz como externalidades negativas, na exploração destes recursos, impacto ambiental. Assim, ainda que individualmente, tomados cada um, não se tenha um responsável, haverá a obrigação de reparação civil.

Cada agente que esteja na cadeia produtiva de utilização dos recursos naturais irá responder pelos prejuízos causados ao meio ambiente civil, penal e administrativamente. De acordo com o artigo 225 da Constituição da República de 1988, parágrafo 3º “as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988).

A responsabilidade solidária pode ser percebida na Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 2º (BRASIL, 1998). Segundo o dispositivo há concorrência na prática de crimes ambientais entre o diretor, administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, no caso de conhecimento de crime ambiental e omissão na proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, pretende-se alcançar a proteção ambiental, não só pela responsabilização após a ocorrência do dano, mas como também, na compreensão, ainda que por interesse próprio, da importância da conduta de todos que se encontram na cadeia produtiva, uma vez que solidários em caso de lesão ao meio ambiente.

## 5 A TEORIA DO *PUNITIVE DAMAGES*

### 5.1 Os sistemas do Direito

Dada a diversidade de Direitos existentes na sociedade e devido as suas semelhanças e diferenças foi possível que estes fossem agrupados sob a forma de famílias ou sistemas de Direito. Os sistemas se formaram pelo vocabulário e conceitos jurídicos empregados, pelas categorias em que as normas poderiam ser agrupadas e pelas técnicas de formulação e interpretação do Direito.

Por serem os sistemas de Direito fruto da concepção da ordem social, tem-se como fatores decisivos para a determinação do sistema jurídico a ser formado, a história, a cultura e os costumes daquela determinada sociedade.

Nos dias atuais, podem ser considerados cinco sistemas jurídicos, quais sejam, o *Civil Law*, o *Common Law*, o Direito Mulçumano, o Direito Consuetudinário e o Sistema Misto (*Common Law* e *Civil Law*).

Os sistemas *Common Law* e *Civil Law* são considerados sistemas díspares, devido aos contextos políticos e sociais próprios em que cada um se formou; o primeiro na Inglaterra e o segundo em Roma. Entretanto, em que pese suas diferenças quanto à formação, conceitos e institutos próprios destes dois grandes sistemas, estes mantiveram contato no decorrer do tempo.

#### 5.1.1 *Common Law*

Originado nas Cortes Inglesas o sistema *Common Law*, muitas vezes, é confundido com o Direito Inglês. Contudo, sua utilização se verifica em países como a Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Austrália, Índia e demais que receberam influência britânica. Tem como fonte primária do Direito os casos já julgados pela Corte cuja observância impõe-se como obrigatória.

O Direito Inglês, aplicado na Inglaterra e no País de Gales, apesar de seu domínio territorial limitado, foi o grande responsável pela formação do sistema *Common Law*, decorrente deste fato a importância da compreensão de seu desenvolvimento. Desenvolveu-se de forma autônoma, sofrendo pouca influência do continente europeu, se renovando pelo Direito Romano ou pela codificação. É um Direito que não sofreu ruptura, sendo atribuída sua continuidade histórica pelo fato de não ter sido perturbado por nenhuma revolução.

René David entende que a história do Direito Inglês se divide em quatro períodos:

O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta na “regra de equidade”. O quarto período, que começa em 1832 e continua até nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração (DAVID, 1998, p. 283-284).

O primeiro período, denominado anglo-saxônico inicia-se com a redistribuição das terras da Inglaterra entre as tribos de origem germânica (saxões, anglos e dinamarqueses). As suas normas eram precipuamente locais e escritas na língua anglo-saxônica. Marcada pela instauração de um poder centralizado na Inglaterra que culminou no feudalismo, a conquista normanda dá início ao segundo período, a partir do qual se originou o *Common Law*. O feudalismo foi de grande importância para a consolidação do *Common Law* (DAVID, 1998, p. 284-285).

José Jairo Gomes em referência ao período anterior, à conquista normanda, assevera que “a Inglaterra possuía um complexo sistema jurisdicional, o qual era eminentemente costumeiro. Tal sistema era descentralizado, havendo diversas *courts* espalhadas pelo país.” (2005, p. 69). Daí a importância da conquista normanda na Inglaterra, vez que, importantes alterações foram introduzidas na administração do Estado inglês e na consecução da Justiça. No Estado surgiram técnicas avançadas de administração pública e, na Justiça, foram implementadas as *Royal Courts*. O termo *Common Law* surgiu em razão do fato de as *Royal Courts* se servirem apenas das normas oriundas desse sistema legal centralizado e comum em todo país, em sentido contrário às antigas leis locais, de aplicação restrita (GOMES, 2005, p. 69).

O desenvolvimento da “regra da equidade” ou *Equity*, que para René David (1998, p. 283-284) é o marco do terceiro período, também é tratado por José Jairo Gomes (2005, p. 70) como um sistema completamente diverso do *Common Law*.

O *Common Law*, como visto, compreende o conjunto de normas vigentes em todo reino inglês. Essas normas, cujas fontes são os costumes e as tradições, eram reveladas nas decisões das *courts*. Já a *equity* compreende o conjunto de princípios radicados na equidade, na ideia de justiça, prevalecendo os princípios do Direito Natural (GOMES, 2005, p. 71).

Acentua-se que, a distinção entre os subsistemas, *Common Law* e *Equity*, pauta-se no fato do primeiro primar pela técnica desvirtuando-se, muitas vezes, da equidade ou justiça que deveria reger o julgamento dos casos em apreço; enquanto que, no fato do segundo, tender pela flexibilidade sendo necessário e muito utilizado na resolução de conflitos que não possuíam previsão ou remédio adequado no *Common Law* a exemplo dos problemas surgidos com o advento da Revolução Industrial.

René David (1998, p. 291) destaca que “a *Common Law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios”. Porém, a *Equity* não foi capaz de levar a *Common Law* ao abandono, apesar de ser um subsistema mais moderno e próximo da justiça. A resistência dos juristas em aceitar a *Equity* e a desorganização com que vinha sendo praticada sua aplicação permitiram a convivência da *Common Law* e da *Equity*, pelo que no Direito Inglês passou-se a ter uma estrutura dualista, conservada até os dias de hoje.

Quanto ao quarto período, ainda segundo a divisão proposta por René David (1998, p. 283-284), conhecido como período moderno, o Direito substantivo passou a ter atenção e a organização judiciária foi modificada de forma que fossem aplicadas as regras da *Common Law* e da *Equity*, além de ser editada uma obra sistemática das regras do Direito Inglês.

O *Common Law* se perfaz através dos litígios, sendo fruto das regras processuais e materiais, aplicadas para a solução de um processo. Trata-se de subsistema puramente contencioso e jurisprudencial. Sua formação se dá por meio das decisões de um litígio (precedentes) as quais são seguidas pelos magistrados no julgamento de casos semelhantes, denotando sua natureza jurisprudencial.

Conforme definição dada pelo *Black's Law Dictionary*, dicionário jurídico do Direito Anglo-Saxão:

Historicamente, a *Common Law* é feita de forma bastante diferente do código continental. O código precede aos julgamentos; a *Common Law* segue-se a eles. O código articula em capítulos, seções e parágrafos, e coloca as regras de acordo com as decisões proferidas. A *Common Law*, de outro lado, é inarticulada até que seja expressa em um julgamento. Onde o código governa, cabe ao juiz o dever de interpretar a lei segundo as palavras que o código utiliza. Onde a *Common Law* governa, o juiz, com base no que agora é o passado esquecido, decidia o caso de acordo com a moral e os costumes, e os juízes seguintes seguiam sua decisão. Eles não procuravam a razão que os levaram a decidir o caso da maneira que o fizeram, a *ratio decidendi*, como isso veio a ser chamado. Isso era o princípio do caso, não as palavras, que constituíram a *Common Law*. Então, historicamente, a *Common Law* é muito menos amarrada do que o código (*BLAKS'S*, 2004, p. 830-831)

Assim, as decisões sobre situações semelhantes possibilitaram uma formação de regras gerais, que se tornaram precedentes a serem observados no julgamento de casos semelhantes. Por isso, pode-se dizer que no *Common Law* a “lei” não é originada dos legisladores, mas, das decisões dos tribunais. Nesse cenário, não existe uma norma positivada a ser considerada no julgamento de um litígio no sistema *Common Law*, mas tão somente, a observância aos precedentes constantes em sua ordem jurídica.

A necessidade de se solicitar um *writ*, para que o litígio fosse solucionado pelos tribunais, fez com o *Common Law* direcionasse seu foco para questões processuais, “buscando a uniformidade e estabilidade das normas” (GOMES, 2005, p. 70).

### 5.1.2 *Civil Law*

O *Civil Law*, sistema jurídico adotado pelo Brasil, é aquele influenciado pelo Direito Romano, fundamentado em normas escritas e codificadas que abarcam de forma genérica casos particulares e são aplicadas na ocorrência de um litígio.

Também conhecido como sistema legal romano-germânico, foi adotado pelos países da Europa Continental, com exceção dos países escandinavos e, também recepcionado por praticamente todos os países da América Latina, África, Japão e Indonésia.

Os países da família romano-germânica possuem constituições, códigos, múltiplas leis, quando outrora as regras e soluções do direito deviam ser procurados em documentos que apresentavam de modo menos sistemático e, na maioria das vezes, sem terem recebido a chancela do poder soberano. Esta modificação introduzida na técnica jurídica é seguramente das mais importantes: ela permitiu acomodar o direito às necessidades de nossa sociedade moderna, fazendo desaparecer muito da inútil variedade e da perigosa incerteza que a maior parte das vezes arruinava a autoridade do direito antigo (DAVID, 1998, p. 89).

Apesar de sua formação contar com a influência do Direito Canônico e do Direito local de cada país, o *Civil Law* retirou suas bases do Direito Romano, motivo pelo qual se torna necessário analisar o sistema a partir do desenvolvimento deste.

A formação do *Civil Law* se deu no século XII, no Renascimento, com os estudos do Direito Romano nas universidades. Frise-se que antes desse período, existiram elementos de caráter consuetudinário que cooperaram na construção desse sistema.

A convivência entre romanos e bárbaros, após a invasão dos povos germanos, acabou por ocasionar uma combinação entre as regras de conduta de cada um desses povos, de modo que o princípio de personalidade da lei foi esquecido.



Os conflitos passaram a ser resolvidos pela lei do mais forte ou arbitrariedade de um chefe. Não havia mais Direito. O ideal de que a sociedade devia garantir os direitos fora abandonado. Somente com o Renascimento ocorrido nos séculos XII e XIII, o Direito foi retomado como forma de garantir a ordem e a segurança necessária ao progresso, passando a ter uma função própria e, conseqüentemente assumindo certa autonomia.

Ressalte-se que o Direito Romano não foi estudado e considerado da mesma forma ao longo do tempo, tendo passado por evoluções em função das diferentes Escolas que o estudaram. Em um primeiro momento, a Escola dos Glosadores procurou o sentido das leis romanas. Em segundo, a Escola dos Pós-Glosadores, desenvolveu direitos novos como o Direito Comercial e o Direito Internacional Privado, além de distorcer o Direito Romano, ao utilizar seus textos para justificar regras adaptadas à sociedade, sem se preocupar com soluções romanas.

Aos glosadores sucedem os pós-glosadores ou comentaristas, que abandonam o método da interpretação Uteral do *Corpus Iuris Civilis* adotado pelos glosadores e criam a doutrina jurídica sistematizada, utilizando-se, para essa sistematização, da escolástica. O estudo do *Corpus Iuris Civilis* pelos glosadores tinha, também, sentido prático, porque consideravam eles que o direito romano justinianeu era direito aplicável, mas não levaram em conta a dificuldade da sua aplicação pela vigência de outras fontes jurídicas como o costume, o direito estatutário fundado no direito germânico e o direito canônico. Para vencer essa dificuldade, os pós-glosadores adotam outra orientação de estudo o *mos italicus*, por ter sido a Itália onde surgiu e mais se desenvolveu, para daí propagar-se por outros países (ALVES, 1992, p. 48-49).

Posteriormente à Escola dos Pós-Glosadores, o Direito ensinado nas universidades distanciou-se do Direito Justiniano para tornar-se cada vez mais, um Direito sistemático, racional e universal. Afastado da ideia de que a ordem natural das coisas decorria de Deus, esse Direito passou a construir a ordem social em torno do homem, atribuindo a ele Direitos Naturais, derivados da sua própria existência.

Em matéria de Direito Privado, a Escola do Direito Natural não inovou. Aceitava as soluções dadas pelos pós-glosadores desde que as regras do Direito Romano não contrariassem a razão, a justiça, os sentimentos e as necessidades da sociedade. A sua grande contribuição foi no Direito Público, contrariamente ao Direito Romano.

A escola do direito natural exige que, ao lado do direito privado, fundado sobre o direito romano, a Europa elabore o que lhe faltou até então, porque a Universidade, orientada para o estudo das leis romanas não se ocupou disso: um direito público consagrando os direitos naturais do homem e garantindo as liberdades da pessoa humana (DAVID, 1998, p. 338).

O acolhimento do Direito Romano pela sociedade, não foi tarefa das mais fáceis. Isso só foi possível no século XIII quando foi imposta a ideia de que a sociedade deveria ser regida pelo Direito. Nesse contexto histórico, a proibição do uso do sobrenatural nos processos, no IV Concílio de Latrão, fez com que os países continentais necessitassem adotar um processo racional. Para tanto, recorreram ao Direito Romano proposto pelas Universidades, formando assim, o sistema do *Civil Law*.

Por fim, o processo se tornou racional, complexo e escrito, realizando profundas mudanças na organização judiciária. Nesse sentido, a administração da justiça passou a ser função somente dos juristas letrados e formados nas universidades, já que se exigia, naquele momento, o conhecimento do Direito Romano, influenciando e determinando o vocabulário, as categorias, as regras e os conceitos aplicáveis.

Nesse cenário, a codificação e a positivação representam marcas precípua do sistema *Civil Law*. A lei é o reflexo da igualdade e da liberdade e o meio pelo qual o juiz deve solucionar o conflito, adequando-o a uma norma já existente. O fato deve ser subsumido à norma para a realização da justiça almejada por aquele que carrega a pretensão.

## **5.2 A formação e origem do *punitive damages***

A formação da doutrina do *punitive damages* pode ser percebida desde o século XVIII na Inglaterra. O juiz, diante de lesões pessoais intencionalmente ocorridas nas relações entre particulares e funcionários públicos, teria a faculdade de condenar o réu a um pagamento ulterior a título de *punitive damages* nos casos de frequência de comportamento arbitrário e vexatório.

Na dicção de Maria Celina Bodin de Moraes:

Embora, em sua configuração atual, os danos punitivos datem do século XVIII, na Inglaterra, em casos de lesões pessoais causadas intencionalmente, em “*trespass to the person*” ou em outras hipóteses específicas, o juiz podia condenar o réu a um ulterior pagamento, a título de *punitive damages*, remédio surgido para tutelar os direitos civis dos súditos em suas relações com funcionários do governo, cujo comportamento era, frequentemente, vexatório e arbitrário. No entanto, os danos punitivos foram progressivamente perdendo a importância, até que, na segunda metade do século XX, tais penas sofreram naquele país importantes restrições, limitando-se sua aplicação a apenas três hipóteses: quando a administração pública privar um cidadão de seus direitos fundamentais; quando obtiver um enriquecimento como consequência de uma conduta culposa; ou quando a hipótese for especialmente prevista em lei (MORAES, 2003, p. 228-229).

Entretanto, foi no século XVIII – 1763 – que o *punitive damages*, conforme feição atual tivera sua primeira aplicação no caso que ficou conhecido como *Wilkes versus Wood* tornando-se este o *leading case* do instituto. Neste caso, o rei George III sentindo-se ofendido em artigo, sem autoria, publicado na revista inglesa *The North Briton* ordenou que fosse expedido mandado genérico que determinava a prisão de qualquer suspeito. Considerando seu opositor culpado, Wilkes teve sua casa invadida e remexida sob a supervisão do subsecretário Wood. Diante do ocorrido Wilkes propôs ação contra Wood, *action for trespass*, requerendo a aplicação do *exemplary damages* a fim de que aquela conduta não viesse a se repetir.

A partir daí novos casos se sucederam, como por exemplo, o caso *Huckle versus Money* cujo autor, tipógrafo, chegou a ser preso pela Corte inglesa sob a suspeita de ter participado da publicação do artigo juntamente com Wilkes. Merece destaque, também, o caso *Rooks versus Barnard*, já em 1964, decorrente de relação trabalhista, por ser demitido pelo fato de ter se desligado do sindicato de classe que havia ameaçado de realizar greve.

Acerca da formação e funções do *punitive damages*, pontua Adriano Stanley Rocha Souza que estes se deram na ordem prática atendendo às funções de reparação, punição e prevenção:

Os *punitive damages*, portanto, não se pautam em nenhuma construção filosófica, como o nosso Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Pelo contrário, são bastante pragmáticos. O fundamento de sua existência é pura e simplesmente a ocorrência de um dano. Reparar esse dano, punir o seu autor e passar para a sociedade o desestímulo à sua repetição. Eis aí a tripla função dos *punitive damages* (SOUZA, 2009, p. 260).

Não obstante o seu desenvolvimento estes foram limitados, no decorrer do tempo, a três hipóteses, quais sejam, no caso de a administração pública lesar direito fundamental do cidadão, no caso de vantagem econômica adquirida em consequência de uma conduta culposa e, por fim nos casos previstos legalmente. Ressalta-se que de modo contrário, o instituto, nos Estados Unidos da América sofreu forte expansão.

Para Rodolpho Barreto Sampaio Júnior:

Assim, já se pode verificar que a liberdade concedida ao magistrado no sistema do *common law* é relativamente mais restrita do que a que se lhe concede no *civil law*, porquanto o ilícito civil de negligência é verificado em certas e determinadas circunstâncias, e a indenização punitiva também só é cabível em hipóteses específicas (SAMPAIO JÚNIOR, 2007, p. 147).

Assim se deu a formação e surgimento do *punitive damages* na Inglaterra, a fim de se evitar a prática de condutas abusivas e lesivas.

### 5.3 O *punitive damages* no Direito Norte-Americano

Os Estados Unidos da América adotou devido à sua formação histórica, o sistema *Common Law*, privilegiando os costumes e julgados da Corte como fonte primária de seu Direito. Em sentido oposto à concepção inglesa, onde o *punitive damages* fora perdendo sua importância ao longo do tempo, houve uma expansão vertiginosa de sua aplicação, a partir da década de 70, nas demandas coletivas, em especial, nas relacionadas à relação consumo.

Conforme perfilha Rodolpho Barreto Sampaio Júnior (2007, p. 145-146), primeiramente deve-se atentar para o fato de que tanto a Inglaterra quanto os Estado Unidos da América, apesar de adotarem o *Common Law* como sistema, guardam algumas peculiaridades, dentre elas ser os Estados Unidos da América nem uma monarquia, nem um Estado Unitário, do contrário, uma república federativa. Ainda o fato da descentralização do poder americano em contraponto com a centralização deste na Inglaterra. Não obstante as divergências apontadas, as convergências entre os sistemas de ambos os Estados são maiores que estas, a exemplo disso, possuem um direito fundamentalmente jurisprudencial além da similitude das divisões das grandes áreas jurídicas e identidade de conceitos do Direito e suas funções. Desta forma, é no Direito Inglês que se deve buscar a origem do fundamento indenizatório no *Common Law*.

Apesar de sua expansão, os danos punitivos aplicados nos Estados Unidos sofrem críticas diante de sua total imprevisibilidade e, para alguns do excesso na sua aplicação e no valor de seu arbitramento. Quando concedidos contemplam dupla finalidade: retributiva (*punishment*) no caso de conduta de extrema reprovação social e desestímulo (*deterrence*) no intento de desestimular a reincidência do comportamento lesivo.

O *punitive damages* não se confunde com o *compensatory damages* que se limita exclusivamente à extensão dos danos sofridos pela vítima, cujo objetivo é repor as coisas ao estado de antes, reparando a lesão causada ou compensando-a na impossibilidade de reparação.

Nelson Rosenvald aponta três critérios de distinção entre o *punitive damages* e o *compensatory damages*, quais sejam, finalidade, individuação do sujeito e perspectiva.

São três os critérios fundamentais para a distinção entre os *punitive damages* e os *compensatory damages*: (1) finalidade – os danos compensatórios se inspiram na necessidade de reprimir a perda súbita sofrida pela vítima (*loss-oriented*), enquanto os *punitive damages* enfatizam a finalidade inibitória (*wrong oriented*); (2) individualização do sujeito a que se aplica o remédio – enquanto os danos compensatórios focalizam a figura da vítima (*victim-oriented*), os danos punitivos concentram sua atenção na figura do autor do *tort* e sobre a sua conduta ilícita (*society-oriented*); (3) a diferença de perspectivas – os *compensatory damages* são retrospectivos, pois focam os danos já suportados pela vítima, com exceção dos futuros prejuízos do ato ilícito, que poderão ser compensados no futuro; enquanto nos danos punitivos esta perspectiva possui amplitude maior, pois eles tendem a inibir o ofensor da prática daquela conduta ilícita. Pode-se afirmar que os *compensatory damages* são retrospectivos, enquanto os *punitive damages* são prospectivos, punindo e desestimulando o ofensor (ROSEVALD, 2013, p. 145).

Segundo o Sistema Federal norte-americano, os Estados possuem autonomia e flexibilidade para definir a aceitação do *punitive damages*, as causas e seu valor. Nesse sentido assevera Maria Celina Bodin de Moraes que:

Antes do mais, cabe ressaltar que, de acordo com o sistema federal norte-americano, os Estados têm flexibilidade para determinar a aceitação, ou não, as causas e o valor, limitado ou não, dos *punitive damages*. Ao júri popular, atribui-se a função de fixar indenização, levando em consideração o interesse estadual em punir desta ou daquela maneira o infrator e em impedir a reiteração de sua conduta. Somente se, e quando, a indenização fixada for considerada abusiva, haverá violação da *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*, obtendo-se, então, o permissivo para o recurso à Suprema Corte Americana. Por esta razão, para que se possa verificar se a indenização fixada é excessiva, deve-se identificar, em primeiro lugar, quais os fundamentos ético-jurídicos exigidos para que sejam aplicados os *punitive damages* (MORAES, 2003, p. 232-233).

Nota-se que cabe ao júri popular a fixação do *quantum* indenizatório, considerando o interesse do Estado na punição e a prevenção de novas práticas. Decerto que pela ausência técnica do júri há lugar para excessos na fixação do valor indenizatório levando-se em consideração o dano efetivo.

Nos Estados Unidos não existe a preocupação com enriquecimento da vítima vez que é considerado instrumento de pacificação social ao punir o ofensor, evitar atos de vingança, desestimular a conduta ofensiva e remunerar a vítima pela afirmação de seu direito.

Dos Estados Unidos, de onde os chamados “danos punitivos” foram importados, não há qualquer preocupação com o enriquecimento da vítima, o qual, antes, é pressuposto. Isso ocorre porque lá se tem o dano punitivo como justificado para que se cumpra alguns objetivos de pacificação social, próprios da cultura daquela sociedade. Ele serve para: I) punir o ofensor pelo seu mau comportamento. II) evitar possíveis atos de vingança por parte da vítima; III) desestimular, preventivamente, o ofensor e a coletividade de comportamentos socialmente danosos, quando o risco de ser obrigado a compensar o dano não constituir remédio persuasivo suficiente; IV) remunerar a vítima por seu empenho na afirmação do próprio direito, através do qual se consegue um reforço geral de ordem jurídica (MORAES, 2003, p. 34)

Conforme se pode averiguar o *punitive damages* vai de encontro com o interesse do Estado na medida em que demonstra a desaprovação com o comportamento lesivo do ofensor bem como satisfaz a vítima na recomposição do estado em que se encontrava anteriormente. Atinge assim o objetivo de pacificação social evitando-se a prática de condutas semelhantes. Há a clara intenção de voltar os efeitos da aplicação da responsabilidade civil, não para a mera recomposição do dano, pouco se importando com o enriquecimento da vítima, mas, antes de tudo na penalização do ofensor pela prática de conduta ilícita.

Conforme perfilha Nelson Rosenvald:

Os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira. Os *punitive damages* possuem grande importância em litígios de responsabilidade civil. Tradicionalmente, entretanto, eles não são concedidos em ações contratuais, não importa o quão malicioso foi o inadimplemento. Entretanto, se a violação do contrato for acompanhada de conduta maliciosa autônoma, os *punitive damages* estarão presentes (ROSENVALD, 2013, p. 143).

Frisa-se que somente há violação da *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment* se houver a consideração da abusividade da indenização determinada, obtendo então o permissivo para o recurso à Suprema Corte Norte Americana. Nos Estado Unidos, as questões que envolvem indenizações por danos punitivos, não são reguladas por critérios e parâmetros estritamente jurídicos, e presencia-se que os mesmos absorvem a lógica de mercado. (MORAES, 2003, p. 233).

Corroborando com o exposto, Cássio Cunha de Almeida afirma que

No direito norte americano o tribunal do júri tem maior grau de participação que nos países como o Brasil (países de tradição de *civil law*). Assim, como dito anteriormente, cabe ao júri, em regra, a fixação do *quantum* do montante a ser auferido em caráter de punitivo. Todavia, a Suprema Corte daquele país agiu no sentido de criar premissas para o devido cabimento do *plus indenizatório*, ante os abusos que surgiam, verdadeiras bizarrices judiciais. Nesse viés, foi reconhecida em sede jurisprudencial, através da Suprema Corte no caso *BMW of North America* que a condenação em patamares desproporcionais fere o princípio constitucional do *Due Process Clause* (ALMEIDA, 2010).

Foi a partir desse caso, *BMW of North America vs. Gore* (1996) que a Suprema Corte norte-americana fixou diretrizes para a aplicação ou não do *punitive damages* bem como para a fixação de seu valor, apesar de a inconstitucionalidade do *punitive damages* já tivesse sido objeto de questionamento em casos anteriores. O caso consistia em uma demanda proposta pelo comprador de um veículo BMW que descobriu que seu veículo fora repintado por danos

no transporte. Por este fato, o comprador sentiu-se lesado, vez que pagou por um veículo novo e tal informação lhe fora omitida. Assim, propôs ação contra a *BMW of North America* sob a alegação de que o veículo valeria menos do que o preço que ele pagou, pedindo, ainda, a aplicação do *punitive damages* acrescido à depreciação do bem pela repintura. O Tribunal do Júri concedeu o pedido de Gore a título de danos compensatórios e condenou a BMW a pagar 4 milhões a título de *punitive damages* pela conduta adotada na venda de cerca de 1.000 automóveis repintados. A BMW interpôs recurso de apelação à Suprema Corte dispendo sobre a sua política obedecer à legislação dos Estados Federados obtendo a redução do valor a títulos de *punitive damages* para US\$ 2 milhões no Tribunal Regional do Estado do Alabama.

Desta forma, a Suprema Corte reconheceu que a condenação à *punitive damages* em quantias não razoáveis violava a *Due Process Clause*. A condenação, desprovida de razoabilidade da condenação e desproporcionalidade da pena fez com que a Suprema Corte determinasse às demais Cortes o uso de três critérios na fixação do *punitive damages*: a) o grau de reprovabilidade da conduta, b) a proporcionalidade entre o *punitive damages* e *compensatory damages* e, c) a previsão normativa para as penas de ilícitos similares. A partir desse julgado limitou-se a liberdade do júri na fixação do *punitive damages* na medida em que o enfoque deixou de ser a espécie dano passando a ser a conduta do seu causador.

Maria Celina Bodin de Moraes aponta que, em regra geral, há fatores que devem ser levados em consideração no processo de imposição e fixação da quantia relativa ao *punitive damages*:

O nexó entre o dano punitivo e o prejuízo sofrido; o grau de culpa do ofensor; a eventual prática anterior de condutas equivalentes; a lucratividade da conduta ofensiva - caso em que o valor dos danos punitivos deverá ser superior ao lucro obtido; a situação financeira do réu; o valor das custas judiciais, as quais devem estar abrangidas pelo valor da condenação, a fim de que as vítimas sejam estimuladas a recorrer à Justiça; a consideração das sanções penais eventualmente já aplicadas, de forma que a indenização seja correspondentemente reduzida (MORAES, 2003, p. 236).

Nesse diapasão, tais critérios servem de parâmetro para que o Estado assegure decisões mais justas e também racionais. Estas devem observar os instrumentos impostos pela legislação norte-americana, tais como, o nexó entre o dano punitivo e o prejuízo sofrido, o grau de culpa do ofensor, a reincidência da conduta, a lucratividade, a situação financeira do ofensor, e o valor das custas processuais.

Observa-se que o julgamento possui então duas etapas. Na primeira, ocorre a averiguação da responsabilidade e, posteriormente, a necessária imposição do *punitive*

*damages*. Ressalta-se, também, não haver limites constitucionais para a fixação de indenizações por *punitive damages*, havendo somente garantia fundamental contra indenizações arbitrárias ou irracionais por violação do *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*.

Os principais casos de aplicação do *punitive damages* no Direito Norte-Americano são a negligência grosseira, em caso de erro médico, acidente de trabalho e acidente de trânsito; nas relações de consumo, na responsabilidade por fraude, na responsabilidade contratual se associada à conduta do agente a prática de um ilícito para o qual haja disposição legal para a aplicação do instituto e na responsabilidade por difamação.

Outro exemplo, o caso da *Texaco vs. Pennzoil* (1984) cuja condenação imputou o pagamento da quantia de 7,3 bilhões de dólares correspondentes à indenização acrescidos de 1 bilhão de dólares a título de *punitive damages*. A *Pennzoil* em negociação com os acionistas majoritários da *Getty Oil* firmavam um acordo que regulava um conjunto de medidas a serem adotadas na sequência das quais a *Pennzoil* e o *Sarah C. Getty Trust* seriam os únicos acionistas da *Getty Oil*. Conforme o acordo a *Pennzoil* pagaria por ação 110 dólares. Após a aprovação deste, foi anunciado publicamente, em 04 de janeiro, antes da abertura da Bolsa de Valores de Nova York, a existência de um acordo entre as partes, enquanto outros aspectos do acordo ainda estavam em negociação. Diante da notícia, a *Texaco*, principal concorrente da *Pennzoil*, passou a negociar em sigilo com os acionistas da *Getty Oil* um plano de aquisição da *Getty*, pagando por ação o valor de 128 dólares. Em 06 de janeiro a *Texaco*, em nota assinada, anunciava o acordo firmado com os acionistas da *Getty* para a aquisição desta. Foi então que a *Pennzoil* propôs ação contra a *Texaco* sob o fundamento de *tort of induction in to breach contract* (responsabilidade pela indução à violação de contrato). A demanda foi julgada procedente com fundamento nos danos sofridos pela *Pennzoil* em razão da interferência ilícita (*tortiously*) da *Texaco* na relação de negócio que estava sendo estabelecida com outro. Uma das mais altas indenizações já impostas pela Corte Americana.

Por fim, é de se considerar que no Direito Norte-Americano a aplicação do *punitive damages* não está adstrita, exclusivamente, ao alvedrio do magistrado, tão pouco se é aplicada genericamente. Ainda, não se permite a aplicação do instituto nos casos de responsabilidade objetiva, já que para esse regime o elemento subjetivo é irrelevante bem como os casos em que a conduta culposa não se apresentou acompanhada por especial gravidade. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 21).



## 6. O PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL

### 6.1 A sociedade de risco como consequência da globalização

Os tempos são outros. O modelo de uma sociedade industrial já não se amolda mais às novas tendências sociais. O indivíduo, cercado pelo medo, requer do Direito uma atuação *ex ante* que possibilite acabar com o perigo de que algo lhe aconteça. Para tanto, estudar-se-á este tópico com fundamento na teoria de Ulrich Beck, sociólogo alemão que tece considerações acerca da sociedade hodierna no sentido de melhor explicar as questões da pós-modernidade.

Na pretensão de contextualizar a responsabilidade civil, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, partem do conceito de sociedade de risco de Ulrich Beck, para afirmar que:

Uma interessante maneira de contextualizar a responsabilidade civil é o recurso ao conceito de “sociedade de risco”, cunhado ainda nos anos 80 por ULRICH BECK. Ao invés de adotar o surrado e verborrágico conceito de “pós” (pós-industrialismo, pós-modernidade) – que apenas aponta para um além que não se pode nomear –, BECK explica que a ciência e a tecnologia modernas criaram uma sociedade de risco na qual o sucesso na produção de riqueza foi ultrapassado pela produção do risco. As principais preocupações da “*sociedade industrial*” e da “*sociedade de classes*” – a criação e a distribuição equitativa da riqueza – foram substituídas pela busca da segurança em uma sociedade catastrófica, na qual o estado de exceção ameaça em converter-se em normalidade (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2014, p. 35-36).

Para Ulrich Beck (2000, p. 23) a sociedade industrial deixa como herança uma sociedade de sequelas advindas de seu próprio modelo de produção, excedendo seus próprios limites. Tem-se que boa parte dessas sequelas são os riscos criados em razão dessa evolução e da escolha da forma como esta se operou; a sociedade descuidou ou mesmo ignorou os reflexos do desenvolvimento desenfreado.

Não se buscou perquirir acerca dos reflexos dessa produção e de como esta se operava. O desenvolvimento a qualquer custo, os avanços na ciência e tecnologia, com a consequente transposição de fronteiras superou a possibilidade de se atentar para as questões ambientais. Estas só foram percebidas diante das catástrofes sofridas pela humanidade e da consciência da escassez dos recursos naturais. O custo do desenvolvimento foi alto demais.

A sociedade pós-industrial por ser multicomplexa e globalizada, é denominada de sociedade de risco. No que concerne à globalização, fronteiras deixam de existir, decisões

políticas de determinado Estado-Nação se fazem sentir extrafronteiras, resultando numa política globalizada, elevando, cada vez mais, as decisões governamentais para o campo internacional; como exemplo, as questões relativas ao meio ambiente.

Augusto Silva Dias (2000, p. 2), reportando-se ao pensamento de Niklas Luhmann, que identifica três fases na história do risco, assim as esquematiza: a) Idade Moderna onde esses riscos ainda são incipientes e controláveis; b) do século XIX à primeira metade do século XX, onde se tem a vontade de conter e domesticar esses riscos mensuráveis e controláveis, que corresponde ao *Welfare State*; c) correspondente ao nosso tempo, inicia-se com o fracasso do *Welfare State*, bem como o aparecimento de novos, graves e incontroláveis riscos, fruto do desmedido desenvolvimento da sociedade industrial tardia.

Mesmo fenômeno acontece no mercado econômico e no comércio que passa a ser em escala mundial. Assim, a economia global é caracterizada não só pelo livre comércio de bens e serviços, mas, sobretudo pelo intercâmbio negocial. Por conseguinte, o crime se dá em escala global com a multiplicação da criminalidade organizada em vários setores da sociedade. As organizações criminosas são criadas para a prática de crimes econômicos que visam a obtenção de lucros exorbitantes e, assim, coloca-se novos desafios ao Direito Penal clássico (SILVA SANCHES, 1999, p. 65).

De fato, os atores principais do mercado já não são os indivíduos ou as classes, e sim, as organizações, vez que o centro de poder está nas empresas e organismos. Observa-se que a globalização possui como característica a diluição de fronteiras do Estado-nação. O primeiro sinal característico da globalização e da sociedade pós-moderna é a individualidade de massas.

Conforme Ulrich Beck (1999, p. 31), o processo é irreversível, apresentando os seguintes argumentos: (a) redução dos espaços geográficos e crescimento do comércio internacional; (b) revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação; (c) reclamação universal por Direitos Humanos; (d) aparecimento de atores supranacionais e transnacionais; (e) pobreza mundial; (f) destruição ambiental; (g) conflitos transculturais localizados.

Márcia Elayne Berbich de Moraes (2004, p. 138), também recorre a Ulrich Beck para assentar o conceito de sociedade de risco. A mudança do paradigma social decorreu da continuidade dos processos de modernização do meio de produção, de forma natural e independente. Os reflexos desse novo modelo de produção vêm a colidir com as bases na sociedade industrial.

Para Ulrich Beck a formação da sociedade de risco não se deve a uma escolha, mas às consequências advindas do processo de modernização:

A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos e seus próprios efeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente, esses últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade industrial (BECK, 1995, p. 16).

Além do caráter invisível e imprevisível para o cidadão, os novos riscos decorrem de decisões humanas que, uma vez tomadas, geram outras decisões que podem comportar riscos, ou, por danos que a sociedade causa a si mesma. É de registrar que alguns elementos da sociedade de risco, notadamente em face dos avanços tecnológicos, gerem para a humanidade, novos riscos, como exemplo a energia nuclear, produtos químicos, tecnologia genética, catástrofes ecológicas, etc.

Uma diferença essencial se faz notar entre os novos riscos e as catástrofes naturais, isto é, os riscos derivam necessariamente de decisões em âmbito industrial ou técnico-econômico de pessoas ou organizações, ao passo que as catástrofes naturais são imputadas ao destino.

Ulrich Beck referindo-se a palavra ‘destino’ assevera:

Quem tiver curiosidade de saber qual experiência política está associada à consciência da crise ecológica acabará se deparando com uma infinidade de afirmações, entre elas a de que se trata de uma autopunição da civilização, algo que não deve ser atribuído a Deus, deuses ou natureza, a decisões humanas e progressos da indústria que emergem das exigências de controle e direcionamento desta mesma civilização. A outra margem desta mesma experiência é o desmantelamento desta mesma civilização que, aplicado a política, pode dar luz à experiência de um destino comum. Destino é a palavra correta, pois todos podem estar expostos (em casos-limite) às decisões científico-industriais; destino é a palavra incorreta, pois estes riscos ameaçadores são o resultado de decisões humanas (BECK, 1999, p. 77).

A modernidade torna-se reflexiva, pois detém a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O “sujeito” dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental (BECK, 1995, p. 12). Assim, a constante da sociedade de risco se encontra em um modelo de modernidade reflexiva, provocando transformações no relacionamento da sociedade industrial moderna com recursos da natureza, da cultura, bem como na relação da sociedade com as ameaças percebidas.

De outro modo, as novas tecnologias combinadas ao desenvolvimento de várias áreas do saber humano, criam situações novas, decorrendo maior proteção e segurança aos indivíduos, num processo contínuo pouco percebido e autônomo de mudanças que afetam as bases da sociedade industrial. A incerteza ante as experiências do passado (sociedade industrial) e uma realidade modificada (sociedade pós-industrial) pelos novos riscos, no decidir das questões, atribuem à modernização um caráter reflexivo.

O escopo do discurso do risco é a existência de algo que ainda não existe, ou seja, algo que não aconteceu, todavia, pode vir a acontecer, enfim uma probabilidade.

Lado outro, os novos riscos, também afetam a noção de espaço. Os novos riscos são simultaneamente locais e globais. As novas ameaças transcendem tanto as gerações como a nações. A própria globalização torna premente estes riscos. A aldeia global torna-se efetivamente pequena no que tange aos grandes riscos, sendo que a própria criminalidade acompanha esta tendência.

Em relação à natureza e cultura, existe uma linha tênue em suas distinções. Para Ulrich Beck (2011, p. 44) não mais há que se falar em barreiras entre natureza e cultura, vez que falar em uma é falar na outra, a exemplo do buraco de ozônio, das contaminações do ambiente ou alimentos, ou seja, a natureza está contaminada pela ação humana em escala global. A sociedade de risco gerou o que se convém chamar de estranha igualdade ou *rectius*; estranha porque nunca antes vista ao nível da própria diluição das categorias de autor e vítima, que ora se confundem, isto é, o efeito *boomerang*.

Observa-se que o paradigma da sociedade de risco provoca transformações na relação da sociedade industrial moderna face aos novos recursos da natureza, bem como da cultura. Os riscos antes pessoais passam a ser globais, por não ficarem mais em um só lugar, fazendo surgir situações sociais de perigo, vez que a sociedade de risco não é mais caracterizada por uma sociedade de classes, passando a ser uma sociedade catastrófica, devido ao efeito *boomerang*.

Desta forma, a sociedade sai do campo do individualismo, pois os novos riscos apontam para o dano coletivo, cuja extensão é de certo modo imensurável. Ou seja, exclui-se dos embates as teses e as antíteses natural-culturais.

De encontro ao escopo do problema, a sociedade de risco resulta dos efeitos dos excessos cometidos em prol do desenvolvimento desmedido cuja característica se traduz na insegurança e no medo destes mesmos reflexos tendo em vista as catástrofes experimentadas.

A sociedade de risco, novo paradigma da era industrial tardia, fruto dos excessos cometidos por uma evolução ‘a todo o custo’ da tecno-ciência calculadora e economocêntrica e provenientes de decisões humanas – mas que são independentes da intenção subjacente a estas -, têm sido causadores de uma pandora de riscos que se podem definir como invisíveis, incalculáveis, potencialmente ilimitados (tanto espacial como temporalmente, como ainda quanto ao círculo de afetados), insusceptíveis de construir objeto seguro que esteja entre todos aqueles que conosco partilham a aventura da vida, provocaram, e têm tendências a provocar, sentimento de insegurança, incerteza e medo nas pessoas e organizações (fruto da chamada ‘reflexividade’ em relação ao caminho obscuro que estamos a tomar, acelerada e naturalmente, e à boa maneira humana, por várias catástrofes – Chernobyl, sangue contaminado, o caso Donãna, a BSE etc. – em suma, sobre os próprios fins da sociedade em que todos acreditamos e que agora se esfumam) (FERNANDES, 2001, p. 69-70).

A sociedade de risco reflete os abusos cometidos de uma sociedade industrial, gerando a insegurança do indivíduo. O risco é inerente à pós-modernidade e por isto exige uma mudança de paradigmas consolidados pelo Estado e pelo Direito, devendo o ordenamento jurídico se adequar a essa nova realidade por meio da criação de instrumentos que condizem com a nova realidade.

## **6.2 A crise da responsabilidade civil no Brasil**

De início esclarece-se que a crise a que se remete este estudo deve ser entendida como um “chamado” para o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, vez que cabe ao Direito estar ao lado da sociedade e de suas necessidades. Assim, não só passa por uma crise a responsabilidade civil, mas como também todo o Direito Civil, fazendo-se necessária a superação de paradigmas até então estabelecidos.

Nesse sentido, aponta César Fiuza:

A crise do Direito Civil pode ser analisada sob diversos aspectos. Em primeiro lugar, a crise das instituições do Direito Civil, basicamente em seus três pilares tradicionais: a autonomia da vontade, a propriedade e a família. Em segundo lugar, a crise da sistematização. Em terceiro lugar, a crise da interpretação (FIUZA, 2014, p. 83).

É notório que o sistema de responsabilidade adotado no Brasil já não é mais suficiente para que o Estado atinja a sua função de garantir a manutenção dos direitos da sociedade pós-moderna. Não só os avanços tecnológicos, mas como também a adoção do capitalismo fez com que essa sociedade se transformasse em uma sociedade de risco. Já não se conta, tão somente, com o dano efetivo, em algumas searas, a exemplo do meio ambiente.

Isto porque o risco da ocorrência de um dano já é suficiente para que o Estado se erga em sua proteção tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado.

A corroborar com essa ideia tem-se que a prática de ilícitos vem crescendo, vertiginosamente, nos últimos tempos. Surge a figura do dano eficiente, este sensivelmente calculado pelo mercado que lucra com um ineficiente sistema de responsabilidade civil que venha a tornar inviável economicamente a prática de conduta lesiva.

A crise está indiscutivelmente evidente. A inadequação e a insuficiência dos códigos estão certamente expostas. Os danos produzem-se em velocidade cada vez maior e em relação estreita com o avanço das tecnologias. Os prejuízos avolumam-se e o foro onde são reclamados incha-se de pleitos que serão decididos por vieses os mais diferentes e disparados. A desarmonia das decisões, ao se tentar aplicar o direito, é resultado claro da confusão que perdura por força da profusão de soluções *a latere*, que tentam minorar a insuficiência da ordem jurídica em vigor (HIRONAKA, 2005, p. 3).

Os processos nos tribunais se avolumam diante do número de ilícitos praticados tornando a tarefa do magistrado hercúlea. Secretarias abarrotadas, insuficiência da legislação e institutos jurídicos “engessados” vêm a colaborar com o atual panorama da ordem jurídica e, por conseguinte, ensejar a disparidade dos julgados.

A sociedade exige do Estado uma resposta à violação dos seus direitos e à insegurança jurídica, dever deste, como realizador da pacificação social.

As mudanças sociais decorrentes da revolução industrial e do avanço tecnológico têm exigido do Estado uma intervenção crescente em favor do bem estar e da justiça social, acentuando-se a importância do direito como planejamento econômico, multiplicando-se as normas jurídicas de programação social e estabelecendo-se novos critérios de distribuição de bens e serviços. O Direito evoluiu de suas funções tradicionais repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação entre os indivíduos na realização dos objetivos da sociedade contemporânea (AMARAL, 1988, p. 11).

Nesse contexto, não se pode olvidar da necessidade da adequação do Direito aos novos contornos da sociedade pós-moderna. Logo, a responsabilidade civil não deve pautar-se, somente, pela reparação do dano sofrido, mas, sobretudo, deve garantir seja desvantajosa a prática da conduta lesiva. Contudo, o que se vê na legislação é a preocupação em se evitar o enriquecimento da vítima e, não com a efetiva punição do agressor dissuadindo-o, verdadeiramente, da prática do ato lesivo. O legislador ao atribuir à responsabilidade civil tão somente as funções de reparação e compensação do dano sofrido torna fértil o solo para o florescimento do dano eficiente.

Ocorre dano eficiente, quando mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um *recall* para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente (FIUZA, 2014, p.70).

Não são raras vezes em que a vítima desacredita de seu direito diante dos baixos valores das condenações e da fácil percepção do lucro daquele que lhe gerou um dano. Vê-se, portanto, desestimulada na denúncia de seu agressor e na aplicação da justiça. Importa dizer que a denúncia da vítima deveria representar interesse do Estado, o que nos leva à conclusão da crise no instituto da responsabilidade civil e, conseqüentemente, na necessidade premente de sua adequação aos novos contornos da pós-modernidade.

Em que pese as considerações acima, o Código Civil de 2002 trouxe inovações quanto ao instituto da responsabilidade civil. De acordo com o artigo 187, ilicitude de égide objetiva caracterizadora do abuso do direito, o titular de um direito comete ato ilícito ao exceder, manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé, ou pelos bons costumes. No parágrafo único do artigo 927 consagra a responsabilidade objetiva imputando a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outros (BRASIL, 2002).

Registra-se, ainda, que o Código Civil de 2002 estabeleceu em seu artigo 944 e parágrafo único que a indenização deverá ser medida pela extensão do dano cabendo sua redução no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. No diploma anterior, Código Civil de 1916, conforme artigo 159 necessário seria a avaliação do grau de culpa pelo magistrado para o arbitramento do *quantum* indenizatório (BRASIL, 1916). Dessa forma, manteve o novo Diploma a culpa como medida para o arbitramento do valor da indenização.

Certo é que, apesar do Código Civil de 2002 ter buscado privilegiar a vítima, as inovações trazidas não foram suficientes para coibir a prática de condutas que venham a lesar direito de terceiros, diante da função, precipuamente, reparatória da responsabilidade civil.

A complexidade da questão tem impulsionado a busca pela doutrina e jurisprudência de novos contornos para a responsabilidade civil, em face da sociedade hodierna, que com a consciência de seus direitos e das mazelas sofridas pela violação destes, passa a exigir uma resposta que seja eficiente.

### 6.3 A teoria do desestímulo

No Brasil, denominado por “teoria do desestímulo”, o modelo do *punitive damages* se apresenta como solução para a crise da responsabilidade civil atendendo aos objetivos de prevenção e punição almejados, o primeiro por meio da dissuasão enquanto o segundo no sentido da distribuição (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

Por se tratar de instituto alienígena tem-se, primeiramente, dentre outras críticas à sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro, a impossibilidade de sua aplicação por advir do sistema *Common Law*.

A esse respeito Paulo Nader nos mostra interseção entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law* no âmbito da responsabilidade civil:

Não obstante o direito anglo-americano não seja herdeiro do *Jus Romanum*, na segunda metade do séc. XIX com ele se assemelhou em matéria de responsabilidade civil, ao adotar a fórmula *damnum injuria datum* (i.e., “dano causado por conduta antijurídica”). A Inglaterra vivia a fase da chamada Revolução Industrial e, não obstante, a responsabilidade por danos era restrita e dependente de culpa do agente: “*No liability without fault*” (i.e. “Sem culpa não há responsabilidade”), ressalvada a ocorrência dos referidos *torts*. A exemplo de Roma, na Inglaterra admitiu-se o princípio “*vicarious liability*”, pelo qual as empresas respondiam pelos danos causados por seus empregados. Os Estados Unidos adotaram, igualmente, a teoria subjetiva da responsabilidade, a qual favorecia as empresas em detrimento das vítimas (NADER, 2010, p. 54-55).

Assim dizendo não se afigura razoável, na atualidade, uma separação tão rígida entre os sistemas que não permita o diálogo entre os institutos de um e de outro, impedindo assim, o desenvolvimento das instituições jurídicas como um todo. Torna-se frágil, portanto, a argumentação se analisada isoladamente frente aos interesses envolvidos.

Para Ricardo Luiz Lorenzetti o que se pretende com a adoção da teoria do desestímulo é dar uma resposta eficiente ao clamor social tornando desvantajosa a prática do ato lesivo, vale dizer, inviabilizando economicamente a conduta antijurídica.

O que nos interessa pôr em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, em destruir a razão econômica, que permitiu que o dano se ocasionasse. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína esse negócio e permite a prevenção (LORENZETTI, 1998, p. 458).

Nesse sentido, o caráter punitivo da teoria do desestímulo toma lugar de suma importância no Brasil, passa a ser defendida pela doutrina por meio de diversos argumentos. Defende-se ser o caráter punitivo inerente ao próprio instituto da responsabilidade civil que



pode ser visto na indenização nos casos de dano extrapatrimonial e pela via indireta ou reflexa do ressarcimento nos casos de danos patrimoniais. Justifica-se a aceitação da teoria: a) pelo princípio da dignidade da pessoa humana; b) segundo a reprovabilidade da conduta lesiva, observando-se o grau da culpa e, se praticada com a obtenção de lucro ilícito; c) em razão do sujeito, voltando-se ao ofensor segundo a graduação de culpa e o nível econômico; d) pelo não estabelecimento na Constituição Federal de limites ao valor da indenização cabendo, assim, a inserção do *punitive damages* na condenação indenizatória e compensatória, ou seja, pela falta de previsão legal; e) pela existência de outras penalidades civis ou de instituto típico de Direito Civil no ordenamento jurídico brasileiro tais como as *astreintes*, os juros de mora, a cláusula penal, as arras, o pagamento em dobro e a multa por não cumprimento voluntário de sentença condenatória.

Para Maria Helena Diniz, a própria reparação pecuniária do dano moral já se apresenta como uma função punitiva em meio à compensatória tendo em vista a não precificação dos danos morais e a diminuição do patrimônio do ofensor:

[...] a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extra patrimoniais, provocando sentimentos que não tem preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada (DINIZ, 2005, p. 32).

O Supremo Tribunal Federal no ano de 2004 já se posicionava a respeito na decisão nos autos do AI 455846/RJ – Recurso Extraordinário. Na decisão, o Tribunal reconhecia a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza-se, quanto ao aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar ("*punitive damages*"), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro. Para tanto, apoia-se na doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, José de Aguiar Dias e Carlos Alberto Bittar.

Definitiva, sob tal aspecto, a lição - sempre autorizada - de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ("*Responsabilidade Civil*", p. 55 e 60, itens ns. 45 e 49, 8ª ed., 1996, Forense), cujo magistério, a propósito da questão ora em análise, assim discorre sobre o tema: "Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que

lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. (...). Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguiar Dias) (BRASIL, 2004).

No mesmo julgado, o Tribunal, para justificar a indenização punitiva e sua quantificação, assevera quanto ao binômio enriquecimento da vítima e situação econômica do ofensor, e que esta última não pode ser razão para que o ofensor se exima do dever ressarcitório, o que deve ser examinado em cada caso.

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório." (grifei) Essa orientação - também acompanhada pelo magistério doutrinário, que exige, no que se refere à função de desestímulo ou de sanção representada pela indenização civil por dano moral, que os magistrados e Tribunais observem, no arbitramento de seu valor, critérios de razoabilidade e de proporcionalidade (CARLOS ALBERTO BITTAR, "Reparação Civil por Danos Morais" (BRASIL, 2004).

Carlos Roberto Gonçalves acrescenta sobre a função punitiva da responsabilidade civil que, tratando-se de dano material, o caráter punitivo se dá por via reflexa vez que se espera que a diminuição do patrimônio do ofensor o impeça de reiterar a conduta.

É de se salientar que o ressarcimento do dano material ou patrimonial tem, igualmente, natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá que responder pelos prejuízos que causar a terceiros. O caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. (GONÇALVES, 2010, p. 396).

E continua o referido autor em sua lógica arguindo que em nada difere do dano moral o fundamento ontológico da aplicação da teoria do desestímulo nos danos patrimoniais.

Nessas condições, tem-se portanto que o fundamento ontológico da reparação por danos morais não difere substancialmente, quando muito em grau, do fundamento jurídico do ressarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo ínsito em ambos os caracteres sancionatório e aflitivo, estilizados pelo direito moderno. (GONÇALVES, 2010, p. 396).

A doutrina moderna justifica sua utilização por meio dos argumentos voltados ao ofensor, quais sejam o comportamento eivado de culpa grave e a obtenção de lucro ilícito na prática do ato lesivo.

Yussef Said Cahali assinala que para a aplicação da indenização punitiva é necessário estabelecer o grau de culpa da conduta do agente que violou o dever de cuidado com o direito alheio:

Para a aplicação da indenização punitiva, ao contrário, é fundamental estabelecer o grau de culpa (*lato sensu*) da conduta do agente. Essa espécie de sanção deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrentes de dolo ou culpa grave, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura. Com efeito, a indenização com caráter de pena deve ser aplicada quando patenteado que o ilícito foi praticado com intenção lesiva ou, ao menos, com desprezo ou indiferença pelo direito alheio (CAHALI, 2005, p. 154).

Nesse sentido Sérgio Cavaliere Filho acrescenta ainda, o fito de obtenção de lucro com o ilícito praticado e os casos de reincidência da prática da conduta ilícita.

A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99).

Caroline Vaz justifica a utilização da teoria do desestímulo pela falta de previsão legal em determinar limites à fixação do valor da indenização. Portanto, frente à lacuna, cabe perfeitamente o acréscimo dos danos punitivos à condenação reparatória e compensatória, tal qual ocorreu com os danos morais e a desconsideração da personalidade jurídica.

Não pode o operador ficar apegado à necessidade de regulamentação casuística, ou seja, esperar que estejam previstas todas as situações da vida, pormenorizadas e detalhadas, correndo o risco de gerar a ineficiência das cláusulas gerais introduzidas pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais. Inconcebível, pois que fique o juiz inerte, diante de determinada situação que lhe é apresentada como uma máquina insensível. Sua atividade se desenvolve com o objetivo de pacificar com justiça o conflito de interesses submetido à sua apreciação, sendo ele cada vez mais desafiado a assumir papel ativo e criativo na interpretação da lei e da própria Constituição Federal adaptando-a, em nome da justiça, aos princípios e valores de seu tempo.

[...]

Cumprir mencionar, ainda, que a Constituição Federal não impõe qualquer limite ao valor das indenizações, sejam elas por dano moral ou material. Assim, se a Carta Magna garante a indenização por tais danos e não impõe qualquer limite expresso, se o Código não traz qualquer rol de sanções taxativas correspondentes à prática dos

mais diversos ilícitos civis, depreende-se plenamente cabível a inserção da condenação ao pagamento de prestação outra, que não para indenizar ou compensar. (VAZ, 2009, p. 113; 141).

Diante disso importa resolver a questão do artigo 944 e parágrafo único do Código Civil de 2002 que reza que a indenização é medida pela extensão do dano podendo haver redução em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (BRASIL, 2002). Para aqueles que defendem que o *punitive damages* se aplica somente nos casos de danos morais, a redução da indenização representaria uma ofensa ao princípio constitucional da dignidade humana o que seria inconcebível. Para os que apregoam a aplicação do instituto aos casos de dano patrimonial, estes o justificam pela natureza punitiva e preventiva destes que necessariamente levariam ao arbitramento de valor maior que a simples reparação, ou seja, a restituição da coisa ao lugar de antes.

É certo que existem argumentos contrários à aceitação do *punitive damages* no nosso ordenamento jurídico, dentre eles, a impossibilidade de se adotar o instituto por pertencer ao sistema *Common Law*, a função eminentemente reparatória e compensatória da responsabilidade civil e, por fim, o caráter penalista dos danos punitivos.

Pontes de Miranda assim defende a função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil ao aduzir que:

A teoria da responsabilidade pela reparação de danos não se há de basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de não se atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada (argumento repelível de L. Huguency, L’Idee de peine privée, 154). O fundamento – no direito contemporâneo – está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível, e a técnica legislativa, partindo da causalidade, há de dizer qual o critério, na espécie, para se apontar o responsável. A restitubilidade é que se tem por fito, afastado qualquer antigo elemento de vingança (MIRANDA, 2008, p. 261-262).

Humberto Theodoro Junior corrobora com o referido entendimento afirmando que a compensação atribuída aos casos de dano moral trata-se de um recurso secundário a ser utilizado pelo magistrado.

Daí que o caráter repressivo da indenização por dano moral deve ser levado em conta pelo juiz *cum grano salis*. A ele se deve recorrer apenas a título de critério secundário ou subsidiário, e nunca dado principal ou determinante do cálculo do arbitramento, sob pena de desvirtuar-se a responsabilidade civil e de impregná-la de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com sua natureza privada e reparativa apenas da lesão individual (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 47).

Maria Celina Bodin critica a adoção aleatória do instituto, sem qualquer critério que o estabeleça, sob pena de se ferir o princípio da legalidade segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege* bem como as garantias processuais do juízo criminal e o risco de dupla punição e, ainda, nos casos de danos morais o *bis in eadem*.

No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-se ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*; além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal.

[...]

A este respeito, é de se ressaltar ainda que grande parte dos danos morais, aos quais se pode impor o caráter punitivo, configura-se também como crime. Abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in eadem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal, considerando-se, ainda, de relevo o fato de que as sanções pecuniárias cíveis tem potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal (MORAES, 2003, p. 260).

O caráter punitivo só deve ser empregado em casos de danos extrapatrimoniais, tendo em vista a violação da dignidade da pessoa humana, não sendo admissível sua utilização genérica. Acentua que do ponto de vista prático a aplicação da punição nos casos de dano moral apresenta mais problemas que soluções e enumera as razões pelas quais defende a não adoção genérica do instituto: a) seria um incentivo à malícia; b) não se afigurar razoável alguém ser punido por meio de uma sanção pecuniária, sem que tenha como saber o valor de sua penalidade; c) o entendimento de que muitos seriam os casos em que não se conseguirá aplicar a punição; d) a falta de previsão legal para a sua aplicação; e) a criação da sanção pecuniária no âmbito do Direito Penal e por fim; f) o emprego da justiça retributiva contrariando nosso sistema que adota a justiça distributiva. Entretanto, admite a função punitiva na reparação do dano moral quando presentes os interesses difusos, tais como nas relações de consumo e no Direito Ambiental (MORAES, 2003, p. 328-330).

Por fim, destaca-se a posição assinalada por Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, p. 23) que entendem ser desnecessário invocar a doutrina do *punitive damages* para alcançar, na responsabilidade extracontratual, o caráter exemplar, que em certas hipóteses, se faz necessário; tão pouco para lançar ao autor de danos especialmente graves uma justa punição pecuniária, tendo em vista que a regra do artigo 944 do Código Civil de 2002 incide somente em danos patrimoniais, cabendo neste caso uma ponderação axiológica

convertida em valores monetários. Entender do contrário seria o mesmo que ignorar que a tese punitiva foi suplantada pela indenizabilidade irrestrita do dano moral disposta na Constituição da República de 1988. De tal sorte, argumentam ainda existir, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial três correntes sobre a indenização do dano moral: a compensação/satisfação do ofendido (função satisfatória), a punição do ofensor (função punitiva) e tanto a satisfação do ofendido quanto a punição do ofensor (função mista).

Afirmam as autoras que a jurisprudência tem se posicionado no sentido de reconhecer a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil e que ao escolher a função punitiva ou mista da indenização (satisfação/punição), utiliza para fixação da quantia indenizatória três critérios: a culpa do ofensor, a condição econômica do responsável pela lesão e o enriquecimento obtido com o fato ilícito. Adotando a função mista, acrescenta-se a esses critérios: a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, assim como a perda das chances de vida e dos prazeres da vida social ou da vida íntima, e as condições sociais e econômicas do ofendido, tendo em vista a vedação do enriquecimento sem causa – critérios esses menos rigorosos do que os adotados pela doutrina do *punitive damages*, vez que a doutrina norte-americana considera imprescindível a comprovação de elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude, etc) a marcarem a conduta do ofensor. Alertam que uma coisa é arbitrar indenização pelo dano moral, outra é adotar a doutrina do *punitive damages*, que se distinguindo da compensação, significa, exclusivamente, a imposição de uma pena com base em uma conduta de alta reprovabilidade.

#### **6.4 A questão da punição do ilícito civil sob a ótica do Direito Penal**

Para a abordagem da punição do ilícito civil sob a ótica do Direito Penal, faz-se necessário discorrer sobre a sociedade de risco, a responsabilidade penal e a (in)suficiência do Direito Penal para a contenção dos novos riscos – notadamente os ilícitos civis. Procura-se analisar a sociedade globalizada, as novas políticas criminais e o avanço tecnológico e científico; fatores que alteraram o rumo da história com o surgimento de novos riscos, mais precisamente após a década de oitenta do século XX, ao atingir seu apogeu em uma sociedade com incertezas e inseguranças, ou seja, uma sociedade de riscos.

Desta forma, o Direito Penal é convocado a atuar em domínios tais como o meio ambiente, bioenergética e seus reflexos na economia e na criminalidade organizada. Por conseguinte, a intervenção penal em áreas até então reservadas ao Direito Civil e Direito Administrativo a fim de responder às novas questões. Chega-se a falar em Direito Penal do

Risco e Direito Penal da Globalização que nos permita afirmar que, por vezes, só da sua conjugação, é possível admitir a existência de um Direito Penal da sociedade pós-industrial.

Questões acerca dos bens jurídicos também são suscitadas buscando nas teorias sua melhor aplicação. A legislação penal passa a proteger não apenas resultados, e sim ações, muitas vezes de forma antecipada, *ex ante* e, por via de consequência gerando a sua administrativização, ou seja, recurso a sanções próprias do Direito Administrativo.

Questiona-se, então, a legitimidade da utilização do Direito Penal como instrumento de gerenciamento de riscos, especialmente ao indagar o que aconteceria se os princípios de funcionamento e bases teóricas da sociedade industrial se desmoronassem e quais as consequências para a sociedade dita como pós-industrial. Ressalta-se os questionamentos acerca de tais perspectivas, vez que ostenta grande relevância, principalmente, com a ampliação da tutela penal.

É certo que na metade do século XX, o Direito Penal vem a se expandir em virtude do aparecimento do Direito Penal Secundário com uma maior intervenção do Estado na sociedade. Esta expansão permitiu ao Direito Penal intervir em novas áreas até então reservadas a outros sistemas de proteção, como se pode constatar no civil e no administrativo, asseverando que não estaria declinando de seus princípios fundamentais. Entretanto, o Direito Penal deve ser utilizado como última razão (FERNANDES, 2001, p. 13-14).

Ademais, tem-se a noção de bem jurídico, como expressão cara no seio da discussão jurídico penal com vocação de definição dos contornos e limites do Direito Penal, vez que a proteção de bens jurídicos é sua *ratio essendi*.

Pretende-se trazer a lume esse novo modelo de sociedade intitulada sociedade de risco e a emergência de um Direito que assegure *ex ante* a punibilidade frente ao risco de dano, em especial, quanto aos danos ambientais; conferindo-se assim, a esta sociedade, maior segurança frente aos efeitos provenientes desse novo modelo de produção e de comportamento social, ocasionados pelo desenvolvimento técnico-científico.

#### *6.4.1 A intervenção do Direito Penal nas novas áreas até então reservadas ao Direito Civil e Direito Administrativo*

Considera-se que nos dias de hoje, a globalização e a integração supranacional estão na ordem do dia como características da sociedade pós-industrial. Apresentam-se como fenômenos ensejadores de uma expansão do Direito Penal no que concerne a domínios

diversos, como exemplos, o meio ambiente, biogenética, economia, vez que os tipos de criminalidade são evidentes (MONTE, 2001, p. 13).

Nessa vertente, a expansão do Direito Penal foi motivada pelo aparecimento de novos bens jurídicos bem como pela criminalização de condutas que anteriormente ou estavam puras e desprotegidas ou, estavam direcionadas ao Direito Administrativo sancionador. Ressalta-se que todo o sistema sancionatório se resume no Direito Administrativo sancionador *lato sensu*; incluindo o Direito de mera ordenação social por um lado e, por outro, o Direito Penal alargando seu domínio de intervenção através de um Direito Penal novo, especial ou secundário (MONTE, 2001, p. 14).

Ora, tal alargamento não cessou ainda. Hoje vive-se um fenômeno de expansão, ditado por razões similares às que levaram ao aparecimento do Direito Penal secundário, embora razões peculiares da época em que vivemos, fenômeno que conhece os primeiros sintomas, mas cuja importância não dispensa uma análise atenta (MONTE, 2001, p. 15).

Portanto, grande parte das razões que direcionam esta expansão está situada no âmbito característico do Direito Penal secundário.

Queiroz, Gurgel e Costa se referindo à punição, expõem que as esferas civil, administrativa e penal coexistem harmonicamente e:

Por apresentar características repressiva, retributiva e, ao mesmo tempo, preventiva, o Direito Penal pode ser mais eficaz para demonstrar a reprovação social incidente sobre os atos de perigo, de agressão à natureza e aos bens que ela nos concede ou que estão nela contidos, podendo intervir quando falharem ou forem insuficientes as medidas administrativas de restrição e controle, ou ainda quando forem inaplicáveis as normas do Direito Civil. Na realidade, as três searas punitivas – civil, administrativa e penal – coexistem pacificamente e podem, sem dúvida, oferecer, conjuntamente as medidas que devem ser adequadamente aplicáveis aos casos concretos (QUEIROZ; GURGEL; COSTA, 2013, p. 304).

Nesse momento, importa repetir que, não obstante a ideia da coexistência harmônica entre as esferas civil e penal e o entendimento da função punitiva destas, ao discorrer sobre a punição no Direito Civil, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 260-261) aponta como dificuldades: a violação do princípio da legalidade e a possibilidade de configuração do *bis in eadem*.

Com efeito, o Direito Penal clássico, Penal secundário, Administrativo sancionador, bem como o Direito de mera ordenação social são mais uma vez colocados à prova. Nota-se que todo o Direito como sistema de regulação da sociedade é questionado, e, em particular, os conflitos de interesse; fenômeno hodierno que emerge da sociedade pós-moderna.



Que se caracteriza fundamentalmente pela imprevisibilidade, pelo risco ou, *rectius*, o aparecimento de novos riscos, a insegurança, a globalização, a integração supranacional, a identificação dos sujeitos-agentes com a vítima, a identificação da maioria social como vítima o predomínio do econômico sobre o político, o esforço da criminalidade organizada, o descrédito nas instâncias de proteção, a maior relevância do crime macrossocial, etc (MONTE, 2001, p. 15).

Surge neste momento, a necessidade de respostas a estas novas questões suscitadas, emergindo então, a ideia de Direito Penal do risco ou Direito Penal da globalização. Estes fenômenos de difícil previsibilidade e controle característicos da sociedade pós-moderna ou pós-industrial ameaçam a própria sociedade em virtude de decisões humanas repercutindo no Direito Penal, daí falar-se na existência de um Direito Penal da sociedade pós-industrial.

Diante desse cenário, o Direito Penal é convocado para dirimir esses vários desafios, não podendo recorrer aos meios tradicionais. Espera-se por uma resposta aos perigos e aos danos quase imprevisíveis, às exigências da globalização e da integração supranacional, ou seja, às exigências de uma efetiva responsabilidade penal dos infratores.

Tem-se que repensar acerca do papel da responsabilidade penal não podendo apenas pautar-se pela admissão da responsabilidade individual.

[...] na sociedade industrial este problema foi colocado, importa aprofundá-lo de molde a se admitir não só a responsabilidade dos entes coletivos, mas também uma mais eficiente ligação entre esta responsabilidade e a responsabilidade por atuação em nome de outrem, bem como outras formas de responsabilidade que eventualmente venham a ser declaradas convenientes (MONTE, 2001, p. 27).

Nesse sentido, conforme Mário Ferreira Monte (2001, p. 27) há lugar para dois caminhos, quais sejam, ou se fala de uma sociedade pós-industrial, de riscos que geram uma dimensão de pesada gravidade, tanto no perigo que os resultados possam provocar; ou se fala de riscos cujos efeitos são aceitáveis até certo ponto conforme a concepção da vida hodierna descrita no 'preço a pagar' oriundo de uma sociedade co-responsável na sua criação e desenvolvimento. A grande questão é saber antecipadamente classificar os riscos e prever o imprevisível.

#### 6.4.2 O Direito Penal face à sociedade de risco

O Direito Penal tem sido chamado a controlar as ameaças provenientes desse novo modelo de sociedade, onde as decisões humanas são as grandes responsáveis pela incidência de novos riscos. Indaga-se sobre a formação de um Direito Penal do Risco e, diante disso, a primeira impressão da Escola de Frankfurt, em relação à emergente funcionalização e o não

seguimento das regras do *ius puniendi*, rejeita a expressão na medida do excesso que funcionaliza e desformaliza o Direito Penal.

Para o Direito Penal, existe um perigo ao tentar torná-lo arcabouço da demanda de segurança em uma sociedade de risco, vez que se perde de vista a proteção exclusiva de bens jurídicos indo em direção de um controle penal pela discussão pública, vale dizer: à administrativização do Direito de mera ordenação social, à criação de leis penais simbólicas, à eleição de bens jurídicos vagos e de ampla aparição, resultando em uma excessiva tutela antecipada.

Tem-se como fundamental perquirir sobre o Direito Penal como reação às novas fontes de perigo bem como sua atuação na preservação do futuro. Este ponto de vista conservador da Escola de Frankfurt visa a salvaguardar o Direito Penal das novas intempéries.

O entendimento de Eugenio Raúl Zaffaroni quanto à resposta do Direito Penal em face da chamada criminalidade moderna, ou seja, da criminalidade na sociedade de risco, é no sentido de uma resposta (des)esperada dos legisladores sustentada por uma lógica decorrente do chamamento de emergências.

[...] a história do poder punitivo é a das emergências invocadas em seu curso, que sempre são sérios problemas sociais [...] o poder punitivo pretendeu resolver o problema do mal cósmico (bruxaria), da heresia, da prostituição, do alcoolismo, da sífilis, do aborto, da religião, do anarquismo, do comunismo, da dependência de tóxicos, de destruição ecológica, da economia informal, da especulação, da ameaça nuclear etc. Cada um desses conflitos problemas dissolveu-se, foi resolvido por outros meios ou não foi resolvido por ninguém, mas nenhum deles foi solucionado pelo poder punitivo. Entretanto, todos suscitaram emergências em que nasceram ou ressuscitaram as mesmas instituições repressoras para as quais em cada onda emergente se apelara, e que não variam desde o século XII até a presente data (ZAFFARONI, 2003, p. 68).

O chamamento das emergências revela-se em verdade, uma constante na história punitiva. Em todas as vezes que a sociedade foi acometida de incertezas e inseguranças, foi o Direito Penal conclamado para dar cabo ao medo instalado. Todavia, no decorrer dos tempos, conforme a história demonstra, as questões deixaram de existir ou foram sanadas por outros meios que não a intervenção penal.

Contudo, assevera Paulo Silva Fernandes que o Direito Penal não pode se furtar aos novos desafios propostos por esta nova sociedade:

Duas razões, de índole bem diferente preconizam a necessidade de afastamento desta visão das coisas: uma a de que tal via passa ao lado da necessidade, partilhada por este autor, 'de superação dos dogmas da razão técnico-instrumental calculadora', outra, a de que não valerá a pena (...) o cultivo de um direito penal, seja em nome de

que princípios for, se desinteressasse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa (FERNANDES, 2001, p. 75).

Na mesma esteira de entendimento, em relação aos crimes ambientais, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Diógenes Baleeiro Neto

No que respeita especificamente aos crimes ambientais, a utilização de tais medidas, sobretudo as relacionadas à reparação e à prevenção do dano, reveste-se de maior importância, tendo em vista ser o afastamento da lesão – e não propriamente a punição do agente que a pratica – o ponto nevrálgico da tutela do bem jurídico meio ambiente. A reparação do dano – ou a adoção de medidas para evitá-lo – é, de regra, exigida pela Lei de Crimes Ambientais como requisito para a substituição de penas mais severas por sanções mais brandas nos crimes contra o meio ambiente, o que torna impositivo o acurado estudo do instituto da despenalização como alternativa à tutela penal de tal bem jurídico (RIBEIRO; BALEEIRO NETO, 2014).

Márcia Elayne Berbich de Moraes (2004, p. 166-167) assevera que a grande questão versa sobre a utilização inadequada do Direito Penal, quando este é utilizado para fins políticos do Estado; ao exemplo do Estado Intervencionista, já que o Direito Penal somente poderá ser utilizado quando as outras instâncias falharem, ou seja, como a *última ratio*. Também se torna um problema na medida em que utiliza normas penais em branco pra tentar abarcar o imenso complexo de violações ao meio ambiente, tendo em vista o princípio legalidade, uma vez que é impossível descrever todas as situações que causam dano ao mesmo. Assim, a solução para o caso estaria fora do Direito Penal, ou seja, dentro do Direito Administrativo, pois este regula as questões relativas à degradação ambiental e, se levado em consideração, o valor das multas, maiores na esfera administrativa do que na esfera penal.

Sobre a questão do valor das multas na esfera penal e sua disparidade com o valor destas na esfera administrativa, acrescenta-se ainda o valor das sanções civis, que contemplam potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal (MORAES, 2003, p. 261). Nesse sentido, as sanções civis superam em muito as sanções penais, por mais inacreditável que seja levar o ofensor ao juízo penal, com a possibilidade de aplicação de multa ser-lhe-á benéfico. Mostra-se dessa forma, mais uma dificuldade do Direito Penal no tratamento da questão ambiental.

Nota-se que há a utilização da norma penal em branco, remetendo-se à legislação administrativa para a efetiva definição do caráter lícito ou ilícito do ato, o que conduz à decisões penais com base em critérios puramente administrativos – daí a administrativização do Direito Penal.

### 6.4.3 O bem jurídico penal e os novos riscos

A sociedade pós-industrial sente de modo geral as consequências de um desenvolvimento desenfreado. Em uma economia de escala global os reflexos desse desenvolvimento desgovernado, sem qualquer controle, se estendem, atingindo, a um determinado grupo ou a todos conjuntamente – interesse público, interesse difuso e interesse coletivo. Isso importa em grande desafio na sede jurídico-penal tendo em vista sua estrutura conservadora fundada na concepção individualista em face dos interesses transindividuais ou metaindividuais.

Os interesses difusos, entendidos como transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato, ainda que não se possibilite a determinação concreta do número de pessoas, não obsta que seja conhecido quem são os lesados. Haverá a responsabilização daquele que causou o dano. Apesar de difusos esses interesses são tutelados pelo Direito e, assim o sendo também importam proteção penal.

De modo diverso, os interesses coletivos, tidos como aqueles transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, apresentam-se como problema para o Direito Penal.

A esse respeito Paulo Silva Fernandes assevera que tais direitos não se configuram como direitos subjetivos, todavia, dotados de maior amplitude:

De facto, os bens a proteger nessa sede são de textura e conteúdo diversos: fruto, eles também, repete-se, dos novos desenvolvimentos da técnica ao longo das últimas décadas e não se satisfazendo com as técnicas de tutela tradicionais, a demanda de sua protecção é cada vez mais acentuada, tanto mais que se projectam sobre campos muito extensos da vida jurídica, tais como o ambiente, o urbanismo, a protecção de dados, a informática, a economia, entre muitos outros (FERNANDES, 2001, p. 88-89).

Desta forma, encontra-se o Direito Penal em dificuldades face aos interesses coletivos, tendo em vista seu carácter eminentemente individualista. Acrescenta-se, ainda, o fato de que esses interesses remetem a uma tutela antecipada, ou seja, a questão adentra pelo terreno do crime de perigo abstrato, conseqüentemente, afastando o princípio da ofensividade ao bem jurídico (critério material de punição na seara penal) e ensejando a busca de recursos extra-penais por meio das normas penais em branco, recurso este que deve ser tratado por via de exceção, e não regra. Isso importa na chamada administrativização do Direito Penal.

#### 6.4.4 O dano ambiental da sociedade de risco

A complexidade da crise ambiental deve ser vista de maneira multidisciplinar por um enfoque mais sociológico do risco, uma vez que o Direito se produz da realidade e não apenas de normas formalizadas.

A crise ambiental pode ser percebida pelo descumprimento do dever de cuidado com a natureza traduzindo-se em mais um fracasso da modernidade e na certeza dos efeitos desse descaso na vida do homem, já sem referência e em crise com seus valores.

São duas modalidades de risco, quais sejam: o concreto ou potencial e o abstrato. No âmbito do Direito Ambiental, o risco concreto é controlado pelo princípio da prevenção, enquanto, o abstrato amparado pelo princípio da precaução ao investigar a probabilidade de o risco existir pela verossimilhança e por evidências, mesmo não possuindo o ser humano capacidade perfeita para compreender este fenômeno.

Para se efetivar uma proteção jurídica do meio ambiente, necessário se faz a responsabilização e a reparação do dano ambiental, pois o risco é a expressão de sociedades que se organizam sob a ênfase da inovação, da mudança e da ousadia (GIDDENS, 2002, p. 44-45).

Por conseguinte, questiona-se a prudência e cautela da ciência em lidar com inovações tecnológicas e ambientais que, mesmo trazendo benefícios, causam riscos sociais não mensuráveis. Trata-se de uma irresponsabilidade organizada, apesar da consciência da existência de riscos, estes, são ocultados pelo Poder Público e pelo setor privado.

Por outro lado, ao transpor a teoria do risco para a responsabilidade civil, torna-se necessária uma discussão deste instituto no sentido de adequá-lo a exigências não apenas do risco concreto; mas, principalmente, do risco em abstrato, vez que os elementos da responsabilidade civil foram construídos sob as bases do racionalismo e certezas científicas.

Portanto, não obstante a responsabilização civil, em sua forma tradicional, ter por finalidade um *post facto*, tem-se como importante a adaptação do sistema da responsabilidade para o reexame do nexos de causalidade, da tolerabilidade, da aceitabilidade, da exclusão de responsabilidade, bem como, da complexidade da lesividade ambiental. Ressalta-se, aqui, a análise dos instrumentos de reparação do dano no sentido de sua impossibilidade, sendo imperioso buscar a compensação ecológica dentro do referido contexto.

Diante do acima exposto, primordial a efetiva construção de um Estado de Direito Ambiental no sentido de adequar-se a crise ecológica e a sociedade de risco a partir da

fundamentação teórica de princípios fundantes e estruturantes visando a minimizar os efeitos dos impactos negativos no meio ambiente.

Fato é que a sociedade de risco demanda transformações do Estado e no Direito de forma a minimizar os impactos da crise ambiental e controlar as dimensões do risco. Com o objetivo da pacificação social, entre Estado e Direito há uma relação de interdependência, vez ser o Direito o discurso que legitima o papel do Estado. Nesse sentido, Direito e Estado necessariamente se comunicam não sendo possível produzir e aplicar uma norma sem um poder legítimo que possibilite a efetivação desse direito.

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais (HABERMAS, 2012, p. 171).

Ademais, das lições de Miguel Reale depreende-se que o Direito tem por propósito regular as relações intersubjetivas atendendo as necessidades sociais devendo ser construído a partir da realidade social; o Direito como um fato ou fenômeno social, daí não se conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídica.

Da “experiência jurídica”, em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominadas relações intersubjetivas, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade. (REALE, 2014, p. 2).

Se o discurso Estado se legitima por meio do Direito e ao Direito cabe atentar-se à realidade social, deve-se atender à tridimensionalidade do Direito Ambiental; diante da renitência da degradação ambiental (fato) e da constitucionalização do bem ambiental (valor) propiciando a forma e garantia necessária no sentido de proteger o meio ambiente, criando uma gestão preventiva via instrumentos preventivos e precaucionais no sentido de lidar com a complexidade ambiental (norma).

Somente nessa perspectiva se poderá atingir a garantia almejada, ou seja, na dimensão da eficácia social das normas jurídicas na esfera da realidade fática; na dimensão da

idealidade ou legitimidade por meio da adequação do Direito vigente aos ideais democráticos e anseios sociais e, na dimensão normativa ou dogmática que se assenta no direito positivo.

O Estado de Direito Ambiental requer essa garantia e pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano visando a preservação do meio ambiente. Contudo, é necessário para a construção de um Estado de Direito Ambiental a utilização de mecanismos concretos para sua efetivação.

Nesse aspecto, importante se torna a lei fundamental que confere metas e parâmetros de proteção ao meio ambiente. A Constituição da República do Brasil de 1988, foi o primeiro diploma a versar, amplamente, acerca do meio ambiente tornando-se núcleo normativo do Direito Ambiental brasileiro. Ademais, o artigo 225, como núcleo do ambientalismo constitucional, cuida da solidariedade ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger o meio ambiente para presentes e futuras gerações.

Portanto, busca-se a garantia jurídica da preservação ambiental face à sociedade de risco, mesmo revelando-se um grande desafio não só para a efetivação do Direito Ambiental, mas para toda a sociedade.

## 7 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil no Brasil tem como função primária e secundária, respectivamente, a reparação e a compensação, assumindo nesta última, singelos contornos de caráter pedagógico. Isto por afirmação legislativa conforme o artigo 944 e parágrafo único do Código Civil de 2002 que estabelece que a indenização se mede pela extensão do dano, cabendo a sua revisão quando verificada a desproporção entre a culpa e o dano.

Todavia, resta claro que a função eminentemente reparadora da responsabilidade civil, e, sobretudo, no campo do Direito Ambiental, já não consegue atender às vicissitudes da sociedade contemporânea. É notória a crise da responsabilidade civil no Brasil, demandando, prospectivamente, propor alternativas ao problema. O modelo vigente permite seja a prática da conduta lesiva vantajosa economicamente para o ofensor; que acaba por reiterar o comportamento antijurídico. Consequência disso, o descrédito da sociedade na justiça, na lei e na ordem e por fim o acúmulo de processos nos tribunais.

Na tentativa de se buscar uma solução adequada para a questão imposta, os operadores do Direito vêm se movimentando em razão da adoção da teoria do *punitive damages*. Trata-se da punição por ilícito civil que para parte da doutrina, qualifica-se como pena privada.

Dentre os argumentos apresentados pela corrente contrária à adoção da teoria do *punitive damages*, denominada no Brasil de teoria do desestímulo, encontra-se a impossibilidade da importação de um instituto do sistema *Common Law* para um ordenamento cujas bases se fundam no sistema *Civil Law*. Ora, diante de uma sociedade globalizada onde as relações transnacionais se avolumam não há que se falar em um sistema de Direito que não se comunique.

Quanto a função eminentemente reparadora da responsabilidade civil a ela se contrapõe, de certa forma, a compensação, nos casos do dano extrapatrimonial, em que o retorno ao estado de antes se mostra impossível, buscando alcançar um lenitivo para vítima e uma desmotivação para o ofensor por meio de uma indenização que lhe atribua uma pena a fim de que não torne a praticar aquela conduta lesiva. Aqui já se nota traços, ainda que tímidos, de uma punição civil.

Sobre o valor da indenização se medir pela extensão do dano conforme insculpido no artigo 944 do Código Civil de 2002 e, a necessária majoração da indenização a título preventivo e punitivo, este se justifica mediante a adoção de penalidades civis já existentes,



quais sejam: as *astreints*, a cláusula penal, a repetição do indébito, os juros de mora e a multa prevista por não cumprimento espontâneo de sentença condenatória.

Lado outro, em conciso argumento, sustenta parte da doutrina que se coloca em desacordo com a adoção da teoria do desestímulo, que punir não é função do Direito Civil e sim do Direito Penal. Asseveram que a legitimidade da punição aplicada na esfera civil atenta contra a toda a ordem jurídica ao violar o princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), ao subtrair do ofensor todas as garantias substanciais e processuais, e, por fim ao não observar o princípio da tipicidade. Todavia, há de considerar que o Direito Penal se funda na *ultima ratio* porquanto sua intervenção nas questões até então destinadas ao Direito Civil e Direito Administrativo fere profundamente as suas bases fundantes e lhe remete a um expansionismo exagerado.

A crise ambiental compele à formação de um Estado de Direito Ambiental que deve adequar-se à delicada conjuntura ecológica e à sociedade de risco a partir de sua estrutura principiológica objetivando a mitigação dos efeitos dos impactos negativos no meio ambiente. A sociedade de risco trouxe uma mudança de paradigma do Estado e, por conseguinte, nos modelos jurídicos do Direito, criando uma gestão cautelosa por meio de instrumentos preventivos e precaucionais cujo desiderato se concretiza na efetiva proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, entende-se pela possibilidade, diante da necessidade da adoção da teoria do *punitive damages* pelo ordenamento jurídico brasileiro, considerando, assim, uma evolução do instituto da responsabilidade civil no Brasil, que deverá ser adequado de acordo com o estabelecimento de critérios rigorosos, de cunho objetivo, tais como: a gravidade da conduta, o objetivo de lucro, a condição econômica do ofensor bem como a prática reincidente da conduta lesiva, sobretudo, na proteção ambiental. Tudo isto em resposta aos valores e necessidades sociais, segundo a tridimensionalidade do Direito.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Universidade, cultura e direito romano. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 87, p. 39-63, 1992.

ALMEIDA, Cássio Cunha de. *Punitive damages* – indenização de caráter punitivo: contornos e possibilidades no ordenamento pátrio. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, 29 jun. 2010. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7028/punitive\\_damages\\_indenizacao\\_de\\_carater\\_punitivo\\_contorno\\_e\\_possibilidades\\_no\\_ordenamento\\_patrio](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7028/punitive_damages_indenizacao_de_carater_punitivo_contorno_e_possibilidades_no_ordenamento_patrio)>. Acesso em: 20 jul. 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

BAHIA, Carolina Medeiros. In: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (Coord.). **Direito ambiental**: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco**. Tradução Sabastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. *Ecological Politics in an Age of Risk*. London: Polity Publications, 1995.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo. Haci una nueva modernidad*, Tradução Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. *La Democracia y sus Enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

*BLACK'S LAW*. Common Law. In: *Black's Law Dictionary*. Disponível em: <<http://thelawdictionary.org/>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Salvador: JusPodvum, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial**, Brasília, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 02 set. 1981.

BRASIL. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 37 de 12 mar. 1992**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/stj\\_\\_0037.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática AI 455846**. Responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Elementos estruturais. Pressupostos legitimadores da incidência do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Teoria do risco. Administrativo. Fato danoso para o ofendido, resultante de atuação de servidor público no desempenho de atividade médica. Procedimento executado em hospital público. Dano moral. Dano moral. Ressarcibilidade. Função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção). Caráter punitivo ou inibitório. (*Exemplary or Punitive Damages*). Natureza compensatória ou reparatória. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/> >. Acesso em: 20 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação n. 990.10.119966-1**. Ação Civil Pública Ambiental. Construção de complexo hoteleiro em área de preservação permanente no município do Guarujá. Necessidade de realização e aprovação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Cabimento no princípio da precaução. Disponível em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=5&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuAntigo=990.10.119966-1>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento n. 987040-4**. Direito Administrativo e Ambiental. Condomínio residencial. Obras em área de preservação permanente. Aplicação do princípio da prevenção. Necessidade de suspensão das obras. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2-grau>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, José Maurício de. A ética culturalista de Miguel Reale. **Revista Estudos Filosóficos**. n. 11, 2013. Disponível em: <[http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art15%20rev11\(1\).pdf](http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art15%20rev11(1).pdf)>. Acesso em: 05 set. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Humberto Schubert. Leis morais e civis a partir da filosofia da cultura: uma visão atualizada do pensamento de Miguel Reale. **Ibérica Revista Interdisciplinar de estudos Ibéricos e Ibérico-Americanos**. v. VII. n. 22. Juiz de Fora: abr./jul. 2013. Disponível em: <<http://www.sophiaweb.net/repositorio/iberica/iberica22/visao-reale-schubert.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2014.

COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.

COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. Uso e abuso da função punitiva. (*punitive damages* e o direito brasileiro). **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília. v. 9, n. 28, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/archive>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

DALTRO, Flávio França; FIGUEIREDO, Roberto Lima. A influência da Fenomenologia na Teoria Ecológica do Direito e seus reflexos na metodologia do ensino jurídico. **Revista Eletrônica Observatório de Metodologia da Pesquisa em Direito**. n. 6, 2012. Disponível em: <<http://revistametodologiaufba.xpg.uol.com.br/arquivos/artigo054.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2014.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DIAS, Augusto Silva. **Proteção Jurídico-penal de interesses dos consumidores**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Algumas reflexões sobre o direito penal e a sociedade de risco. *In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL*, 2000, Lisboa: Universidade Lusíada, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. **Revista do TST**, Brasília, v. 76, p. 17-63, 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/2010-vol.-76>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 3.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA, Fábio Franca e. **Punitive Damages**: estudo sobre a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. 2012. 150 f. (Dissertação de Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Prevenção ou Precaução? O art. 225 da Constituição Federal e o dever de preservar os bens ambientais com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) assim como nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV da CF). *In: THOMÉ, Romeu (Org.). Questões Controvertidas: direito ambiental, direitos difusos e coletivos e direito do consumidor*. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 195-201.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito Civil. Curso Completo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. Tradução Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2002.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro. Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. 2 v.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **EOS - Revista Jurídica da Faculdade De Direito**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.dombosco.sebsa.com.br%2Ffaculdade%2Frevista\\_direito%2F3edicao%2F3%25C2%25AA%2520edi%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520completa.pdf&ei=e6wVVLi3F5emyAThk4HADw&usg=AFQjCNEjQLBXd5FG-DKqZskuI-ShNqJbrw](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.dombosco.sebsa.com.br%2Ffaculdade%2Frevista_direito%2F3edicao%2F3%25C2%25AA%2520edi%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520completa.pdf&ei=e6wVVLi3F5emyAThk4HADw&usg=AFQjCNEjQLBXd5FG-DKqZskuI-ShNqJbrw)>. Acesso em: 12 jul. 2014.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. *In*: FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor P. C. (Org.). **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Newton de Oliveira. **Teoria dos Valores Jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Jeanne da Silva. **A solidariedade na responsabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Um olhar econômico-ambiental sobre a responsabilidade civil: a prevenção que vem refletida nos *punitive damages*. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 72, mai./ago. p. 141-200, 2012.

MENDES, Fernanda Aparecida; ASSUMPÇÃO, Silva Garcia. A valoração dos Recursos Naturais na compensação e na perícia ambiental de dano: análise comparativa. *In*: THOMÉ, Romeu (Org.). **Questões Controvertidas: direito ambiental, direitos difusos e coletivos e direito do consumidor**. Bahia: JusPodivm, p. 107-131, 2013.

MICHAELIS. Risco. *In*: Michaelis. **Dicionário de Português**. Disponível em: <<http://www.uol.com.br/michaelis>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édís; COSTA JR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Direito Penal Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Pontes de. Atualização Vilson Rodrigues Alves. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller Editora, 2008.

MONTE, Mário Ferreira. Apontamento Introdutório. *In*: FERREIRA, Paulo Silva. **Globalização, Sociedade de Risco e o Futuro do Direito Penal**. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

MONTE, Mário Ferreira. **(des)criminalização no incremento ao consumo**. Coimbra: Almedina, 1996.

MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (In) Eficiência do Direito Penal Moderno para a Tutela do meio Ambiente na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 7.

NASCIMENTO, Sílvio Firmo do. **A importância da Teoria Tridimensional do Direito e sua aplicabilidade nos cursos de Direito: um estudo bibliográfico sobre Miguel Reale no período de 1986 a 2006**. Minas Gerais: IPTAN, 2009. Disponível em: <[www.iptan.edu.br/publicacoes/saberes\\_interdisciplinares/pdf/revista03/TRIDIMENSIONAL.pdf](http://www.iptan.edu.br/publicacoes/saberes_interdisciplinares/pdf/revista03/TRIDIMENSIONAL.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; CÂMARA, Livia Máris Barbosa. Responsabilidade Civil pela Liberação de Transgênicos no Meio Ambiente para o Consumo. *In*: NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael César (Org.). **Direito Privado e Contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p. 95-107.

ONU. **Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano**, 1972. Disponível em: <[www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

ONU. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro. 1992. Disponível em: <[www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl\\_rio92.pdf](http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

PAIM, Antônio. **Problemática do culturalismo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

QUEIROZ, Cláudia Carvalho; GURGEL, Yara Maria Pereira; COSTA, Rafaela Romana Carvalho. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas de Direito Público nos Crimes Ambientais: necessidade de adequação das sanções penais da lei de n. 9.605/98. **Veredas do Direito**. n. 19, jan./jun. 2013.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974. Disponível em: <[www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/GRadbruchIntrod.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GRadbruchIntrod.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2014.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

REZENDE, Élcio Nacur; MIGUEL, Luciano Costa. *In*: THOMÉ, Romeu. **Questões controversas**: direito ambiental, direitos difusos e coletivos e direito do consumidor. Salvador: JusPodivm, 2013.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BALEEIRO NETO, Diógenes. Medidas despenalizadoras e proteção penal do meio ambiente. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato (Org.). **Direito Ambiental II**. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 442-462.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano moral ambiental**: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abella. **Instituições de Direito Ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2002. v. 1.

ROSEVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da liberdade ao controle**: os riscos do novo direito civil brasileiro. 2007. 214 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. O princípio do pleno ressarcimento e a indenização punitiva. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**: atualidades III. Princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 227-254.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectiva Político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades**. IBDCRIN, n. 5, set./dez., 2010.

SILVA SANCHES, Jesús Maria. *La Expansión del Derecho Prenal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira Souza. **Tributação e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O fundamento jurídico do dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou *punitive damages*? In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 255-266.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense: 1978. v. 2.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão**. Porto Alegre: Livrar, 2009.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: Os dois grandes sistemas legais comparados*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 71, jan./abr. p. 127-148, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.