

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

José Carlos Machado Júnior

**A APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ESTADO
SOCIOAMBIENTAL BRASILEIRO**

Belo Horizonte
2015

José Carlos Machado Júnior

A aplicação dos *punitive damages* no estado socioambiental brasileiro

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: Professor Dr. Kiwonghi Bizawu.

Belo Horizonte
2015

MACHADO JÚNIOR, José Carlos.

M149a A aplicação dos *punitive damage* no Estado socioambiental brasileiro / José Carlos Machado Júnior. – Belo Horizonte, 2015.
179 f.

Dissertação (Mestrado) – Escola Superior Dom Helder Câmara.

Orientador: Prof.º Dr.º. Kiwonghi Bizawu.

Referências: f. 171 – 179

1. Meio ambiente. 2. Dano ambiental. 3, Responsabilidade ambiental. I. Kiwonghi Bizawu. II. Título.

349.6(043.3)

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3094

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

José Carlos Machado Júnior

A APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para a aprovação no Curso de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável.

Aprovado em: ____/____/____

Orientador: Professor Doutor Kiwonghi Bizawu - ESDHC-MG

Professora Doutora Beatriz Souza Costa - ESDHC-MG

Professor Doutor Vladimir Passos de Freitas - PUC-PR

Nota: _____

Belo Horizonte
2015

Dedico este trabalho a José Carlos Machado e a Cibele Lima Machado, amado pai e amada irmã.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, Elaine, Gabriel e Livia, por tudo que representam na minha vida.

Agradeço à minha mãe, Gisélia, que sempre esteve comigo.

Aos amigos que me incentivaram a iniciar o curso de mestrado, Wesley e Carlos Geraldo.

Ao professor Vladimir, minha gratidão pelo exemplo e pelo incentivo.

Agradeço aos meus colegas da 32a Vara, pela torcida e por toda ajuda.

Aos professores Élcio e Anacélia pela oportunidade de contribuir com o curso de Direito da Escola Superior Dom Hélder Câmara.

Ao professor Kiwonghi pela amizade e pelas horas de conversa e orientação.

À professora Beatriz pela ajuda e por todo o estímulo.

Aos colegas de curso, companheiros de aprendizado e de crescimento.

Ao café com prosa sem o qual eu não teria chegado até a este momento.

Lembrando as lições da Irmã Ivete, de Paulo Roberto de Gouvêa Medina e de Nelson Vila Verde Coelho Magalhães, presto a todos os professores e professoras que tive as minhas homenagens, o meu reconhecimento e a minha gratidão.

Ao Pai Eterno e misericordioso, por mais esta oportunidade de trabalhar e aprender.

RESUMO

A Constituição da República elevou o meio ambiente à condição de direito fundamental e previu, de modo expresso, o dever do Poder Público de protegê-lo para a presente geração e para as futuras. Essa proteção se faz através da imposição de condutas e da previsão de sanções cíveis, administrativas e penais. No direito comparado, observa-se o mesmo fenômeno de maior atenção e proteção ao meio ambiente. Essas alterações nos sistemas jurídicos vão gradativamente introduzindo a ótica, os princípios e as regras ambientais em todas as áreas do direito, construindo, desse modo, um novo paradigma jurídico: o paradigma da ambientalização do direito no Estado Socioambiental. A doutrina e jurisprudência, do mesmo modo, avançam na análise e discussão de outros instrumentos jurídicos que possam melhor atender à determinação constitucional de prevenir e reparar os danos ao meio ambiente. No campo da responsabilidade civil, o estudo dos *punitive damages*, instituto jurídico do sistema do *common law*, é relevante pela sua característica dissuasória e punitiva, capaz de propiciar mais efetividade na proteção do meio ambiente. O propósito desta dissertação é demonstrar que os *punitive damages* já são utilizados no Brasil, sendo necessário aprimorar essa utilização para proteger mais efetivamente o meio ambiente.

Palavras-chave: Meio Ambiente; Dano; Responsabilidade; Prevenção; *Punitive damages*.

ABSTRACT

The Constitution of the Brazilian Republic raised the environment to the condition of fundamental right and expressly disposed the duty of the public authorities to protect the environment for the present and future generations. This protection is carried out by means of the imposition of conducts and the provision of civil, administrative and criminal sanctions. In Comparative Law, one observes the same phenomenon regarding a higher attention paid to the protection of the environment. Such alterations in legal systems gradually introduce environmental optics, principles and rules in all areas of Law, thus, building a new legal paradigm: the paradigm of law environmentalization in the Environment State.

The doctrine and jurisprudence also advance the analysis and discussion of other legal instruments that can better meet the Constitutional determination to prevent and repair damage to the environment. Under the civil liability, the study of punitive damages, legal Institute of common law, it is relevant for its deterrent and punitive feature, able to provide more effective prevention to the environment. The purpose of this dissertation is to demonstrate that punitive damages are already used in Brazil and that is necessary to improve their use in order to effectively protect the environment.

Keywords: Enviroment; Damage; Liability; Prevention; Punitive damages.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O ESTUDO COMPARADO DO <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	15
2.1 Direito como fenômeno cultural.....	18
2.2 Macrocomparação e microcomparação.....	19
2.3 Métodos comparativos: as famílias jurídicas.....	21
2.4 Análise macrocomparativa.....	23
2.5 Análise microcomparativa.....	26
2.6 Método funcional para a análise microcomparativa.....	28
2.7 Análise macrocomparativa dos sistemas jurídicos.....	29
2.8 Famílias jurídicas.....	30
2.9 A família jurídica romano-germânica.....	31
2.10 O ressurgimento do direito romano.....	33
2.11 Direito germânico.....	34
2.12 Influência do cristianismo e do direito canônico.....	35
2.13 O Brasil no sistema romano-germânico.....	35
2.14 Os precedentes: aspectos comuns na família romano-germânica	36
2.15 A família jurídica de <i>common law</i>	37
3 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO INGLÊS E NORTE-AMERICANO.....	39
3.1 O direito inglês	39
3.2 Os <i>writs</i>	40
3.3 A <i>equity</i>	43
3.4 O direito norte-americano.....	44
3.5 Aspectos do sistema jurídico norte-americano.....	46
3.6 A importância do processo no sistema jurídico norte-americano.....	47
3.7 O tribunal do juri.....	48
3.8 As <i>class actions</i> e a <i>law of torts</i>	49

3.9 A codificação e o ativismo no direito americano	56
3.10 A importação do <i>punitive damages</i> para o direito brasileiro.....	58
4 O ESTADO SOCIOAMBIENTAL	59
4.1 A crise ambiental e o surgimento do Estado de direito ambiental.....	62
4.2 Ambientalização do direito brasileiro.....	67
4.3 A fundamentalização do direito ao meio ambiente no Brasil.....	71
4.4 Direito fundamental a sustentabilidade.....	74
4.5 A ambientalização em outros Estados.....	79
4.6 A efetividade da proteção ambiental	83
5 DANO AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE AMBIENTAL	86
5.1 Conceitos de dano ambiental	87
5.2 Responsabilidade ambiental	90
5.3 Princípios embasadores da responsabilidade civil ambiental.....	92
5.4 Responsabilidade civil pelo dano ambiental.....	94
5.5 Insuficiência da responsabilização civil para a proteção ambiental.....	97
5.6 A responsabilidade penal da pessoa jurídica conforme o STF.....	102
5.7 O paradigma ambiental e a mutação da responsabilidade civil.....	105
5.8 Responsabilidade civil do Estado	108
5.9 Responsabilidade subjetiva do Estado.....	110
5.10 Responsabilidade subjetiva do Estado e o dano ambiental.....	112
5.11 Risco ambiental e responsabilidade civil.....	116
5.12 Responsabilidade civil pelo dano futuro.....	117
6 PUNITIVE DAMAGES.....	127
6.1 As origens do <i>punitive damages</i>	129
6.2 Os <i>punitive damages</i> no STJ e no STF.....	132
6.3 Algumas diferenças do <i>punitive damages</i> em países do <i>common law</i>	135
6.4 <i>Punitive damages</i> e o direito penal.....	139
6.5 Critérios para a fixação da condenação	140

6.6 A crescente utilização do <i>punitive damages</i> nos Estados Unidos.....	142
6.7 O dano ambiental: conduta a ser prevenida e reprimida.....	144
7 A APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL	147
7.1 A ação civil pública como instrumento de aplicação do <i>punitive damages</i>	148
7.2 <i>Punitive damages</i> na Ação Civil Pública e nas <i>class action</i>	152
7.3 Responsabilidade objetiva e <i>punitive damages</i>	153
7.4 Julgamento do Recurso Especial nº 145.083.....	158
7.5 <i>Punitive damages</i> e responsabilização objetiva: pressupostos.....	161
7.6 Leis brasileiras que preveem a aplicação de indenização punitiva.....	166
7.7 Indenização punitiva em face do Código Civil.....	169
7.8 Propostas de alteração legislativa.....	172
8 CONCLUSÃO.....	174
REFERÊNCIAS.....	179

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao elevar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental e ao criar um sistema de proteção para preservá-lo para a atual e para as futuras gerações, transformou o sistema jurídico brasileiro, permeando-o com princípios e regras ambientais, em um processo conhecido como o esverdeamento ou a ecologização da Constituição e que transformou o estado brasileiro em um Estado Socioambiental.

Essa revolução ambiental, transformadora do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, não se limitou ao texto constitucional. Ao contrário, inúmeros dispositivos legais foram criados por sua influência ou determinação, reunindo-se aos já existentes e recepcionados pela Constituição de 1988, todos, em última instância, com a finalidade de garantir a utilização sustentável e equilibrada do bem ambiental.

Ao lado do necessário desenvolvimento da cidadania participativa, da educação ambiental, da produção e difusão de conhecimento ambiental e de medidas conscientizadoras e preventivas, é possível afirmar que as medidas jurídicas repressoras representam o obstáculo mais eficaz para prevenir a degradação ambiental, considerando que as primeiras não se desenvolvem a ponto de surtirem o efeito pretendido e constitucionalmente previsto de um meio ambiente ecologicamente sustentável.

Apesar de todo arcabouço jurídico existente, com a previsão de instrumentos processuais para a garantia da efetividade da proteção ambiental através de medidas administrativas, cíveis e penais, a destruição e a degradação ambiental avançam no Brasil, causando danos que são quase sempre irreparáveis ou, quando reparáveis, de difícil e demorada recuperação, que se faz possível após longos prazos e com a utilização de recursos muito onerosos.

Ademais, em muitos casos, a reparação ou a restauração é impossível ou inócua. Uma vez lesado, destruído ou poluído um ambiente ou extinto um bioma, não se consegue,

ainda que disponíveis todos os recursos financeiros e tecnológicos, restaurar a situação ao estado natural, anterior à degradação.

Embora o Brasil conte com uma avançada legislação em matéria ambiental, com previsão e regramento constitucional e infraconstitucional em campos que se estendem do direito administrativo ao direito tributário, do direito penal e processual penal ao direito civil e processual civil, perpassando ainda o direito empresarial e o direito tributário, tais previsões legislativas têm se mostrado ineficiente para conter o avanço na exploração sem sustentabilidade e na degradação culposa ou dolosa.

Com efeito, um sistema processual e judicial lentos, condenações tardias e em valores proporcionalmente pequenos em relação ao proveito econômico obtido pelos degradadores, não conseguiram alcançar o condão de dissuadir condutas potencialmente lesivas ao meio ambiente. Do ponto de vista frio das planilhas financeiras, vale a pena explorar o meio ambiente, poluindo-o, degradando-o e destruindo-o. A relação jurídica e econômica estabelecida entre o proveito auferido com degradação ambiental e o risco de imposição de penalidades, torna vantajosa a atividade ilícita.

É evidente que o sistema jurídico de repressão ao dano ambiental, do modo como concebido até o momento, não funciona. Ou se aplica no Brasil institutos jurídicos de comprovada eficácia na prevenção e dissuasão de danos ambientais ou ainda se vai assistir por muitas décadas a degradação ambiental sem qualquer resposta jurídica eficiente. Necessário, pois, celeridade e efetividade na prevenção e repressão ao dano ambiental.

A ambientalização do direito e a consciência social de que o meio ambiente degradado é um problema para a sociedade e para cada indivíduo, força o Estado, o operador e o aplicador do Direito a inovarem na busca por instrumentos tecnológicos, sociais e jurídicos que possam evitar o dano e a degradação ambiental.

Fundamental a sistematização jurídica da responsabilização pelo dano ambiental e nesse sentido a aplicação no Brasil de institutos jurídicos utilizados em outros países, tais como o *punitive damages*, conhecido como indenização punitiva, originário da família

jurídica do *common law*, que poderia ser um forte elemento dissuasório das condutas lesivas ao meio ambiente.

A compreensão do instituto do *punitive damages* e a sua possível aplicabilidade no direito brasileiro para a proteção do meio ambiente, como instrumento dissuasório e punitivo, passa pelo conhecimento da sua origem, da sua aplicação nos países que o utilizam, dos seus efeitos e os principais argumentos a favor e contrários à ideia de sua aplicação em terras brasileiras.

Ainda com resistência por parte da doutrina e da jurisprudência, amparados especialmente nas teses do enriquecimento ilícito, a aplicação de indenizações punitivas ao lado das reparatorias e das compensatórias cresce em discussão no Brasil, granjeando muitas vezes sob o fundamento de indenização por dano moral coletivo a aplicação nos juízos de primeiro grau e em alguns tribunais.

Para compreender o atual estágio da resposta jurídica à danosidade ambiental no Brasil, faz-se imprescindível analisar as posições mais recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em matéria de proteção ambiental, de modo a se balizar como o conjunto normativo efetivamente vem sendo utilizado.

A hipótese a ser enfrentada é a de que no Brasil os *punitive damages* já estão sendo empregados na responsabilização civil pelo dano ambiental, ainda que de forma assistemática e muitas vezes através de fundamentação diversa daquela empregada nos países da tradição do *common law*. Essa utilização da indenização punitiva atende, de um lado, os novos contornos do instituto da responsabilização civil, resgatando a sua função punitiva e preventiva e, de outro lado, é uma imposição do Estado Socioambiental que determina a máxima efetividade de proteção ambiental.

Adotando-se como marco teórico o Estado Socioambiental Brasileiro e os novos contornos da responsabilidade civil, consoante as lições de Rosenvald, Benjamin, Andrade, Leite e Ayala, para a demonstração da hipótese será utilizado o método hipotético-dedutivo, com a pesquisa bibliográfica e a análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo após a esta introdução, abordam-se algumas técnicas úteis para a análise comparativa de institutos jurídicos de diferentes famílias jurídicas ou entre países de uma mesma tradição jurídica. Em seguida, apresentam-se algumas características do direito inglês e do direito norte-americano, uma vez que no primeiro surgiu o sistema do *common law* e os *punitive damages* enquanto o segundo é referência neste trabalho, tendo em vista serem os Estados Unidos o país que mais utiliza o instituto da indenização punitiva, além de ser a maior economia do mundo e uma sociedade bastante judicializada.

No capítulo seguinte, apresenta-se o Estado Socioambiental Brasileiro, a sua origem, a ideia da ambientalização do direito brasileiro e a compreensão de que a máxima efetividade da proteção ambiental é um imperativo decorrente dessa organização estatal. O capítulo subsequente trata de alguns elementos do dano ambiental e da responsabilidade ambiental, considerando as posições do Supremo Tribunal Federal e, principalmente, as do Superior Tribunal de Justiça.

No próximo capítulo, aborda-se o tema do *punitive damages*, sua origem e sua utilização eventual pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

A aplicação da indenização punitiva no Brasil, as leis brasileiras que preveem a punição civil e uma proposta de adequação hermenêutica dos artigos do Código Civil que tratam da responsabilidade civil são apresentados no último capítulo.

2 O ESTUDO COMPARADO DO *PUNITIVE DAMAGES*

É o Direito Comparado, aqui compreendido como “comparação de Direito”, expressão preferida por Dário Moura Vicente¹ e, como informa o autor, a adotada na Alemanha, na Inglaterra e na França com as seguintes denominações, respectivamente: *Rechtsvergleichung*, *Comparative Law*, *Droit Comparé*, o ramo das ciências jurídicas que propicia a noção dos institutos jurídicos que serão objeto deste estudo, demonstrando as suas particularidades e as dificuldades de adequação a cada sistema jurídico.

Conforme a lição de Luiz Fernando Coelho, o progresso da civilização e as exigências jurídicas de uma sociedade em constante mutação, são o ponto de partida do direito comparado:

O ponto de partida do direito comparado é o fato de o Estado não ser mais que acidente histórico, sem dúvida durável, mas mutável de acordo com as influências ecológicas, demográficas, econômicas e de ordem subjetiva, que o influenciam e que condicionam a ordem jurídica. Mais ainda, parte-se da constatação elementar de que os homens, com o progresso da civilização, com o aperfeiçoamento dos meios de comunicação e com a maior complexidade das relações sociais, estão a exigir agrupamentos mais amplos aos quais nossas fórmulas de legalidade estatal já não mais se enquadram. Isso tende a gerar um hiato cada vez mais acentuado entre a realidade jurídica e as fórmulas de legalidade que, por força do poder político conservador, procuram manter-se. Ou, em outras palavras, tende acentuar a inadequação entre a vivência do direito e sua forma, entre a norma e sua matéria, entre a conduta e sua expressão normativa, entre os modelos jurídicos e a matéria social.²

A escolha e a utilização do Direito Comparado para a análise da aplicabilidade do *punitive damages* no Brasil se justifica por ser este o ramo das ciências jurídicas que melhor se presta para a análise das características e dificuldades de adequação que determinado instituto jurídico, oriundo de um sistema jurídico alienígena, pode propiciar ao legislador, ao intérprete e ao aplicador do direito.

¹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 18-19.

² COELHO, Luiz Fernando. **O renascimento do direito comparado**. In: Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 247-264, abr./jun. 2004. p. 248-249. Disponível em <<http://bit.ly/11kHkzg>> Acesso em 17 nov. 2014.

A questão inicial a ser respondida quando se analisa um instituto como o *punitive damages*, oriundo de um sistema jurídico diferente do brasileiro, é o de saber se, de fato, é possível comparar sistemas jurídicos e, em especial, se é possível comparar o sistema da *common law* com o sistema da *civil law*.

Abordando tal indagação, Rodolfo Sacco esclarece que essa foi uma dúvida comum até a primeira guerra mundial e muitos duvidavam dessa possibilidade:

Deveriam obviamente duvidar aqueles para quem comparar significa apenas evidenciar a unidade substancial das soluções. Deveriam obviamente duvidar aqueles para quem comparar significava apenas predispor à unificação do direito.³

Prossegue na sua explicação, Rodolfo Sacco, esclarecendo que, para outros, a pergunta sobre a possibilidade de comparação dos sistemas jurídicos encontrava resposta afirmativa: “A resposta será afirmativa para aqueles que concebem a comparação como a verificação e a medida das diferenças existentes entre as várias soluções jurídicas.”⁴

Sacco explica que, historicamente, a indagação se referia a três modelos de comparação: aquela entre os sistemas romanistas e os sistemas da *common law*; os sistemas capitalistas e os socialistas e, por fim, os sistemas científicos e os etnosistemas.⁵

Informa que até o início do século XX, a opinião geral era de que a comparação entre o sistema da *common law* e o da *civil law* era impossível: “Até 1920, negava-se que o direito inglês pudesse ser comparado com o direito dos outros países. Entre as duas guerras, paradoxalmente, triunfou o assim chamado diálogo entre o *common law* e *civil law*.”⁶

Comparar direitos é uma atividade antiga e não deveria despertar dúvida ou dificuldade, quaisquer que sejam os sistemas jurídicos a serem analisados, ainda que se considere a complexidade do mundo moderno e a pluralidade de variáveis a serem consideradas em qualquer comparação.

A comparação de direitos de organizações jurídicas em locais diferentes é antiga, conforme informa René David, que exemplifica com Aristóteles, que já no século IV, a.c, se

³ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 44.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*

⁶ *Ibidem*.

utilizou do direito comparado, ao estudar 153 constituições de várias cidades para escrever o seu tratado sobre política.⁷ Lembra o autor o exemplo de Montesquieu que, igualmente, utilizou-se do direito comparado para conhecer os princípios de um bom governo.⁸

A dificuldade maior, no entanto, informa ainda René David, é que, apesar de ser a comparação uma atividade antiga, o desenvolvimento do direito comparado com a ciência tem pouco mais de um século:

Podem, portanto, ser evocados numerosos antigos precedentes; contudo, o desenvolvimento do direito comparado como ciência é um fenômeno recente no mundo. Há somente um século a importância dos estudos de direito comparado foi reconhecida, o método e os objetivos do direito comparado foram sistematicamente estudados, a própria expressão “direito comparado” foi acolhida e entrou em uso.⁹

Apesar das dificuldades, o mundo moderno impõe que os ordenamentos jurídicos e, por consequência, os seus institutos, sejam analisados e comparados, uma vez que não mais podem ser considerados numa perspectiva ptolomaica, nas palavras de Leontin-Jean Constantinesco.¹⁰

O mundo jurídico não é mais ptolomaico, é copérnico, como afirma Leontin-Jean Constantinesco, e nesse mundo de rápido movimento, todas as estruturas jurídicas estão em constante transformação e mútua influência:

Quaisquer que sejam os seus caracteres específicos, os ordenamentos jurídicos não podem viver separados do mundo do qual não são nada além de componentes. Depois de uma evolução complexa e cada vez mais rápida, a estrutura e a feição do planeta não cessaram de se modificar cada vez mais profundamente. No início, a evolução foi tão lenta, laboriosa e hesitante, que não conseguiu conduzir o mundo fora de seu enraizado imobilismo. Mas a Revolução Industrial e o progresso técnico colocaram as diversas partes do mundo em movimento. Por meio de uma verdadeira ruptura da continuidade, a evolução se converteu em revolução. Com essa mutação, o mundo, que está “mudando de idade”, torna-se cada vez mais dinâmico e copernicano, e as estruturas jurídicas não podem deixar de ser influenciada por elas.¹¹

⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 2.

⁸ *Ibidem*.

⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 2.

¹⁰ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 27-28.

¹¹ *Ibidem*, p. 48.

As constantes e rápidas alterações do mundo moderno, portanto criam e modificam estruturas jurídicas que mutuamente se influenciam, criando um mosaico jurídico cujo estudo e compreensão dependem do direito comparado.

2.1 Direito como fenômeno cultural

O Direito é uma criação humana e como produto da atividade humana está sujeito à influência de um conjunto de fatores sociais, culturais, históricos, religiosos e naturais, entre outros. Em cada época da história humana e em cada continente pode-se identificar sistemas jurídicos que traduzem as escolhas, as influências e os valores de uma determinada civilização.

Desse modo, os problemas que o Direito pretende resolver, os que lhe são objeto, variam conforme a organização social e jurídica de cada civilização. Assim, por exemplo, problemas advindos de uma determinada estrutura social, que são objeto de discussão e grande regulação jurídica em um determinado Estado, podem não ter qualquer relevância em outro.

Dário Moura Vicente esclarece as razões da grande variedade de sistemas jurídicos, de institutos legais e de valores e objetivos do Direito:

O Direito é uma realidade cultural: uma obra humana, dirigida à realização de certos valores, tributária da ideia de Justiça, das vicissitudes históricas, das religiões, dos costumes e da idiossincrasia de cada povo. Uma vez que todos estes fatores variam consoante as comunidades humanas que se consideram, natural é que também as instituições jurídicas nelas vigentes, ainda que lhes correspondam sistemas económicos análogos.¹²

O próprio papel do Direito enquanto instrumento de pacificação social e regulação das relações humanas pode não ter a mesma relevância em outros contextos, nos quais a religião, os costumes ou a forma de governo ditam outros padrões de comportamento, de tensões sociais e de mecanismos de soluções para essas tensões. A advertência de Dário Moura Vicente é exatamente nesse sentido:

¹² VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 18.

Por um lado, os problemas suscitados pela convivência em sociedade, que o Direito tem por objeto, não são os mesmos em toda a parte: esses problemas diferem em razão dos níveis de desenvolvimento econômico, social e cultural de cada país, da geografia, da demografia e de um sem-número de outros fatores, que distinguem as comunidades humanas umas das outras.¹³

Como exemplo dessa grande variação, pode-se lembrar a família jurídica muçulmana na qual “o Direito é tido, no essencial, como um aspecto da religião e o Estado encontra-se, inclusive por determinação constitucional, ao serviço desta e do projeto ideológico nela assente”.¹⁴ (sic)

Nesse cenário, explica Luiz Fernando Coelho como o direito comparado se desenvolveu, apesar da variedade de sistemas jurídicos, adequados à diversidade social, cultural e econômica de cada região e de cada Estado: “(..) desenvolveu-se a partir de uma concepção universalista do direito, denominador comum das tentativas de estruturar o saber jurídico como ciência universal, a despeito da compartimentação de seu objeto, decorrente das fronteiras geopolíticas dos Estados.”¹⁵

Considerando a diversidade de sistemas jurídicos, a diferença de realidades, valores e organizações sociais, faz-se indispensável a utilização do direito comparado para a análise da aplicabilidade de qualquer instituto estrangeiro em determinado Estado.

A análise dos sistemas jurídicos pela ótica e metodológica do direito comparado é, dessa forma, essencial para que os resultados alcançados na análise da aplicabilidade do *punitive damages* no direito brasileiro, possam ser aferidos com mais rigor.

2.2 Macrocomparação e microcomparação

São várias as perspectivas de estudo do Direito Comparado e, em muitos casos, a comparação dos institutos jurídicos resvala no denominado direito comparado histórico, que não se confunde com o direito comparado, consoante esclarece Luiz Fernando Coelho: o direito comparado não se confunde com o direito comparado histórico, especialização da

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem, p. 352.

¹⁵ COELHO, Luiz Fernando. **O renascimento do direito comparado**. In: Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, 2004, p. 248. Disponível em: <<http://bit.ly/11kHkzg>> Acesso: em 17 nov. 2014.

teoria geral do direito, pois o direito comparado é dogmático e a rigor, somente ele é ciência jurídica em sentido estrito.¹⁶

Em outra vertente analítica, quanto à macrocomparação e a microcomparação, explica Vicente que há a microcomparação ou comparação institucional, que investiga o modo pelo qual os problemas jurídicos são resolvidos pelos institutos jurídicos em análise; e há a macrocomparação, que permite reunir sistemas jurídicos em famílias jurídicas, em tradições jurídicas ou culturais.¹⁷

Almeida e Carvalho¹⁸ se referem à noção analítica de direito comparado, considerando que ele tem um duplo objeto: a macrocomparação e a microcomparação. Definem a macrocomparação como a comparação entre sistemas jurídicos na sua globalidade e a microcomparação como a comparação de institutos jurídicos semelhantes em sistemas jurídicos diferentes. Especificam que, para essa finalidade, um instituto jurídico é “um conjunto de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica que, numa dada ordem jurídica, possam ser tomados unitariamente sob certa perspectiva ou critério.”¹⁹

Para a análise do *punitive damages* necessário a macrocomparação, de modo a se compreender os principais aspectos, semelhanças e diferenças dos sistemas jurídicos brasileiros e os da *common law*.

Faz-se necessário a microcomparação para se entender quais são os problemas jurídicos que serão resolvidos pela sua aplicação e, mais ainda, quais os valores sociais que são considerados na previsão normativa desse instituto e na sua aplicação pelo sistema judicial ou por sistema equivalente de cada família jurídica, sejam organizações de cunho religioso, conselhos tribais ou órgãos de um poder estatal.

Para Vicente, o conhecimento dos traços fundamentais dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos é indispensável para que se compreenda o sistema jurídico, objeto de estudo principal do jurista: “a nenhum jurista é possível entender cabalmente o sistema jurídico em

¹⁶ *Ibidem*, p. 249-250.

¹⁷ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 19-20.

¹⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo I, §1º, 2 e 3, sp.

¹⁹ *Ibidem*.

que é versado, sem tomar conhecimento daquilo que, nos seus traços fundamentais, o distingue dos demais.”²⁰

Essa função do direito comparado em relação ao estudo do *punitive damages* e a sua correlação com institutos do direito brasileiro, é anotada por Almeida e Carvalho, que destacam, entre as funções do direito comparado, a de permitir um “melhor conhecimento do sistema jurídico e seus institutos, propiciado pela evidência de originalidade ou de características afins a outros sistemas”.²¹

Sendo assim, a utilização dos dois métodos de direito comparado, a microcomparação e a macrocomparação, são indispensáveis para o estudo da viabilidade de aplicação do *punitive damages* no direito brasileiro e ainda, caso seja possível essa aplicação, qual o seu alcance e limites.

2.3 Métodos comparativos: as famílias jurídicas

Esclarece Dário Moura Vicente que qualquer método comparativo deve partir de três operações intelectuais distintas: “a) A delimitação do objeto da comparação a realizar; b) A análise dos termos a comparar; e c) A identificação, numa síntese comparativa, das semelhanças e diferenças entre esses termos e das respectivas causas.”²²

Alerta Vicente²³ que o momento crítico do processo comparativo é a delimitação do objeto da comparação, pois deve ser considerado que os conceitos jurídicos são relativos, e que alguns, considerados fundamentais em alguns ordenamentos jurídicos, são desconhecidos ou desprovidos de significado jurídico em outros. Ademais, esclarece que, muitas vezes, há figuras jurídicas diferentes que desempenham a mesma função social e conduzem a resultados práticos semelhantes. Ainda sobre a delimitação do objeto, observa que na macrocomparação deve-se examinar os sistemas jurídicos na sua dinâmica.

²⁰ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 20.

²¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo I, §1º, 10, sp.

²² VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 38-39.

²³ *Ibidem*, p. 39-40.

No presente trabalho, o objeto a ser analisado é o *punitive damages* e os sistemas jurídicos a serem comparados são o brasileiro, que segue a tradição romano-germânica, e o sistema da *common law*, adotado pelos Estados Unidos e Inglaterra, entre outros países.

Sendo o *punitive damages* um instituto típico do sistema do *common law*, para analisar a sua aplicabilidade no direito brasileiro, necessário considerar as características desse sistema jurídico, o seu histórico e contexto social.

Não basta, para uma análise mais detida, compreender apenas as características jurídicas do instituto do *punitive damages*. Imprescindível adentrar no espírito jurídico da sociedade americana ou inglesa para compreender como e porque esse instituto é utilizado, essa é a lição de Vicente:

A nosso ver, não basta atender a aspectos como as fontes do Direito, o sistema judiciário, o ensino do Direito e as profissões jurídicas. Estes dão-nos quando muito a forma, mas não o conteúdo, do sistema jurídico examinado - o seu estilo e não o seu espírito. Ora, é sobretudo este último que importa captar a fim de compreender devidamente qualquer sistema jurídico. Para tanto, haverá que ter ainda em conta, entre outros aspectos, os fatores determinantes da formação desse sistema (incluindo fatores metajurídicos como a religião, a ideologia e os traços característicos da mentalidade coletiva), os seus conceitos estruturantes, o método prevalentemente empregado pelos tribunais na decisão dos casos singulares e os meios de resolução extrajudicial dos conflitos.²⁴

Como salienta o autor, não basta o estudo da forma e do estilo, o conteúdo e o espírito do instituto e do respectivo sistema jurídico, através de fatores metajurídicos, são determinantes para a compreensão da sua aplicabilidade na sua origem e a análise de sua aplicabilidade em outra família jurídica.

Sem essa operação, qualquer análise ficará prejudicada, havendo sempre o risco de se considerar a importação de soluções estrangeiras, que na sua origem atendem perfeitamente o objetivo e os valores sociais vigentes, mas que no sistema jurídico importador não atenderão aos mesmos objetivos ou não se adequarão a outras regras do sistema jurídico ou à realidade social, cultural, econômica ou religiosa. Mesmo em face do fenômeno da globalização, os problemas das sociedades contemporâneas são diferentes, acarretando problemas e soluções jurídicas diversas.²⁵

²⁴*Ibidem*, p. 24.

²⁵*Ibidem*, p. 40.

2.4 Análise macrocomparativa

Para concretizar a comparação e a análise do instituto jurídico do *punitive damages*, deve-se atentar para o método a ser empregado, conforme orientam Almeida e Carvalho.²⁶

Ora, sob este aspeto, o direito comparado, tendo por objeto a observação comparativa, global ou parcial, de uma pluralidade de ordens jurídicas, diferencia-se da generalidade das disciplinas jurídicas que, constituindo os chamados ramos de direito, se ocupam de parte de um só ordenamento jurídico. Nesta medida, o direito comparado defronta-se com alguns problemas metodológicos e pedagógicos cuja resolução ultrapassa os limites da metodologia e da pedagogia gerais da ciência do direito.

Apontam os autores quais são os problemas que a metodologia de comparação deve previamente delimitar, quais sejam, o que se compara e como se compara:

A metodologia da comparação jurídica suscita duas ordens de problemas: o que se compara (objeto da comparação) e como se compara (processo de comparação). O objeto da comparação, já se disse, é formado por sistemas e institutos jurídicos. Pela própria natureza da atividade comparativa, o objeto da comparação é sempre plural: dois ou mais sistemas, dois ou mais institutos. A seleção dos termos da comparação coloca, por isso, para além da escolha ditada pela finalidade da comparação, também o problema da comparabilidade.²⁷

Sobre a comparabilidade, esclarecem os autores que se trata de responder a duas questões diferentes: “comparabilidade em função do tempo; comparabilidade em função da natureza e conteúdo dos termos potencialmente elegíveis para a comparação.”²⁸

Informam ainda que em razão das diferenças de natureza de objetos a serem comparados, a comparabilidade assume contornos variados, consoante esteja em curso a macrocomparação ou a microcomparação.

Alertam que, por muito tempo, no tocante a macrocomparação, destacou-se a comparação de sistemas jurídicos integrados em diferentes ordens econômicas, mormente as diferenças entre Estados socialistas e capitalistas, tema que pouco interesse desperta nos dias

²⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, Capítulo I, § 4º, 14, sp.

²⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, Capítulo I, § 4º, 14, sp.

²⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo I, §1º, 2 e 3, sp.

atuais. Destacam também o problema da comparabilidade entre sistemas jurídicos em estágios de desenvolvimento econômico muito diferentes.

No caso do *punitive damages* pode-se superar o último problema, o da diferença de estágios econômicos, pois embora a situação econômica do Brasil seja inferior a dos Estados Unidos e da Inglaterra, tais diferenças não são suficientes para impedir a análise comparativa, já que a economia brasileira não está num patamar muito distante dos países mais ricos, quando se compara com a grande distância entre esses e os países mais pobres. Ademais, tanto os Estados Unidos como o Brasil, são países cujo sistema econômico é o mesmo, no caso, o capitalismo.

Ainda Almeida e Carvalho afirmam que na macrocomparação o método adotado deve levar em consideração os “traços essenciais dos diferentes direitos contemporâneos, segundo critérios tendencialmente homogêneos e paralelos”²⁹.

Enfatizam a necessidade de se distinguir em cada ordem jurídica aqueles elementos ou características que formam o seu núcleo indevassável. Sugerem que a análise seja feita com a ajuda de uma grade comparativa, identificando os aspectos determinantes de cada sistema jurídico e separando-os em aspectos ou elementos variáveis, também denominados de elementos ideológicos, e os constantes, também identificados como elementos estruturais, sendo aqueles os que podem sofrer alterações em razão da atuação legislativa, e esses os que integram a própria essência do sistema.

Prosseguem os autores, observando que a metodologia a ser adotada na macrocomparação abrange a identificação dos elementos essenciais dos sistemas jurídicos a serem comparados, elementos esses divididos em “história do sistema”, “elementos estruturais” e “elementos ideológicos”.

Informam ainda que a segmentação das ordens jurídicas, objeto da comparação, é uma exigência metodológica, sendo necessário segmentar os sistemas jurídicos, elegendo e identificando características gerais que possam orientar a comparação:

Na verdade, quer no processo metodológico quer na utilização dos resultados para a classificação dos sistemas jurídicos, a comparação exige a segmentação das ordens jurídicas de acordo com elementos construídos com um certo grau de generalidade que comporte a virtualidade de servirem como pontos de análise e de comparação

²⁹ *Ibidem*, Capítulo I, § 4º, 15, sp.

entre todos os sistemas sob observação. Estes são os elementos (comuns, conceituais e, portanto abstratos) do modelo comparativo, alinhados na parte superior da “moldura” da grelha comparativa, que é formada por um quadro ou tabela de duas entradas composto por dois eixos: o eixo sintagmático integra os elementos selecionados para a comparação; o eixo paradigmático indica as variações desses elementos em cada uma das ordens jurídicas em comparação.³⁰

Esclarecem os autores que a macrocomparação é um processo mais fácil do que a microcomparação tendo em vista a semelhança dos sistemas jurídicos e a existência de modelos de comparação já utilizados por outros autores.³¹

Anotam que a macrocomparação será mais simples quanto menor o número de ordens jurídicas a serem observadas. Indicam a utilização, como um modelo para a comparação, três dimensões ou elementos de análise, a saber, os elementos internos (jurídicos), os elementos externos (metajurídicos) e os elementos históricos.

Os modelos comparativos são variáveis, mas não têm de ser casuísticos. Na macrocomparação, a construção de modelos comparativos-tipo está facilitada por duas razões: a relativa semelhança estrutural entre sistemas jurídicos; e a disponibilidade de modelos sugeridos ou postos em prática por alguns grandes comparatistas. A escolha dos elementos determinantes está tanto mais simplificada quanto menor for o número das ordens jurídicas em comparação e maior for o grau de proximidade entre as suas matrizes socioculturais.

O modelo-padrão aqui adotado para a macrocomparação baseia-se no conjunto dos elementos essenciais de uma grelha comparativa desenhada a três dimensões correspondentes a elementos internos (ou estritamente jurídicos), elementos externos ou metajurídicos e elementos históricos. Figurativamente, pode representar-se por três faces visíveis de um “cubo comparativo”.³²

Gerhard Dannemann³³ aborda a macrocomparação e a microcomparação, esclarecendo que uma distinção entre os dois métodos é o enfoque: é geral na macrocomparação; é centrado em problemas legais específicos, no caso da microcomparação. Observa que, se as famílias jurídicas são classificadas tendo em vista as suas diferenças e as semelhanças dos seus institutos, a macrocomparação de membros de diferentes famílias

³⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo I, § 4º, 15, II, sp.

³¹ *Ibidem*, capítulo I, § 4º, 15, III, sp.

³² *Ibidem*.

³³ DANNEMANN, Gerhard. Comparative law: study of similarities or differences ?. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 387.

jurídicas revela as suas diferenças e a macrocomparação de membros da mesma família demonstra as suas semelhanças:

Se as famílias jurídicas são analisadas conforme as diferenças e semelhanças entre os seus membros, a Macrocomparação dos membros de famílias jurídicas diferentes pode revelar as suas diferenças, e a Macrocomparação de membros de uma mesma família jurídica, pode revelar as suas semelhanças. (tradução livre)³⁴

2.5 Análise microcomparativa

Além da macrocomparação dos sistemas jurídicos, classificados em famílias jurídicas, no caso do estudo de um determinado instituto, como o *punitive damages*, deve-se também atentar para a análise microcomparativa, que tem como objeto exatamente o instituto a ser estudado, ao contrário da análise macrocomparativa que se detém nos sistemas jurídicos.

Conforme Almeida e Carvalho, a microcomparação “consiste na comparação entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes.”³⁵

Como instituto jurídico, os autores compreendem o “conjunto de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica que, numa dada ordem jurídica, possam ser tomados unitariamente sob certa perspectiva ou critério.”³⁶

Jorge Miranda caracteriza a microcomparação e a macrocomparação tendo em vista os respectivos objetos, que na primeira é o exame do que denomina partículas jurídicas elementares, enquanto que a segunda se detém nas grandes estruturas fundamentais:

O esforço comparativo, no espaço ou (e) no tempo, tanto pode consistir numa microcomparação como numa macrocomparação. A sua natureza é idêntica, mas, decerto, a sua finalidade e, porventura a atitude do comparatista deixam de o ser. A Microcomparação tem por objecto o exame das partículas jurídicas elementares que formam as ordens jurídicas. São os micro-elementos. Pelo contrário, a macrocomparação tem por objecto o estudo de uma grande estrutura e, designadamente, as estruturas determinantes e as ordens jurídicas enquanto tais. Com a primeira, trata-se de dilucidar uma instituição ou uma regra jurídica; com a segunda de dilucidar as grandes estruturas fundamentais, bem como o perfil característico das ordens jurídicas a fim de salientar as famílias e os grandes sistemas jurídicos.³⁷

³⁴ If individual legal families are categorized according to differences between families and similarities amongst their members, macrocomparison of members of different legal families is likely to reveal differences, and macrocomparison of members of the same family is likely to reveal similarities.

³⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo I, § 1º, 3, sp.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ MIRANDA, Jorge. **Sobre o direito constitucional comparado**. São Paulo: Revista de Direito Constitucional

A análise microcomparativa é mais difícil do que a macrocomparativa, tendo em vista o conjunto de fatores que devem ser levados em conta para a operação, que vão desde as técnicas jurídicas de cada sistema jurídico, até as diferenças de idioma e os critérios usados para a delimitação dos institutos. Nesse sentido, o registro de Almeida e Carvalho:

A diversidade e a relativa arbitrariedade dos critérios para a delimitação dos institutos na mesma ordem jurídica criam dificuldades na identificação dos institutos comparáveis em ordens jurídicas diferentes. Tais dificuldades são ainda agravadas pela variação, de ordem jurídica para ordem jurídica, das línguas, das nomenclaturas e das técnicas jurídicas.³⁸

Informam Almeida e Carvalho, que a microcomparação pode ser muito dificultada pelo idioma e por institutos jurídicos que, presentes em um sistema jurídico, não guardam equivalência com institutos de outros sistemas jurídicos.

Pode por isso ser enganadora a procura de afinidade entre institutos jurídicos em sistemas diferentes determinada pela sua simples designação. Certos institutos que num direito são nomeados por uma palavra ou por uma expressão unívocas não têm correspondência ou não são referidos por palavra ou expressão equivalentes em outros direitos. Exemplo da primeira hipótese é o trust dos direitos de *common law*; exemplo da segunda é a exceção de incumprimento nos direitos romano-germânicos cujas soluções são próximas das regras de order of performance, bem diferentes porém no modo de enunciação.³⁹

Destacam também os autores portugueses a dificuldade que palavras foneticamente semelhantes podem causar para o comparatista:

Sucedem também que palavras foneticamente muito parecidas designem institutos jurídicos não coincidentes (v. g. a *agency* do direito inglês não tem o mesmo sentido da agência do direito português; *contrat* é, para o direito francês, um instituto mais restrito do que *contrato*, para o direito português, que o não circunscreve ao âmbito obrigacional).⁴⁰

e Internacional, v. 55, 2006, p. 243.

³⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo I, § 4º, 16, I, sp.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo I, § 4º, 16, I, sp.

2.6 Método funcional para a análise microcomparativa

Apesar das dificuldades e das diferenças de critérios, na análise comparativa através da microcomparação, há uma tendência de maior utilização do critério funcional para essa tarefa.

Conforme assevera Vicente, a doutrina majoritária adota na microcomparação o critério funcional, partindo-se de um problema social e determinando como esse problema é resolvido nos diversos sistemas jurídicos sob análise, de modo a responder como determinadas necessidades ou finalidades sociais são atendidas nas diversas ordens jurídicas, ainda que através de institutos jurídicos diversos.⁴¹

Esse critério, como esclarecem Almeida e Carvalho, é concreto e não abstrato, é funcional e social e não apenas jurídico⁴². Em outras palavras, através do critério funcional, pretende-se identificar como os problemas da vida, as situações reais do cotidiano de um determinada sociedade, são resolvidos pelos institutos jurídicos a serem comparados, ainda que esses institutos jurídicos sejam diferentes na sua origem e funcionamento, ou ainda, que tenham denominações diferentes.

Vicente explica que são vários os critérios adotados para a comparação e que eles não são mutuamente excludentes, sobressaindo-se, além do critério funcional, já mencionado, a investigação das causas e origens históricas, a análise econômica das regras e institutos jurídicos e também o estudo do contexto cultural.⁴³

O funcionalismo, apesar de ser o critério adotado pela maioria dos autores, para a análise microcomparativa, merece algumas críticas, tendo em vista o seu amplo espectro e a falta de clareza em muitas comparações, sobre qual a base ou qual significado de funcionalismo está sendo adotado.

⁴¹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 39.

⁴² ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito Comparado*. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo I, § 4º, 16, IV, sp.

⁴³ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 38.

A crítica é desenvolvida por Ralf Michaels⁴⁴ que relaciona sete diferentes concepções para o funcionalismo, concluindo ao final que, apesar da incompatibilidade, o direito comparado se utiliza de todas as concepções.

Conforme Almeida e Carvalho, ainda que não haja uniformidade nos métodos e haja muitas microcomparações ineficazes, os mesmos métodos utilizados na macrocomparação podem ser adotados na microcomparação, identificando-se como grade comparativa os seguintes elementos: históricos; externos, incluindo os de natureza metajurídica; os internos aos institutos jurídicos, objeto da comparação, e aos de outros institutos correlacionados.⁴⁵

2.7 Análise macrocomparativa dos sistemas jurídicos

Nils Jansen⁴⁶ ao abordar o direito comparado e os métodos de comparação, aponta que, para comparar sistemas jurídicos, é necessário construir relações de semelhança e de dessemelhança, qualificadas objetivamente conforme uma perspectiva epistemológica claramente definida.

Esclarece Jansen⁴⁷, que os julgamentos comparativos não comportam avaliação subjetiva quanto ao resultado, embora a escolha dos objetos e das questões a serem comparadas seja influenciada pelo interesse epistemológico e pela avaliação dos padrões de comportamento e resultado que são desejados em determinado problema jurídico.

Para a análise da aplicabilidade do *punitive damages* no direito brasileiro, o recorte feito para a macrocomparação será relativo aos sistemas da *common law* e o do *civil law*, ou romano-germânico. O objetivo, como este recorte, é o de demonstrar as principais características dos dois sistemas, as suas bases axiológicas e os seus objetivos jurídicos e sociais.

⁴⁴ MICHAELS, Ralf. **The functional method of comparative law**. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The oxford handbook of comparative law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 343.

⁴⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito Comparado*. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo I, § 4º, 16 bis, III, sp.

⁴⁶ JANSEN, Nils. **Comparative law and comparative knowledge**. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The oxford handbook of comparative law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 335-336.

⁴⁷ *Ibidem*.

Assim, a comparação do instituto *punitive damages* deve se balizar por esse procedimento prévio de identificar qual o padrão de comportamento e de resposta jurídica que se deseja na aplicação do instituto.

2.8 Famílias jurídicas

Conforme Vicente⁴⁸, os sistemas jurídicos existentes não têm no mundo a mesma representatividade, alguns são o que o autor denomina de centros de irradiação, que foram o ponto de partida de vários outros sistemas jurídicos, e gradativamente foram ganhando autonomia. As famílias jurídicas, esclarece o autor, são constituídas por esses sistemas jurídicos, esses centros de irradiação, assim como, pelos sistemas que deles se desgarraram.

Salienta o autor⁴⁹, que muitos autores criticam a expressão famílias jurídicas, preferindo o conceito de tradição jurídica, uma vez que consideram existir sistemas jurídicos híbridos que não se encaixam bem na ideia de uma família jurídica.

Aduzem os críticos que há ramos do Direito de um mesmo Estado que buscam a sua origem em diferentes centros de irradiação, o que por consequência implica em um sistema jurídico integrado por famílias distintas. Baseiam a crítica no fato de que há sistemas jurídicos que traduzem uma concepção de direito muito específica, que não se vincula a nenhuma família jurídica.

Vicente aborda o sentido adotado por alguns autores, com o conceito de “cultura jurídica” que, afirma o autor, não é muito diferente da ideia de “tradição jurídica”. Finaliza, conciliando as três expressões:

Pode, no entanto, tomar-se a noção de tradição jurídica (bem como a de cultura jurídica) numa aceção diversa, maxime como uma *forma típica de conceber o Direito historicamente encarnada em certo ou certos sistemas jurídicos*. Sempre que seja partilhada por diferentes sistemas jurídicos, uma tradição ou cultura jurídica, assim entendida, corresponderá a uma família jurídica. Nesta medida, não haverá antinomia entre os modelos de análise atrás referidos.⁵⁰

Utiliza o conceito de família jurídica como “um conjunto de sistemas jurídicos

⁴⁸ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 55.

⁴⁹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 56-57.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 58.

dotados de afinidade técnico-jurídica, ideológica e cultural, representativo de determinado conceito de Direito”.⁵¹

Vicente⁵² elenca cinco grupos de sistemas jurídicos vigentes na atualidade que em sua ótica correspondem a algumas famílias jurídicas.

São eles a família jurídica romana-germânica, com três ramos distintos, quais sejam o ramo francês, o ramo germânico e o dos países nórdicos. Em segundo lugar, aponta o autor a família jurídica de *common law*, tendo nos Estados Unidos da América e na Inglaterra os seus maiores exemplos.

Em seguida, relaciona a família jurídica muçulmana ou islâmica, na qual predomina a Xaria como fonte principal do Direito. Em quarta posição elenca a família jurídica hindu e, por fim, em quinta posição, apresenta a família jurídica chinesa. Menciona também, conquanto não relacione como uma grande tradição jurídica, a família dos direitos socialistas, destacando especialmente o direito russo.

2.9 A família jurídica romano-germânica

Vicente⁵³ aponta a civilização grega como a maior influência da cultura jurídica europeia, pois, embora tenha o direito grego se caracterizado como consuetudinário, os ideais gregos, as reflexões, pensamentos e obras dos seus filósofos foram de indiscutível importância para o Direito Romano e para todos os demais sistemas jurídicos decorrentes ou influenciados pelo império romano.

Como características do pensamento grego, que impactaram e impactam a família jurídica romano-germânica, salienta o primado da racionalidade, a ética, o conhecimento científico em geral e o reconhecimento de uma esfera de autonomia da pessoa humana com a subordinação voluntária à lei.⁵⁴

Recorda o autor que, nas sociedades primitivas, o Direito tinha fonte e fundamentação divina ou consuetudinária, não sendo possível para o Homem, outro comportamento senão o de obedecê-lo, sendo-lhe impossível qualquer alteração, uma vez que

⁵¹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 59.

⁵² *Ibidem*, p. 61.

⁵³ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 93.

⁵⁴ *Ibidem*.

o sistema jurídico não era considerado uma obra humana. A secularização e racionalidade do Direito ocorreu na Grécia, com a ideia da sua mutabilidade, no tempo e no espaço, por ser ele uma obra humana, cujas prescrições são observadas voluntariamente.⁵⁵

Prossegue o autor, explicando que o Direito Romano é compreendido como um conjunto de normas e princípios jurídicos, cujo registro começou em 450 a.C, e vigorou no império romano desde o século VIII a.C até o século XV, com a queda do império romano do oriente. Chegou até os tempos modernos graças à compilação, determinada pelo Imperador Justiniano, no século VI d.C, denominada *Corpus Iuris Civilis*, a maior obra jurídica em importância e relevância de todos os tempos, para alguns autores.⁵⁶

David⁵⁷ destaca a dispersão da família jurídica romano-germânica, que alcançou uma extensão geográfica muito maior do que a do Império Romano, avançando para países da América Latina, parte da África, Japão e Indonésia, tendo em vista o fenômeno da colonização e a técnica da codificação.

Foi exatamente essa codificação, o *Corpus Iuris Civilis*, esclarecem Almeida e Carvalho⁵⁸, que permitiu a expansão e a aplicação do Direito Romano, embora não tenha ocorrido essa expansão de maneira uniforme, nem contemporânea, já que inicialmente era o Direito Romano aplicado subsidiariamente.

Sustenta Vicente⁵⁹ que o Direito Romano se expandiu tendo em vista quatro, dentre as suas características fundamentais: a) o reconhecimento de uma certa esfera de liberdade individual; b) a certeza, precisão e a racionalidade dos seus preceitos; c) a flexibilidade e a abertura à inovação, possibilitada pela admissão da jurisprudência; d) a existência de um processo civil subordinado ao princípio da tipicidade, o que significava que a tutela judiciária dependia da existência de uma ação para a defesa do direito atacado.

O Direito Romano, assevera Vicente⁶⁰, desenvolveu-se em grande parte graças à construção jurisprudencial, posto que a legislação era excepcional, pois eram os romanos

⁵⁵ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 94.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 96-97.

⁵⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 33-34.

⁵⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo II, § 7º, 26, sp.

⁵⁹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 97.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 99-100.

avessos a codificação por três razões básicas: a) a codificação distrai o jurista da essência da matéria considerada, prendendo-o a interpretação literal; b) um código apresenta-se como um todo completo e acabado, embora não o seja; c) a codificação exige a formulação abstrata de regras jurídicas, algo que para os romanos era muito rígido e arriscado.

Importa observar que o Direito Romano, apesar de ter se espalhado pelo mundo graças à sua codificação, influenciando o direito europeu continental e posteriormente o direito brasileiro, na sua essencialidade apresentava bases semelhantes ao sistema da *common law*.

O aparente paradoxo é explicado por Vicente⁶¹, ao esclarecer que o Direito Romano recebido na Europa no século XII foi *Corpus Juris Civilis*, codificado por Justiniano, e não o direito aplicado ao caso concreto, mutável e adaptável.

Registra Vicente⁶² que em 476, com a queda do último imperador romano, Romulus Augustulus, o Direito Romano começou a sua fase de declínio, na qual foi substituído pelos costumes dos povos germânicos, tendo sido aplicado, em face do princípio da personalidade, em relação àqueles que tinham ascendência romana, uma vez que, segundo tal princípio, o direito a ser aplicado a cada indivíduo depende da sua estirpe ou ascendência.

Desse período, algumas compilações do direito romano são bem conhecidas, como a *Lex Romana Visigothorum*, também conhecida como o Breviário de Alarico, promulgada na Gália em 529 d.C, pelo rei dos Visigodos, Alarico II.

2.10 O ressurgimento do direito romano

A partir do século XII e até o século XIX, na Europa, o direito romano passou a ser revisto e estudado, sendo reconhecido, em diferentes intensidades, como fonte do Direito. Esse movimento teve início na Itália e França; atingiu Espanha e Portugal, posteriormente Holanda e Alemanha.⁶³

O *Corpus Iuris Civilis* retomou o seu papel de direito codificado e passou a ser discutido em diferentes graus, conforme o país e a época. Na Alemanha, cumpriu importante papel, tendo em vista a inexistência, até o fim do século XIX, de um poder centralizado e um

⁶¹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 100.

⁶² *Ibidem*, p. 101.

⁶³ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 101-106.

Direito Civil Unificado. Na França, em razão de uma ordem real do século XVI, que determinou a codificação dos costumes, o Direito Romano não foi intensamente utilizado. Na Inglaterra, apenas em 1758 o direito inglês passou a ser lecionado com primazia em relação ao direito romano e ao direito canônico.⁶⁴

As grandes codificações europeias de Oitocentos, O Código Civil Alemão de 1900 e o Código Civil Francês de 1804, não diminuíram a importância do Direito Romano, ao contrário, marcaram a sua reação, pois esses códigos foram não apenas influenciados, mas também incorporaram várias das suas ideias, institutos e princípios. Um exemplo é a diferença de posse e propriedade; outro exemplo é o regime do enriquecimento sem causa, que tem no Direito Romano os antecedentes das ações de *condictiones*.⁶⁵

A respeito da criação dos códigos civil francês e alemão, destaca Sacco⁶⁶ que, até esse momento, o direito romano não era na Europa o único modelo jurídico. O direito canônico e o direito universitário – isto é, o direito conforme a interpretação e a construção das universidades – também exerciam grande influência.

2.11 Direito germânico

Sobre o direito germânico, observa Vicente⁶⁷ que povos germânicos, os Francos, Lombardos, Visigodos e outros, provocaram a queda do Império Romano do Oriente e ocuparam o seu território, trazendo consigo o seu próprio direito, essencialmente consuetudinário e comunitário, em oposição ao direito romano, muito codificado e individualista.

Após esse período, a prática da *professio iuris*, isto é, julgar a lide conforme a lei em que viviam as partes, permitiu a sobrevivência do direito romano até o século X, quando se iniciou um processo de unificação das várias ordens jurídicas vigentes que, gradativamente, incorporaram elementos do Direito Romano, dito vulgarizado.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 101-106.

⁶⁶ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 259-260.

⁶⁷ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 107-108.

Com tal unificação, fruto da evolução social e econômica, o princípio da personalidade foi substituído pelo princípio da territorialidade. Essa ordem jurídica unificada tornou-se a base das ordens jurídicas dos Estados Europeus modernos.

2.12 Influência do cristianismo e do direito canônico

Vicente⁶⁸ enfatiza ainda a influência que o Cristianismo e o Direito Canônico tiveram na formação da família jurídica romano-germânica. Entre outros aspectos, destaca o personalismo jurídico, uma das características dessa família jurídica, e o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em vários sistemas jurídicos da família romano-germânica, como no caso da constituição brasileira, como a base do próprio Direito. Em razão desses princípios, exsurge o direito à liberdade de agir, limitado, porém, pela ideia da solidariedade e da justiça comutativa.

Esclarece o autor, quanto ao Direito Canônico, que dele deriva o próprio conceito de Direito como um sistema autônomo, integrado por regras e princípios e em constante evolução, traço característico da família jurídica romano-germânica.

2.13 O Brasil no sistema romano-germânico

A aculturação jurídica, definida como a assimilação por um agrupamento humano de valores jurídicos e modos de organização da sociedade, próprios de uma outra cultura, representou papel relevante para o desenvolvimento da família jurídica romano-germânica.

No caso brasileiro, tal fenômeno se deu em razão da colonização portuguesa, o que efetivamente acarretou a importação do direito português para as terras brasileiras. Mesmo após a independência do Brasil, o direito português, de início na sua integralidade e posteriormente, com a produção legislativa local, com as adequações devidas, representou a base do sistema jurídico brasileiro.

Essa formação do direito brasileiro justifica, por si só, a sua na família romano-germânica, sem prejuízo da significativa influência do Código Civil Francês – *Code Civil des français*, de 1804 - no direito brasileiro.⁶⁹

⁶⁸ *Ibidem*, p. 109-115.

⁶⁹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 123-137.

2.14 Os precedentes: aspectos comuns na família romano-germânica

A *common law* está baseado na doutrina do *stare decisis* ou doutrina dos precedentes. Essa teoria estabelece que uma decisão (precedente) adotado por uma Corte de Justiça deve ser adotado pelas Cortes inferiores, “quando as circunstâncias de fato no caso subsequente sob análise forem as mesmas do caso precedente, que atua como paradigma.”⁷⁰

Ainda que, na atualidade, nos direitos da Alemanha, França e Portugal, as decisões dos tribunais exerçam um papel relevante de adequação do Direito a ser aplicado ao caso concreto, essa criação se faz dentro dos limites e nos termos da lei.

De fato, nos sistemas jurídicos integrantes da família romano-germânica há a predominância do Direito na organização da sociedade, compreendido esse como o conjunto de regras e princípios que os tribunais observam para a resolução dos casos concretos, ao contrário de outros sistemas jurídicos que se utilizam de precedentes, como os da família da *common law*, ou de conceitos morais ou religiosos, como a família jurídica muçulmana.⁷¹

A família jurídica romano-germânica não se caracteriza, nos dias de hoje, pela utilização dos precedentes, como na família jurídica do *common law*, não obstante o direito romano primitivo contemplasse os precedentes. Isso é explicado por David, ao afirmar que essa diferença se deve a uma evolução do direito romano desde que se espalhou pela Europa.

A família romano-germânica tem atrás de si uma longa história. Liga-se ao direito da antiga Roma, mas uma evolução mais que milenar afastou, de modo considerável, não só as regras substantivas e de processo, mas a própria concepção que se tem do direito e da regra do direito, da que era admitida no tempo de Augusto ou Justiniano. Os direitos da família romano-germânica são os continuadores do direito romano, cuja evolução concluíram; não são de modo algum a cópia deles, tanto mais que muitos dos seus elementos derivam de fontes diversas do direito romano.⁷²

⁷⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 172.

⁷¹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 215.

⁷² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 33.

Explica Andrade⁷³ que na família jurídica do *common law* o precedente é obrigatório (*binding precedent*), para o órgão judicial de primeiro grau, quando a decisão é proferida por um tribunal, uma corte de apelação (*appellate court*) e será obrigatório para uma corte, quando proferida por uma corte superior. Entre órgãos judiciários de mesmo nível, os precedentes não são obrigatórios, tem caráter persuasivo (*persuasive precedents*). São também *persuasive precedents* as decisões de uma corte estadual em relação a órgãos judiciais de outros estados.

2.15 A família jurídica de *common law*

Conforme Vicente⁷⁴, estima-se que um terço da população mundial viva atualmente (2014) em países cujo direito integra a família jurídica da *common law*, que se considera integrada por um conjunto de sistemas jurídicos cuja base é o direito comum (*common law*) criado por tribunais ingleses após o século XI, e foi se expandindo e adquirindo autonomia por quatro razões básicas: a ausência de recepção, na Inglaterra, do Direito Romano, apesar do domínio romano do território inglês por aproximadamente quatro séculos, o que nos dias atuais implica em não se encontrar, no direito inglês, nenhum vestígio do Direito Romano; a autonomização da família de *common law*, em razão da ausência de rupturas institucionais ao longo dos séculos e a manutenção e adaptação de institutos jurídicos medievais; as correntes filosóficas do liberalismo com John Locke (1632-1704) e a do utilitarismo, propagada por Jeremy Bentham (1748-1832), correntes essas que não ganharam a mesma relevância na Alemanha, França ou Portugal.

A expansão territorial é o quarto fator a ser considerado para compreender a autonomia da *common law*, que se espalhou por todas as colônias inglesas que adotaram o inglês como idioma oficial.

A importância da formação da *common law*, no presente trabalho, se justifica porque se trata da origem do direito inglês e do instituto do *punitive damages* nos Estados Unidos da América e nos vários países que integram a mesma família jurídica. Importa, da mesma

⁷³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 172.

⁷⁴ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 225-229.

forma, porque a evolução do *common law* delineou características importantes para a compreensão e comparação dos sistemas jurídicos da *civil law* e do *common law*.

Nesse sentido, a advertência de David:

As circunstâncias nas quais se formou a *common law* não tem um interesse meramente histórico. Pelo menos em quatro aspectos elas marcaram, de modo duradouro, o direito inglês, no qual, ainda nos dias de hoje, podemos notar a sua influência. Em primeiro lugar, levaram os juristas ingleses a concentrar o seu interesse sobre o processo. Em segundo lugar, elas fixaram numerosos conceitos do direito inglês. Em terceiro lugar, levaram à rejeição da distinção entre o direito público e privado. Finalmente, em quarto lugar, criaram obstáculos a uma recepção, na Inglaterra, das categorias e dos conceitos do direito romano.⁷⁵

Para fins do recorte proposto neste trabalho, importa incluir a análise do direito vigente nos Estados Unidos da América que, apesar da origem e base no direito inglês, apresenta características próprias, fruto da evolução e adaptação própria do processo histórico que levou à formação daquele Estado.

Portanto, para fins de comparação, aborda-se a seguir apenas os conceitos fundamentais do direito inglês, uma vez relacionados diretamente ao direito estadunidense e ao instituto do *punitive damages*.

⁷⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 364.

3 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO INGLÊS E NORTE-AMERICANO

David⁷⁶ observa que o conhecimento histórico é essencial para se compreender o direito inglês visto que este não sofreu as modificações advindas da codificação, como foi o caso do direito francês e de outros direitos da família romano-germânica. Tampouco sofreu muita influência do direito europeu continental, desenvolvendo-se de modo autônomo, em uma longa evolução, como gostam de enfatizar os juristas ingleses, ao destacar a sua tradição jurídica.

Por outro lado, a compreensão do direito norte-americano passa pelo entendimento do direito inglês. Por essa razão, faz-se aqui o registro de alguns dos institutos e práticas do direito inglês e do direito norte-americano, pertinentes com a temática do *punitive damages*.

3.1 O direito inglês

Adverte David⁷⁷ que não se deve exagerar na relevância dada a essa característica histórica do direito inglês, em oposição a uma racionalidade do direito francês, pois ambos são frutos de uma evolução e uma adaptação para atender as necessidades de sociedades que são muito semelhantes. Destaca, nesse sentido, que as revoluções foram meros acidentes de percurso na trajetória evolutiva desses direitos, não representando a sua maior influência.

Explica Vicente⁷⁸ que o direito inglês é considerado basicamente um instrumento de resolução de litígios, razão porque, o processo tem uma importância sem igual e o Direito é criado de modo casuístico, conforme os julgamentos realizados pelos Tribunais, já que os ingleses desconfiam dos princípios gerais e preferem as soluções que se adequem a cada caso, formando uma solução pragmática.

David⁷⁹ leciona que a *common law* ou *comune ley* é o direito comum da Inglaterra, em oposição aos costumes locais, aplicados até 1066 pelas assembleias de homens livres,

⁷⁶ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 356.

⁷⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 364.

⁷⁸ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 275-276.

⁷⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 359.

denominadas de *County Court* ou *Hundred Court*. A elaboração da *comune ley* era exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça que, através dos seus julgamentos, elaboraram um Direito comum para toda a Inglaterra.

A evolução do direito inglês é exposta por Almeida e Carvalho⁸⁰ como sendo originária da conquista normanda, após a batalha de Hastings (1066), com o rei Guilherme I da Inglaterra, dando início ao processo de concentração de poderes que deu origem, no princípio do século XII, à institucionalização de três tribunais reais, quais sejam, o *Court of Exchequer* (Tribunal do Tesouro), para o julgamento de questões fiscais, o *Court of Common Pleas* (Tribunal dos Pleitos Comuns) para o julgamento de questões fundiárias, e o *Court of King's Bench* (Tribunal do Banco do Rei) que julgava matéria penal.

Conforme explica o autor, inicialmente concebidos como tribunais de exceção, em 1300, quando os três tribunais fixaram sua sede na região de Westminster, aplicavam o *common law*, o direito comum da Inglaterra, baseado em regras consuetudinárias e outras de origem romanística e canônica e, principalmente, critérios de razoabilidade e bom senso.

3.2 Os writs

Conforme Vicente⁸¹, no direito inglês os tribunais reais tinham, até o século XIX, período da reforma do sistema judiciário inglês, um caráter excepcional de recurso extraordinário para as decisões dos tribunais dos condados que aplicavam o direito comum. Esse recurso era considerado um privilégio, e não um direito, que deveria ser expressamente reconhecido pelo Lord Chanceler, o qual atuava em nome do rei, através de um *writ*, um documento comprobatório da existência de uma ação apropriada para que a pretensão do recorrente fosse examinada e ordenava que o recorrido comparecesse ao tribunal real.

A expressão *no writ, no right*, significava, tendo em vista esse sistema recursal, que caso não houvesse um *writ* adequado para a apresentação da pretensão do recorrente, o seu direito não seria examinado.

⁸⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, secção I, § 19, 61, sp.

⁸¹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 233-236.

David⁸² informa que o procedimento para se obter um *writ*, de modo a provocar a jurisdição de um tribunal real, não era um procedimento simples:

Os Tribunais Reais só se tornaram “jurisdições de direito comum” no século XIX, no sentido francês deste termo, até 1875 continuarão a ser, teoricamente, jurisdições de exceção. Submeter o seu caso às jurisdições reais não é, até esta data, um direito para os particulares. É um privilégio, para o qual é necessário solicitar a concessão, que a autoridade real apenas concede com perfeito conhecimento da causa. Aquele que quiser pedir justiça ao rei, dirige-se a um grande oficial da Coroa, o Chanceler, e pede-lhe a concessão de um *writ*, por força do qual as jurisdições reais poderão ser postas em funcionamento, mediante o pagamento de taxas a chancelaria. Além disso, pode ainda dirigir-se diretamente aos juizes através de queixas ou petições (*querela*, *billa*). Alguns *writs* parecer ter sido a simples cristalização de uma prática judiciária estabelecida com fundamento nessas queixas.

Foi desse sistema de tipicidade dos *writs*, conforme esclarece Vicente⁸³, que resultou a precedência dos remédios jurídicos sobre o direito subjetivo no sistema da *common law*.

O importante, antes mesmo da discussão sobre o direito material, era demonstrar a existência de um *writ*, já conhecido do direito comum, que asseguraria ao recorrente o direito de ter a sua pretensão analisada pelo tribunal real. O processo, por consequência, foi objeto de maior atenção e estudo dos juristas ingleses do que o próprio direito substantivo.

No mesmo sentido, da importância do processo no direito inglês, a lição de David:

É necessário que fique clara a importância primordial que as questões de processo tiveram, nestas condições, na Inglaterra. Enquanto que no continente os juristas concentravam a sua atenção principalmente na determinação dos direitos e obrigações de cada um (regra substantiva do direito), os juristas ingleses concentravam a sua atenção nas questões do processo.⁸⁴

Salienta Vicente⁸⁵ que, após a reforma do sistema judiciário inglês, no século XIX, a tipicidade das ações foi abolida, entretanto a sua influência é marcante ainda nos dias atuais, especialmente na tipicidade dos delitos extracontratuais (*torts*), pois foram os *writs* que delinearão quais os ilícitos que poderiam ensejar para o réu o dever de indenizar.

⁸² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 361-362

⁸³ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 233-234.

⁸⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 363.

⁸⁵ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 235-236.

É por essa razão que não há na *common law* inglês uma regra geral, que disponha sobre a responsabilidade extracontratual, como a existente no direito português e no direito alemão.

No direito brasileiro, vale observar, o Código Civil e vários outros dispositivos legais preveem a responsabilidade extracontratual ou a responsabilidade civil. Os artigos 927 ao 943 do Código Civil são exemplos dessa previsão e responsabilização, assim como também, em matéria ambiental o artigo 225, parágrafo terceiro da Constituição da República: “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.”⁸⁶

Informa Vicente⁸⁷ que o sistema de ações típicas evolui para um sistema de causas de pedir típicas (*cause of action*) e que é em razão dessa característica do direito inglês que não se questiona, em matéria de delitos, se a vítima é titular de um direito subjetivo lesado por outrem, mas sim se a conduta do ofensor propicia à vítima uma ação na qual possa requerer a indenização pelo dano causado.

O conceito de direito subjetivo, portanto, não tem no direito inglês a mesma importância e tutela que no sistema português ou brasileiro. Esse direito, no sistema inglês, é apenas um reflexo do direito de ação, embora com a roupagem moderna de “causa de pedir típica”.

A expressão “Remedies precede Rights”, conforme David⁸⁸, bem reflete a origem do *common law*: um certo número de processos (*forms of action*) através do qual se poderia obter uma sentença:

O problema primordial era fazer admitir pelos Tribunais Reais a sua competência e, uma vez admitida, levar até o fim um processo cheio de formalismo. A solução se chegaria? Não havia para esta pergunta nenhuma resposta concreta: a *common law* só aos poucos passou a conter normas substantivas, que definissem os direitos e as obrigações de cada um.

⁸⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <<http://bit.ly/ZChEh1>> Acesso em 17 nov. 2014.

⁸⁷ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 235.

⁸⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 364.

3.3 A *equity*

Losano⁸⁹ informa que, desde a conquista normanda, na Inglaterra era possível recorrer ao rei, em grau de apelação, contra todas as decisões dos tribunais reais. A análise desses recursos foi delegada ao Lorde Chanceler, que exercia simultaneamente a função de capelão e secretário do rei. Como as decisões do Chanceler eram mais baseadas em normas morais do que em normas jurídicas, a sua jurisdição foi denominada *equity* (equidade).

Essas decisões não tinham, necessariamente, base jurídica, não estando submetidas a tipificação dos *writs* do *common law*.

Por volta do século XVII, o conflito entre a *equity* e o *common law* foi resolvido por James I, que decidiu pela prevalência do *equity* quando houvesse o conflito entre os dois sistemas.

O *Judicature Act*, de 1873, consolidou uma longa evolução histórica ao determinar que o *common law* e o *equity* deveriam ser administrados pelos mesmos tribunais, com a prevalência do último, em caso de conflito.

Relata Vicente⁹⁰ que, a partir do século XV, o Direito Inglês passou a ter uma estrutura dualista com o desenvolvimento do sistema do *equity*, composto por remédios jurídicos concedidos pelo Chanceler, em nome do rei, visando possibilitar que um *writ* fosse apreciado ainda que não correspondesse a uma ação típica do *common law*.

Esse conjunto de remédios jurídicos, que se denominou *Equity*, não guarda relação com a equidade dos sistemas romano-germânico, uma vez que aquele sistema trata-se de um conjunto de precedentes que se sobrepõe às regras do *common law*, em caso de conflito de normas.

Não obstante guarde certa semelhança com os sistemas romanos do *Ius Civile* e o *Ius Honorarium*, a aplicação do *Equity* e do *Common law* é diferente, visto que no direito romano nunca houve uma dualidade dos sistemas jurídicos, pois os dois sistemas eram aplicados pelos

⁸⁹ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 330-331.

⁹⁰ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 237.

mesmos magistrados e se constituíam muito mais duas vertentes do mesmo ordenamento jurídico.⁹¹

David⁹² comenta a estrutura dualista do direito inglês:

Por esta razão, o direito inglês possuiu e ainda possui uma estrutura dualista. Ao lado das regras da *common law*, que são obra dos Tribunais Reais de Westminster, também designados por tribunais de *common law*, ele apresenta soluções de *equity*, que vieram completar e aperfeiçoar as regras da *common law*. A característica dessas soluções de *equity* foi, até 1875, a circunstância de serem aplicadas exclusivamente por uma jurisdição especial: O Tribunal da Chancelaria. Contudo, as soluções de *equity* se tornaram, com o decorrer dos séculos, tão estritas, tão “jurídicas” como as da *common law*, e a sua relação com a equidade não permaneceu muito mais íntima do que no caso das regras da *common law*.

Modernamente, no direito inglês se desenvolveu o subsistema do *Statute Law*, um direito legislado, compondo ao lado do *common law* e da *equity* o sistema jurídico inglês, como esclarece Vicente.⁹³

Prossegue o autor, informando que, apesar da existência dos três subsistemas, eles não estão no mesmo plano, pois as regras da Equity foram incorporadas ao *common law* e o ordenamento previsto no *Statute Law* tem como premissa o *common law*, considerando que visa notadamente complementar as suas disposições e muito raramente têm como objetivo a sua reforma.

Portanto, como se nota, no sistema jurídico inglês ainda prevalece a aplicação do *common law*, pois a *equity* foi a ele incorporado e as leis, o *statute law*, muito raramente tem o objetivo de alterá-lo.

3.4 O direito norte-americano

Conforme informa Vicente, os princípios fundamentais do Direito dos Estados Unidos da América são os do Direito Inglês, pois que, a formação daquele Estado, a partir da independência, em 04 de julho de 1776, das treze colônias britânicas na América do Norte,

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 375.

⁹³ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 240.

não houve uma ruptura com o sistema jurídico vigente, profundamente enraizado na cultura e na formação dos juristas americanos.

O approach, os conceitos, os princípios fundamentais do Direito dos Estados Unidos da América são, por isso, ainda hoje os do Direito Inglês: ideias como as de governo limitado e representativo e de *rule of law*, o princípio *stare decisis*, a distinção entre *Common Law* e *Equity*, a relevância conferida ao juri no julgamento de certas causas civis e criminais, etc. - tudo isso são manifestações da influência duradoura que o Direito Inglês exerceu sobre os Estados Unidos.⁹⁴

Apenas esse fato, acrescenta o autor⁹⁵, já justifica a integração do Direito dos Estados Unidos da América do Norte na família de *common law*, conquanto tenha este se aproximado mais do sistema romano-germânico do que o Direito Inglês, em razão da sua grande autonomia, da influência do espírito igualitário que marcou a formação da sociedade americana que se organizou da base para o topo, tendo como valores a liberdade individual, a igualdade entre os homens, um governo com poderes derivados do consentimento dos governados, a influência da ética protestante e a teologia calvinista, entre outros valores e ideais.

Destaca o autor⁹⁶, como característica fundamental do direito americano, o papel exercido pela Constituição de 1787, erigida como a lei suprema do País, vinculando todos os juízes de todos os Estados.

A Constituição sucedeu a Declaração de Independência de 1777 e os Artigos da Confederação, de 1781, em que apresenta quatro princípios destacados pelo autor⁹⁷: o princípio republicano; o princípio da separação de poderes; o princípio federal; o princípio democrático.

David acentua o triunfo da *common law* nos Estados Unidos, relatando as fases do direito aplicado no território norte-americano desde a colonização britânica até a independência das colônias, em 1776:

⁹⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 280-288.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 280-288.

⁹⁷ *Ibidem*.

Não há muita necessidade de nos interrogarmos sobre as razões que explicam esse triunfo da *common law*. A língua inglesa e o povoamento originariamente inglês dos Estados Unidos mantiveram este país na família da *common law*. As obras magistrais de certos juristas, entre os quais convém citar em primeiro lugar Kent, com os seus Comentários (1826-1830), e Story, asseguram a adesão dos Estados Unidos a este sistema. Devemos acrescentar ainda a influência das escolas de direito, que apenas conheceram uma verdadeira expansão depois da Guerra de Secessão (1861-1865), mas que, desde o início da independência, vêm contribuindo para a formação de especialistas, mediante um ensino fundado sobre a *common law*.⁹⁸

3.5 Aspectos do sistema jurídico norte-americano

Expõe Vicente⁹⁹ que, como decorrência do federalismo adotado nos Estados Unidos da América do Norte, que atualmente compreende 50 Estados, a União e o Distrito Federal, no qual os Estados têm ampla competência para legislar sobre o direito processual e material, não se pode falar em um direito unitário nos Estados Unidos ou, propriamente, em um Direito Americano. O que existe é um Direito federal e 50 Direitos estaduais, muitas vezes bem diferentes uns dos outros. Evidencia-se, portanto, em razão da existência dessas várias ordens jurídicas, além da distinção entre a *Common Law* e o *Equity*, um sistema jurídico complexo que empresta, pela sua própria natureza, ao conflito de leis no espaço uma grande importância.

Salienta David que, na Inglaterra, se ignora a noção de um direito federal, enquanto os Estados Unidos são um Estado Federal, com muitas ordens jurídicas estaduais, o que leva à dificuldade de se estabelecer, na concepção americana, se a *common law* será federal ou estadual. Após considerar as discussões jurídicas e as várias decisões a respeito, conclui David que nos Estados Unidos não há *common law* federal:

Em suma pode-se dizer que nos Estados Unidos não há *common law* federal, mas é necessário corrigir essa afirmação dizendo que os cinquenta direitos judiciários que se encontram nos cinquenta Estados, embora sejam em teoria distintos, são considerados como sendo ou devendo ser idênticos uns aos outros. Esta identidade não cria um conceito de direito federal, mas, na realidade, não existe grande

⁹⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 453.

⁹⁹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 290-291.

diferença entre cinquenta direitos estaduais concebidos como uniformes e um direito único que seria, pelo seu âmbito de aplicação, um direito federal.

Tudo o que se decidiu no caso *Erie R. R. Co. v. Tompkins*, em definitivo, é que a modificação da jurisprudência necessária para restabelecer a harmoniosa unidade da *common law* nos Estados Unidos devia ser obra de uma jurisdição estadual, e não federal. É aos tribunais dos Estados que está reservada a tarefa de determinar e desenvolver a *common law* americana, nas matérias sobre as quais o Congresso não pode legislar. A unificação do direito americano deve ser realizada pela aproximação dos direitos dos cinquenta Estados: as jurisdições federais não devem procurar realizá-las, elaborando, ao lado do direito dos Estados, um direito federal.¹⁰⁰

Informam Almeida e Carvalho¹⁰¹, ainda a propósito do sistema judiciário americano, que cada estado tem competência constitucional para definir a sua própria organização judicial, sem qualquer intervenção da União, sendo a organização mais comum a existência de três graus de jurisdição: uma primeira instância, a instância intermediária e o supremo tribunal do estado. Contudo, destacam, é comum a existência de apenas duas instâncias em estados com menos habitantes.

3.6 A importância do processo no sistema jurídico norte-americano

Da mesma forma que na Inglaterra, não há nos Estados Unidos da América uma jurisdição administrativa ou ambiental autônoma, seja nos tribunais estaduais ou nos tribunais federais. Assim como no Direito Inglês, o processo ocupa papel preponderante no sistema judicial, tendo em vista a extensão do princípio dispositivo e o modelo de processo acusatório adotado no Processo Civil norte-americano, que estabelece ser de incumbência das partes a instrução do processo que compreende, nessa fase processual, a descoberta de documentos e outros meios de prova e a inquirição das testemunhas diretamente pelo advogado.¹⁰²

Nesse sistema, o Juiz tem basicamente a missão de garantir que as regras sejam observadas. No Direito Estadunidense, muitos dos processos instaurados perante os tribunais

¹⁰⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 472.

¹⁰¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, § 30, 88, sp.

¹⁰² VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 291-294.

não vão a julgamento, pois a maior parte termina em uma transação, imposta pelos altos custos de tramitação judicial.¹⁰³

Quanto aos recursos, observa Vicente¹⁰⁴ que não há no direito norte-americano o reconhecimento de um direito de recorrer a Suprema Corte dos Estados Unidos, pois este recebe e julga discricionariamente quais os recursos que poderão ser apreciados pela corte (fazendo assim um juízo de admissibilidade). Quando julga, a Suprema Corte apenas aprecia matéria jurídica. Se houver a necessidade de se produzir provas, o processo é devolvido para a instância inferior.

3.7 O tribunal do juri

A Constituição dos Estados Unidos da América acolheu o instituto do tribunal do juri, originário do direito inglês. O Tribunal do Juri (*juri trial*) é composto por doze jurados e julgará, através de decisões que não precisam ser fundamentadas, mas que devem ser unânimes, as matérias criminais e as matérias cíveis quando for aplicado o *Common Law* e se o valor da causa for maior do que U\$ 20,00. É muito comum que o Tribunal do Juri julgue as ações de indenização submetidas aos tribunais.¹⁰⁵

David¹⁰⁶ explica que o juri é mais utilizado nos Estados Unidos do que na Inglaterra e que a Emenda VII da Constituição dos Estados Unidos garante ao cidadão, na jurisdição federal, o direito de exigir que a sua demanda seja julgada por um juri. As jurisdições estaduais não foram atingidas pela Emenda VII o que significa dizer que não se reconhece um direito, previsto constitucionalmente, de se exigir, na jurisdição estadual, um julgamento pelo juri. De qualquer forma, esclarece, em muitos estados o juri é bastante utilizado, chegando a mais de 100.000 os processos que são julgados por juri nos Estados Unidos.

Almeida e Carvalho¹⁰⁷ observam que o júri, no direito norte-americano, tem uma importância que não existe em nenhum outro sistema jurídico. Além do júri, para o

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 296-297.

¹⁰⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 482.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, §30, 88, sp.

juízo do mérito da demanda, é também possível, em processos criminais, “no direito federal e no direito de alguns Estados, a acusação pode ser precedida de apreciação sobre a suficiência das provas perante um *grand jury*, formado geralmente por 23 cidadãos.” Destacam ainda que, em alguns processos cíveis ou criminais, o juiz exerce um poder excepcional de proferir sentenças em desacordo com a deliberação do júri.

3.8 As *class actions* e a *law of torts*

A responsabilidade civil (*tort law* ou *law of torts*) é caracterizada por um ato ilícito, diferente do inadimplemento contratual. O *tort* (infração) não prescinde de qualquer relação prévia entre a vítima e o ofensor. Se o ato ofensivo caracteriza um ilícito civil, haverá um *tort*, a ser amparado por uma ação (*class action*).¹⁰⁸

As *class actions* são uma das grandes características do sistema jurídico norte-americano, que não recebeu a mesma acolhida no sistema jurídico romano-germânico e em outros sistemas de *Common Law*. Constituem-se em uma ação coletiva para defesa de um número indeterminado de terceiros que se constituem na “classe”.¹⁰⁹

Pode-se demandar em nome próprio e também em nome da “classe”, desde que todos tenham a titularidade do mesmo direito. A sentença proferida, no caso, será estendida a todos os membros da classe, com exceção dos que voluntariamente exerceram o direito de se autoexcluírem.¹¹⁰

A decisão em uma *class action*, quando caracterizado um *tort*, terá como finalidade: a reparação ou a compensação do dano ocorrido e também a prevenção de danos futuros: “A ideia de que a responsabilidade civil atua como fator de dissuasão (*deterrence*) de certos ilícitos é recorrente na doutrina e na jurisprudência.”¹¹¹

As *class action* ganharam relevância, da mesma forma, na reparação de danos ambientais, especialmente após o caso *Anderson et al. v. Pacific Gas & Electric Company*,

¹⁰⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 176.

¹⁰⁹ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 297-299.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 177.

retratado no filme Erin Brockovich, de 2000.¹¹²

As *class actions* do direito norte-americano influenciaram a legislação de diversos países, incluindo o Brasil, que criou, após estudos e adaptações, a ação civil pública, prevista na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que “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 e dá outras providências.”¹¹³

Esse traço histórico é relatado por Jan Kleinheisterkamp¹¹⁴, ao descrever o desenvolvimento do direito comparado na América Latina, em especial no Brasil:

Outro exemplo interessante de legislação inspirada nas ideias do *common law* é a adoção pelo Brasil de legislação que permite vários tipos de ações coletivas. Com base nos estudos de ações coletivas, como adotadas nos Estados Unidos, e a sua compatibilidade com o sistema do *civil law*, realizado por pesquisadores italianos na década de 1970 (entre eles o Professor Mauro Cappelletti, que é muito estimado especialmente entre juristas latino-americanos), um grupo de respeitados juristas brasileiros elaborou uma proposta para se adotar a possibilidade de ações do grupo para a defesa de interesses públicos. A lei foi aprovada pelo parlamento brasileiro em 1985 e, posteriormente, foi ampliada e aplicada a uma variedade de situações em que são afetados interesses coletivos. (tradução livre)¹¹⁵

A lei mencionada por Kleinheisterkamp é a Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985¹¹⁶, influência, como se lê das *class action* do direito norte-americano. Prossegue o autor¹¹⁷ comentando a aceitação da lei:

¹¹² VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 297-299.

¹¹³ Disponível em: <<http://bit.ly/1siiVpS>> Acesso em 19 nov. 2014.

¹¹⁴ KLEINHEISTERKAMP, Jan. **Devopement of comparative law in latin america**. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The oxford handbook of comparative law. New York: Oxford University Press, 2008, p. 283.

¹¹⁵ Another interesting example of legislation inspired by *common law* ideas is the Brazilian adoption of legislation allowing various types of class actions. Based on studies of the class action, as recognized in the United States, and its compatibility with the civil law system by Italian scholars in the 1970s (among them Professor Mauro Cappelletti, who is highly esteemed especially among Latin American jurists), a group of prestigious Brazilian jurists elaborated a proposal to adopt the possibility of group actions for pursuing public interests. The law was passed by the Brazilian parliament in 1985 and has subsequently been extended and applied to a variety of situations in which collective interests are affected.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei nº 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 e dá outras providências. Disponível em <<http://bit.ly/1siiVpS>>. Acesso em: 07 dez. 2014.

¹¹⁷ KLEINHEISTERKAMP, Jan. **Devopement of comparative law in latin america**. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The oxford handbook of comparative law. New York: Oxford University Press, 2008, p. 283.

Tribunais e advogados brasileiros rapidamente aceitaram o novo instrumento, que, no entanto, se desenvolveu independentemente do modelo norte-americano, assumindo uma forma bastante diferente. Cerca de 95 por cento de todas as ações coletivas são iniciadas pelo Ministério Público, os Promotores de Justiça que agem na defesa interesse público; como na maioria dos casos as ações são relacionadas com os impostos locais ou com aumentos nas tarifas de ônibus, os réus são órgãos públicos. Mas também há algumas ações contra empresas privadas relativas à publicidade enganosa, danos ambientais, produtos defeituosos, e questões de consumo; e tem havido também algumas ações de responsabilidade civil, ainda que bastante rudimentares. (tradução livre) ¹¹⁸

O registro a seguir é relevante para o fenômeno da aplicação do *punitive damages* no direito brasileiro, especialmente em sede de ação civil pública, pois assim como a própria ação civil pública foi fruto de uma adaptação das *class action*, a indenização por dano moral coletivo com efeito dissuasório é uma derivação dos *punitive damages* e um resgate de função histórica do instituto da responsabilidade civil, como se verá adiante. Consoante Kleinheisterkamp¹¹⁹:

Um dos seus defensores, vê a Ação Civil Pública brasileira como um "transplante responsável" e a defende como um modelo para todos os países do sistema do *civil law*, em especial para países ibero-americanos: Adaptada à tradição do direito civil e as peculiaridades da cultura local, a legislação de ação civil pública brasileira é a única norma que prevê a legitimidade para a demanda, as espécies de direitos coletivos, os efeitos da coisa julgada, a litispendência, e vários outros aspectos importantes. A experiência brasileira demonstra que os sistemas do *civil law* podem empregar procedimentos de ações coletivas, mas não podem transplantar o modelo das ações coletivas americanas para os seus sistemas jurídicos sem uma adaptação substancial. (tradução livre) ¹²⁰

¹¹⁸ Brazilian courts and lawyers have quickly accepted the new instrument, which has, however, developed independently of the North American model, and thus quite differently. About 95 per cent of all group actions are initiated by the Ministério Público, official prosecutors who act in the public interest; and in most cases, such as those related to local taxes and increases in bus fares, defendants are public bodies. But there have also been some actions against private enterprises relating to misleading advertisements, environmental damage, defective products, and consumer matters; and there have been a few, albeit rather rudimentary, mass tort claims.

¹¹⁹ KLEINHEISTERKAMP, Jan. **Devopement of comparative law in latin america**. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The oxford handbook of comparative law. New York: Oxford University Press, 2008, p. 283.

¹²⁰ One of its advocates views the Brazilian ação civil pública as a 'responsible transplant' and promotes it as a model for all civil law countries, especially the other Ibero-American countries: Adapted to the civil-law tradition and the peculiarities of local culture and needs, the Brazilian class action legislation is a unique regulation addressing standing to sue, types of group rights, res judicata, lis pendens, and several other important aspects. The Brazilian experience demonstrates that civil law systems can employ a class suit procedure but cannot transplant the American class action model into their systems without substantial adaptation.

Observa o autor que é possível transportar institutos jurídicos como a da *class action* para países como o Brasil, de tradição romano-germânica ou do sistema do *civil law*,. Contudo, adverte, faz-se necessário um conjunto de alterações que respeitem a cultura local e as necessidades que a sociedade brasileira, no caso, demandava.

Joachim Zekoll¹²¹ demonstra a possibilidade de adoção, no direito brasileiro, da *class action* em sua ideia básica, com as adaptações que o sistema jurídico brasileiro exige, para fins de adequação, uma vez que alguns dos institutos (processuais) do direito norte-americano, como o princípio da disponibilidade processual e os *discovery proceedings* não são usados no Brasil. Cita o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública como exemplos dessa adaptação: “o artigo 103 do Código do Consumidor brasileiro, diferencia as várias espécies de direitos difusos e funciona da seguinte forma: se o pedido for julgado procedente, a coisa julgada alcançará todos os integrantes do grupo ou da classe, incluindo os que não foram partes.”¹²²

Após tecer comentários sobre outros aspectos processuais da legislação brasileira, diferentes do sistema da *common law*, conclui Zekoll¹²³ pela possibilidade de adoção de institutos da *class action* americana no direito brasileiro, com as alterações adequadas ao sistema jurídico brasileiro, mas cumprindo a mesma finalidade básica.

Para concluir, a adoção, em outros países, de algumas características das ações de classe do direito norte-americano, com a modificação ou a exclusão de outras, ilustram a viabilidade de transplantes parciais de instituições jurídicas que atendam às necessidades locais, sem comprometer os objetivos políticos locais. Às vezes, como no exemplo brasileiro, mudanças internas (dos efeitos da coisa julgada) e que não representam uma incorporação de institutos jurídicos estrangeiros estranhos ao sistema jurídico (como o procedimento da descoberta na instrução do processo) podem efetivamente simular os seus efeitos.¹²⁴ (tradução nossa)

¹²¹ ZEKOLL, Joachim. Comparative Civil Procedure. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 1361.

¹²² The pertinent provision, Article 103 of the Brazilian Consumer Code, differentiates among various types of group rights and operates as follows: If the class representatives prevail on the merits, the result will inure to the benefit of all members, absentees included.

¹²³ ZEKOLL, Joachim. Comparative Civil Procedure. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 1361.

¹²⁴ To conclude, the foreign adoption of some American class action features, and the exclusion or modification of others, illustrates the viability of partial ‘transplants’ of legal institutions that meet local needs without compromising local policy objectives. At times, as in the Brazilian example, internal changes (to the effects of res judicata) that do not represent a reception of foreign law (discovery) may effectively emulate its effects.

A propósito, caso aprovado o Código de Processo Civil Projetado, em gestação no Congresso Nacional através de dois projetos, um da Câmara dos Deputados e outro do Senado Federal, respectivamente o Projeto de Lei nº 8046/2010 e o PLS nº 166/2010, serão inseridos ao sistema jurídico brasileiro outros procedimentos baseados nas *Class Actions*.¹²⁵

Por exemplo, o denominado incidente de conversão de ação individual em ação coletiva será uma novidade no direito brasileiro e mais uma adequação do processo civil brasileiro às demandas coletivas, embora seja conhecido e utilizado no direito americano como uma espécie de *Class Actions*¹²⁶, sistema projetado em 1820 pelo juiz da Suprema Corte, Joseph Story para as situações nas quais as partes são muito numerosas e o tribunal percebe que é praticamente impossível julgar todas as ações ou ainda quando a questão é de interesse geral.¹²⁷

Esclarece Bueno¹²⁸ que a proposta para a inclusão do instituto da conversão no projeto do código de processo civil foi do professor Kazuo Watanabe que se inspirou no *certification process das class actions* norte-americanas, objetivando viabilizar a transformação de ações individuais em coletivas.

Como já afirmado, contudo, as *Class Action* do direito norte-americano encontram precedentes no Direito Inglês. Alerta Mancuso¹²⁹ que “a praxis da tutela judicial de interesses coletivos não se limita aos Estados Unidos, mas espraia-se pela família da *common law*, podendo ser lembrado a contribuição dada, desde a Idade Média, na Inglaterra, pelas *group litigation*.”. Nesse sentido, informa Gidi¹³⁰ haver registros de procedimentos eclesiásticos de natureza coletiva desde o século IX d.C.

¹²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados: Senado Federal PLS N. 166/2010 e Câmara dos Deputados PL N. 8.046/2010**. Saraiva: São Paulo, 2014, p. 178.

¹²⁶ Ações Coletivas (tradução nossa)

¹²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 210-211.

¹²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados: Senado Federal PLS N. 166/2010 e Câmara dos Deputados PL N. 8.046/2010**. Saraiva: São Paulo, 2014, p. 178.

¹²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

¹³⁰ GIDI, Antonio. **A Class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40-44.

Barroso¹³¹, faz observações gerais sobre a *class action*, informando que a matéria é regulada na Regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1966, que prevê três tipos de ações de classe e tem como pré-requisitos básicos os seguintes:

- (1) número de pessoas envolvidas: a classe tem de ser numerosa, tornando impraticável a reunião de todos os seus membros;
- (2) questões comuns: a existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe;
- (3) teses jurídicas típicas: os argumentos deduzidos pelos representantes da classe devem corresponder (devem “ser típicos”) aos interesses de toda a classe;

Sobre os tipos de ações de classe, Barroso¹³² registra as características gerais de cada um dos tipos:

As normas federais nos Estados Unidos admitem três modalidades de *class action*, para as quais são estabelecidos requisitos específicos diversos. O primeiro tipo de ação de classe, previsto na Regra 23 (b) (1) é para as hipóteses em que a propositura de ações individuais poderia criar o risco de: a) decisões contraditórias; ou (b) afetar/prejudicar os interesses de outros membros da classe. Trata-se de figura próxima à do litisconsórcio unitário do direito brasileiro. Característica desse tipo de situação é a impossibilidade de algum interessado pretender ficar excluído dos efeitos da decisão. Na expressão em inglês, os membros da classe não podem proceder ao *opt out*. O segundo tipo de ação de classe, previsto na Regra 23 (b) (2), é aplicável a situações nas quais alguém age - ou deixa de agir - de maneira inadequada em relação à classe, fazendo nascer uma pretensão consistente em obrigação de fazer ou não fazer. Ilustração típica desta hipótese, no direito norte-americano, são os casos relacionados com os *civil rights*, nos quais uma classe - negros, mulheres, imigrantes - alegam discriminação por parte, por exemplo, de seu empregador. A decisão judicial será uma *injunction* ou um *declaratory relief* - vale dizer, a proibição ou a imposição de determinada conduta - não se prestando este tipo de ação de classe a pedido de indenização. Também aqui não é possível a um membro da classe eximir-se dos efeitos do julgado (*opt out*). O terceiro tipo de ação de classe norte-americano, regulado pela Regra 23 (b) (3), é o mais comum, conhecido como *class action for damages*.

¹³¹ BARROSO, Luis Roberto. **A proteção coletiva dos direitos na brasil e alguns aspectos da class action norte-americana , doutrinas essenciais de processo civil.** Disponível em <<http://bit.ly/1vpL54P>> Acesso em 19 nov. 2014.

¹³² BARROSO, Luis Roberto. **A proteção coletiva dos direitos na brasil e alguns aspectos da class action norte-americana , doutrinas essenciais de processo civil.** Disponível em <<http://bit.ly/1vpL54P>> Acesso em 19 nov. 2014.

Abordando as distinções essenciais entre a *class action* e a ação civil pública, existente no direito brasileiro, Barroso¹³³ destaca, entre outros aspectos, a legitimação ativa para as ações, pois enquanto no direito norte-americano a *class action* pode ser proposta “por um indivíduo ou por um “grupo de indivíduos” aos quais se reconheça representatividade adequada”, a ação civil pública pode ser proposta por “órgãos públicos” - com destaque para o Ministério Público -, por pessoas jurídicas de direito público - como a União, os Estados e os Municípios - e por pessoas privadas - como as associações de defesa do consumidor ou de proteção do meio ambiente.” Salienta, assim, que enquanto no Brasil a ação não pode ser proposta por pessoa física, essa é regra geral nos Estados Unidos da América.

Apesar da importância da *class action*, vale também destacar que para a proteção ambiental, desde 1970, com a promulgação do *The Clean Air Act*, surge no direito norte-americano a *citizen action* ambiental, que não tem merecido da doutrina continental a necessária atenção.

Esse aspecto é anotado por Benjamin que, entre outros motivos para essa falta de atenção, relaciona a novidade do tema e o fascínio que ainda exerce nos juristas continentais a *class action*:

Em linhas rápidas, poder-se-ia conceituar a *citizen action* com o direito público de origem legislativa, exercitável por qualquer cidadão ou pessoa jurídica, extraordinariamente legitimados, objetivando obrigar, judicialmente, os poluidores e o próprio Estado a respeitarem a legislação ambiental. E este o perfil que deflui dos arts. 304, da "Lei Federal do Ar Puro" (*Clean Air Act*), e 505, da "Lei Federal das Águas Puras" (*Clean Water Act*). A denominação *citizen action* ("ação do cidadão", literalmente) não advém da qualidade do direito material discutido em juízo e sim da qualidade da parte que a pode propor: qualquer cidadão. A ação popular ambiental beneficia, portanto, diretamente a comunidade e não o particular ou entidade ecológica que a propõe. Visa, pois, primordialmente, deter e prevenir o dano ambiental e obrigar o Estado a tutelar o meio ambiente de modo eficaz. Em sua grande maioria, tais ações não buscam indenização por danos individuais. Seu domínio é mesmo o coletivo-preventivo.¹³⁴

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A *citizen action* norte-americana e a tutela ambiental. **Revista de Processo**. São Paulo, 1991, v. 16, n. 62, p. 61-89.

A *citizen action* foi inicialmente prevista no *The Clean Air Act*¹³⁵, com a previsão de que o indivíduo poderia demandar isoladamente contra qualquer pessoa, incluindo o próprio Estado ou quaisquer pessoas jurídicas, integrantes da estrutura estatal. A legitimação, portanto, para a *citizen action*, é ampla.

Conforme Grinover, os processos coletivos nos países de *civil law* ainda não se desenvolveram a ponto de se equipararem a *class action* norte-americana: “Os processos coletivos, nos países de *civil law*, ainda não alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das *class actions* norte-americana, mas a tendência é no sentido de cada vez mais países criarem verdadeiros sistemas de processos coletivos.”¹³⁶

De fato, observa-se que, gradativamente os sistemas jurídicos dos países que seguem a tradição do *civil law* vão incorporando as ideias e os princípios das ações coletivas, através da criação de institutos próprios, que observam a cultura e as necessidades locais, mas que alcançam o mesmo objetivo de tutela coletiva.

A sistemática adequação da *class action* nos países da família jurídica do *civil law*, com adequações consoante a realidade cultural, política, geográfica e social e de acordo com a tradição jurídica de cada país, é também verificada por Watanabe, ao comentar o conceito de interesses ou direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum, nas ações civis públicas brasileiras:

Essa modalidade de ação coletiva, constitui, uma novidade no sistema jurídico brasileiro, e representa a incorporação ao nosso ordenamento de uma ação bastante assemelhada às *class action* do sistema norte-americano. Assemelhada, mas não de todo idêntica, pois houve necessidade de adaptação às nossas peculiaridades geográficas, sociais, políticas e culturais.¹³⁷

3.9 A codificação e o ativismo no direito americano

Outra característica do direito norte-americano, que merece registro por se afastar do direito inglês, é a codificação. De fato, são várias as codificações encontradas nos Estados Unidos, embora o seu objetivo, na maioria das vezes, seja diferente das codificações do

¹³⁵ Disponível em <<http://www.epw.senate.gov/envlaws/cleanair.pdf>> Acesso em: 19 nov. 2014.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law***. Revista de Processo. São Paulo, 2008, vol. 157, p. 147.

¹³⁷ WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**. Revista de Processo. São Paulo, 1992, vol. 67, p. 15.

sistema jurídico romano-germânico, pois não pretendem inovar ou criar regras jurídicas, mas sim compilar e sistematizar as regras jurisprudenciais.¹³⁸

A respeito da codificação, observa David que, em um país da família jurídica da *common law*, os códigos são interpretados de modo diferente daquele utilizado no sistema jurídico da *civil law*, pois em razão da tradição jurisprudencial secular, considera-se que a própria lei não tem sentido até que seja interpretada pelos tribunais:

Num país de *common law* não se consideram como plenamente normais regras que não sejam regras jurisprudenciais; vê-se nos códigos uma simples obra de consolidação, mais ou menos bem realizada, e não, como nos países da família romano-germânica, um ponto de partida para a elaboração e o desenvolvimento de um novo direito. Presume-se que o objetivo do legislador, no código, seria reproduzir a regra anterior, proposta pela jurisprudência. A lei não tem sentido enquanto não for interpretada pelos tribunais. É excepcional ver acórdãos estatuírem, sem invocarem precedentes judiciais, pela simples aplicação de uma lei.¹³⁹

O ativismo judiciário no direito norte-americano é a base do seu sistema jurídico, adequando-se bem a compreensão do Direito como um instrumento de resolução de conflitos e não um conjunto de regras sistematizadas e ordenadas metodicamente, das quais deve-se extrair as soluções para os casos concretos.¹⁴⁰

O ativismo judiciário no sistema jurídico da *common law* tem como base a primazia que a jurisprudência exerce como fonte reveladora das normas jurídicas, formadas e detalhadas através dos julgamentos pelos tribunais, conforme o princípio de *stare decisis*. Esse princípio, da mesma forma que no direito inglês, orienta os tribunais e juízes a observarem a regra de Direito aplicada a um caso concreto, de modo que seja reiterada em casos análogos, criando um precedente vinculante para os tribunais inferiores.¹⁴¹

O papel da jurisprudência como reveladora do direito a ser aplicado, ainda que já esteja codificado, impõe ao juiz e aos tribunais um ativismo que não é característica dos sistemas da *civil law*.¹⁴²

¹³⁸ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 321.

¹³⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 506.

¹⁴⁰ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 338.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. edição Kindle, Coimbra: Almedina, 2013, capítulo § 40, 116, sp.

3.10 A importação do *punitive damages* para o direito brasileiro

Como se verá nos próximos capítulos, a aplicação, no Brasil, do instituto da responsabilidade civil com efeitos punitivos, especialmente na fixação da indenização por dano moral coletivo é uma derivação dos *punitive damages* e um resgate de função histórica do instituto da responsabilidade civil.

Da mesma forma que a elaboração da ação civil pública foi inspirada nas *class action* do sistema da *common law*, o direito americano é maior fonte de inspiração e influência para a introdução no direito brasileiro do efeito dissuasório da responsabilização civil.

Nos capítulos seguintes a aplicação do *punitive damages*, muitas vezes com outras denominações, para a proteção do bem ambiental no direito brasileiro, é destacada e exemplificada.

4 O ESTADO SOCIOAMBIENTAL

A constitucionalização do direito ao meio ambiente equilibrado, afirma Romeu Thomé¹⁴³, pode ser considerada uma das maiores conquistas do final do século XX, tendo sido observada em mais de 40 países após a Conferência de Estocolmo, em 1972. A visão utilitarista e patrimonialista dos recursos naturais foi gradativamente substituída por uma ótica ambientalista, fruto da consciência de que as alterações ambientais colocam em risco não apenas o conforto e a comodidade do ser humano, mas também a sua própria vida.

Toshio Mukai¹⁴⁴ relaciona os eventos que marcaram o direito ambiental, desde o início do século XX, culminando com a Conferência de Estocolmo de 1972, que, enfatiza o autor, assentou as bases para as transformações subsequentes nos ordenamentos de vários Estados. Entre os eventos, destacam-se os seguintes: o Colóquio Internacional do Centro Nacional de Pesquisa Científica (CNRS) sobre ecologia, realizado em Paris, em 1950, o primeiro encontro internacional da história da ecologia; a conferência para a proteção internacional da natureza, ocorrida em Basileia, em 1946; a Conferência de Fontainebleau, de 1949, sob égide da UNESCO e do Governo francês, onde foi criada a União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos (UINC); a Conferência de Estocolmo, de 1972, da Assembléia-Geral das Nações Unidas, na qual foi lançada a base para uma legislação internacional do meio ambiente.

Beatriz Souza Costa relembra a tragédia de Minamata, no Japão, um desastre ambiental provocado por uma indústria petroquímica que contaminou os peixes e os habitantes que os consumiam, ao despejar mais de 70 substâncias venenosas na baía da cidade, causando um infortúnio de tamanha proporção – estima-se que mais de cem mil pessoas foram envenenadas - que causou abalo e reflexões em outros países e por essa razão “é considerada uma das causas motivadoras da Conferência de Estocolmo.”¹⁴⁵

Romeu Thomé¹⁴⁶ destaca a Convenção de Estocolmo, de 1972, e respectiva

¹⁴³ THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 41-43.

¹⁴⁴ MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**, 8. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2012, p. 240.

¹⁴⁵ COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito a vida: Brasil, Portugal e Espanha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 32-33.

declaração, que assentou as bases para as inovações e alterações observadas nos ordenamentos jurídicos de vários Estados:

O meio ambiente equilibrado foi reconhecido como direito fundamental de terceira geração (ou dimensão), no âmbito normativo, pela Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972, segundo a qual “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de adequadas condições de vida em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras”. Posteriormente, em 1992, esse direito fundamental foi reafirmado pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Em razão da Convenção de Estocolmo, o direito ao meio ambiente foi reconhecido como um direito humano e os vários Estados signatários da Declaração de Estocolmo, sob o influxo dos novos valores ambientais nela reconhecidos, puseram-se a promover alterações nos respectivos ordenamentos jurídicos internos.

Andréa Vulcanis explica que em razão da Convenção de Estocolmo o direito ao meio ambiente nasce como direito humano e passa, aos poucos, a ser positivada no ordenamento jurídico dos Estados: “os Estados, através de seus ordenamentos jurídicos e de seus instrumentos de ação, pressentiram a necessidade de dar uma resposta consistente a essa novel e imperativa demanda social.”¹⁴⁷

Sobre o alcance e significado da Proclamação da Convenção de Estocolmo e a relação entre meio ambiente e os direitos humanos, André Fagundes Lemos e Kiwonghi Bizawu anunciam:

O primeiro tópico da Proclamação da Convenção de Estocolmo já demonstrava a importância do meio ambiente para o verdadeiro proveito dos direitos humanos, por ser essencial para o bem estar e à própria vida humana. Neste raciocínio não seria uma falácia afirmar que não haveria nem ao menos vida humana sem o meio ambiente, quiçá uma vida humana digna.¹⁴⁸

Além desse aspecto, os autores explicam a fundamentalidade do direito ao meio ambiente no sistema constitucional brasileiro afirmando que tal situação é o “resultado da

¹⁴⁶ THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 50.

¹⁴⁷ VULCANIS, Andréa. Direitos Fundamentais e meio ambiente. In: PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 168.

¹⁴⁸ LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi Bizawu. Recepção de tratados internacionais ambientais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. **Direito ambiental II**. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 23.

abertura material consagrada pelo art. 5º em seu parágrafo 2º da CRFB/88. Formal por estar inserido na disposição do art. 225 da Constituição e material por ser parte das decisões fundamentais de um estado.”¹⁴⁹

Essa construção política e jurídica desencadeou em todo o mundo uma série de discussões e alterações nos processos sociais, políticos e educacionais. Apesar do enfoque principal ser a proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável, conduziram a discussão sobre o direito à vida, para um patamar mais acessível para a sociedade, incluindo as instituições de ensino, tornando-se mais presente nos discursos e nas práticas políticas.

Sem dúvida, o meio ambiente “passou a ser visto como mais democrático dentre os temas de direitos humanos. Democrático no sentido de que alcança a todos os indivíduos do planeta, ricos ou pobres, oprimidos ou opressores, proprietários ou não proprietários, governantes ou governados.”¹⁵⁰

De fato, não há como discutir e implementar direitos sociais sem que seja garantido um mínimo existencial, não o mínimo existencial sob o ponto de vista notadamente jurídico, mas no sentido de um mínimo fático que garanta a vida humana, como o ar puro, a água potável, o solo sem contaminação química ou radioativa, entre outros vários fatos que dão o suporte à existência humana e sem os quais não se consegue sobreviver.

Romeu Thomé registra essa ideia:

Não há que se falar em garantia e manutenção de direitos sociais, por exemplo, caso não haja acesso à água potável, caso os alimentos quimicamente contaminados causem graves danos à saúde, caso moradias residenciais sejam construídas sobre solos contaminados, caso eventos climáticos extremos assolem de uma só vez toda a população de determinada região, interrompendo vidas.¹⁵¹

As mudanças climáticas e alguns fenômenos naturais provocaram uma alteração paradigmática em muitas discussões seculares das ciências jurídicas. Assim, por exemplo, as controvérsias sobre o direito de propriedade são revistas em face de terras inundadas com chuvas ácidas e a própria noção de fronteira territorial é abalada com os riscos causadas pela

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 27.

¹⁵⁰ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; MACHADO JÚNIOR, José Carlos. A ambientalização do direito penal: a tutela do ambiente pela terceira via. In: CUNHA, Belinda Pereira da; ALBURQUEQUE, Leticia; SOUZA, Leonardo da Rocha de (coords.) **Direito Ambiental III**. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 378. Disponível em: <<http://bit.ly/1x8iPCk>> Acesso em: 16 nov. 2014.

¹⁵¹ THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 53.

contaminação das águas marítimas por vazamento de radiação de reatores nucleares localizados em outros continentes.¹⁵²

4.1 A crise ambiental e o surgimento do Estado de direito ambiental

Helene Sivini Ferreira e José Rubens Morato Leite apontam o agravamento de uma crise ambiental, com todos os problemas ecológicos consequentes, a deflagrar a discussão e reformulação da noção de Estado de Direito, que em razão da premência ambiental, devidamente registrada em vários ordenamentos jurídicos, evolui para um Estado de Direito Ambiental:

O constante agravamento da crise ambiental e a complexidade dos problemas ecológicos emergentes apontam para a necessidade de reformulação dos pilares de sustentação do Estado de Direito. Nesse contexto, insere-se a discussão sobre a edificação do Estado de Direito Ambiental, um enunciado cujos fundamentos desdobram-se simultaneamente sobre preceitos constitucionais, democráticos, sociais e ambientais.¹⁵³

Vasco Pereira da Silva aborda os modelos de Estado Liberal, Social e Pós-social e comenta as gerações de direito, considerando-as estágios sucessivos de desenvolvimento e reconhecimento de direitos do Homem, incluindo o ambiente como um direito de terceira geração desenvolvido no Estado Pós-social.¹⁵⁴

Esclarece sobre as sucessivas gerações de direito que não se desenvolveram em confronto, mas sim em convivência, de modo que cada geração, além de reconhecer e manter os direitos das gerações anteriores, desenvolve outros novos direitos:

Entendida desta forma, as gerações de direitos que se vão sucedendo não põem em causa o legado histórico das anteriores, nem pretendem substituir-se umas às outras, tal como não perdem a sua dimensão individual, antes constituem estádios sucessivos de aprofundamento e de desenvolvimento dos direitos do Homem.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ FERREIRA, Helene Sivini Ferreira; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos objetivos do estado de direito ambiental na Constituição Federal de 1988. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus Almeida (orgs.). **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 41.

¹⁵⁴ SILVA, Vasco Pereira da. Verde direito: o direito fundamental ao ambiente. In DAIBERT, Arlindo (org). **Direito Ambiental Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 22.

Usando a metáfora de há pouco, o que está aqui em causa não é um fenómeno de “luta”, ou de “confronto”, mas sim de “convívio de gerações” de direitos do Homem.
¹⁵⁵

O autor sintetiza os modelos de Estado Liberal, Social e Pós-Social, destacando, no tocante ao Estado Liberal, o surgimento dos direitos de primeira geração, baseado na ideia de liberdade e na filosofia de não intervenção do Estado na vida dos indivíduos. Os direitos civis e políticos, relativos à liberdade de expressão, liberdade religiosa, ao direito de propriedade privada, ao direito de voto, entre outros, pertencem a essa geração de direitos, conforme explica:

De acordo com esta perspectiva, com o modelo de Estado Liberal, e no quadro de uma filosofia não intervencionista dos poderes públicos na vida da sociedade, surge a primeira geração dos direitos humanos, que inclui as liberdades individuais e os direitos civis e políticos (v.g. a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, o direito de propriedade privada, o direito de voto). Em causa estava a protecção dos indivíduos contra o Estado, que obrigava à abstenção dos poderes públicos na esfera (ironizando, poder-se-ia mesmo falar nos “domínios”) das pessoas garantidos pelos direitos fundamentais.¹⁵⁶

O Estado Social, explica Vasco Pereira da Silva, marca os direitos de segunda geração, os direitos sociais como o do trabalho, o da educação, o da saúde e outros. É o Estado Social caracterizado pelo dever do Estado de prestar serviços para os indivíduos. Se, no Estado Liberal, o que se exige para a protecção individual, é que o Estado respeite as liberdades individuais, no Estado Social, a exigência é a de que o Estado tenha uma atitude proativa e entregue ou coloque à disposição dos indivíduos um conjunto de prestações e serviços. A protecção dos indivíduos exige, não mais e apenas uma omissão estatal, mas uma acção coordenada:

O Estado Social, que assume uma dimensão prestadora chamando a si a realização de tarefas nos domínios económicos, sociais e culturais, trouxe consigo a segunda geração dos direitos humanos, correspondente aos direitos sociais (v.g. o direito ao trabalho, à segurança social, à saúde, à educação). Tratava-se, agora, de assegurar a protecção dos indivíduos através da actuação do Estado, realizada sobretudo através da função administrativa, o que levou à caracterização deste modelo, de acordo com

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ SILVA, Vasco Pereira da. Verde direito: o direito fundamental ao ambiente. In DAIBERT, Arlindo (org). **Direito Ambiental Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 22.

a expressão consagrada pela doutrina alemã, com um “Estado de Administração” (*Verwaltungsstaat*). (sic)¹⁵⁷

Após o Estado Social, o modelo estatal seguinte, para Vasco Pereira, é o do Estado Pós-social, caracterizado pela colaboração entre entidades públicas e privadas, entre Estado e indivíduos, pela solidariedade e fraternidade, portanto. O direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, entre outros, estão elencados nessa geração de direito, segundo registra o autor:

O Estado Pós-social em que vivemos, no quadro de uma lógica constitutiva e infra-estrutural dirigida para a criação de condições para a colaboração de entidades públicas e privadas, está associada a uma terceira geração de direitos humanos em novos domínios da vida da sociedade, como é o caso do ambiente e da qualidade de vida, da protecção individual relativamente à informática e às novas tecnologias, da tutela da vida e da personalidade em face da genética, sendo ainda de incluir nesta categoria as garantias individuais de procedimentos (o qual é entendido não apenas como instrumento de legitimação do poder, mas também como modo de realização da protecção jurídica subjectiva).¹⁵⁸

Tendo em vista a atual geração de direito e o correspondente modelo Pós-social de Estado, conforme a terminologia preferida pelo autor, destaca Vasco Pereira da Silva¹⁵⁹ que, em razão da protecção ambiental ser modernamente um dever inafastável para o Estado, é possível caracterizá-lo e denominá-lo de várias maneiras: Estado de ambiente, Estado protetor do ambiente, Estado-Providência ambiental, Estado de Direito do Ambiente, conforme a preferência de cada autor e tendo em vista o enfoque mais destacado.

José Rubens Morato Leite e Matheus Almeida Caetano preferem a expressão “Estado de Direito Ambiental – EDA”, considerando-o uma “versão esverdeada e atualizada dos modelos de Estado Liberal e Social”.¹⁶⁰

Destacam de igual modo que a evolução do Estado Liberal para o Social, e posteriormente para o Estado Ambiental, não significa uma sobreposição de direitos, mas uma incorporação. Enfatizam que o meio ambiente, elemento ignorado no Estado Liberal e no

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde direito: o direito fundamental ao ambiente**. In DAIBERT, Arlindo (org). *Direito Ambiental Comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 22.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 22-23.

¹⁶⁰ LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. *Breves Reflexões sobre os Elementos do Estado de Direito Ambiental Brasileiro*. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus Almeida (org). **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 81.

Estado Social passa a ser, no Estado Ambiental, o seu quarto elemento, causando uma revolução nos três elementos da teoria clássica do Estado e, por consequência, na teoria dos direitos fundamentais e nas Constituições modernas.¹⁶¹

O EDA pode ser considerado como uma versão esverdeada e atualizada dos modelos de Estado Liberal e Social, pois além de proteger os direitos individuais (primeira geração) e sociais (segunda geração), acaba por incorporar os direitos difusos ou de terceira geração, sem quaisquer sobreposições entre as três categorias de direitos fundamentais. Além disso, em se considerando os três lemas da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) pode-se entrever uma simetria deles com os Estados Liberal, Social e Ambiental, nos moldes propugnados por Bobbio, Fensterseifer, Häberle, Nunes Junior e Pureza. Contudo, deve-se salientar que no EDA os princípios políticos da liberdade e da igualdade não são ignorados nem mitigados, simplesmente sofrem eles, conjuntamente com o da fraternidade, uma reformulação de cunho ecológico.

Conforme Antônio Herman Benjamin, o Estado liberal vê o Direito apenas como ordenador da vida econômica, visão que foi abandonada com a Constituição de 1988:

A Constituição de 1988 sepultou o paradigma liberal que via (e insiste em ver) no Direito apenas um instrumento de organização da vida econômica, unicamente orientado a resguardar certas liberdades básicas e a produção econômica, assim reduzindo o Estado à acanhada tarefa de estruturar e perenizar as atividades do mercado, sob o manto de certo asseptismo social.¹⁶²

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶³, por sua vez, utiliza a expressão “Estado Constitucional Ecológico”:

Propomo-nos analisar as dimensões jurídicas fundamentais do chamado Estado constitucional ecológico. O título deste trabalho é colhido em uma obra sobre o assunto. Associado à ideia de Estado constitucional ecológico encontramos o tópico de democracia sustentada. No fundo, o que se pretende com esses enunciados ou fórmulas é isto: (1) o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos; (2) o Estado ecológico aponta para formas novas de participação política sugestivamente condensadas na expressão democracia sustentada.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 82.

¹⁶² BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110-111.

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri Boratti (org). **Estado de direito ambiental: tendências**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 31.

A palavra ecologia é muitas vezes utilizada como sinônimo de meio ambiente, contudo o significado de meio ambiente é mais amplo e abrange a ideia de ecologia. Essa diferença é esclarecida por Vladimir Passos de Freitas: “No entanto, o conceito de meio ambiente é mais amplo. Inclui urbanismo, aspectos históricos, paisagísticos e outros tantos essenciais, atualmente, à sobrevivência sadia do homem na Terra.”¹⁶⁴

Partindo do reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental de terceira dimensão, Romeu Thomé¹⁶⁵ prefere a expressão “Estado Democrático Socioambiental de Direito” para designar o novo paradigma de organização jurídica brasileira, após a Constituição de 1988, que reúne as conquistas do Estado Liberal e as do Estado Social, no tocante às exigências de proteção ambiental. Defende que o modelo de Estado Social foi superado pelo modelo de Estado Socioambiental, tendo em vista a relação entre meio ambiente equilibrado e a dignidade da pessoa humana.

José Rubens Morato e Patryck de Araújo Ayala¹⁶⁶ compreendem o Estado de Direito Ambiental, em linhas gerais “como o produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularmente pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente.”¹⁶⁷

Os autores enfatizam o conceito e o objetivo do Estado de Direito Ambiental: “conceito de cunho teórico-abstrato que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, conseqüentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano.”¹⁶⁸

Qualquer que seja a denominação utilizada, é fato que há um novo conceito para os modernos Estados, especialmente após a consciência do meio ambiente como um bem jurídico, cujo equilíbrio é essencial para a manutenção da vida.

O Estado de Direito Ambiental, como preferem alguns, ou o Estado Democrático de Direito Socioambiental, para utilizar apenas duas das expressões acima mencionadas, se

¹⁶⁴ FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 15.

¹⁶⁵ THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 46-53.

¹⁶⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 37.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

referem a uma mesma realidade e têm os mesmos fundamentos. Verdadeiramente, referem-se a uma nova ordem jurídica estatal e têm como fundamento a consciência da importância de um meio ambiente equilibrado, consciência esta provocada por reflexões e por acidentes ambientais.

A utilização de uma expressão ou outra, neste trabalho, não será objeto de maior consideração, uma vez que é relativamente indiferente para a finalidade aqui proposta, qual seja a de demonstrar que o Estado Socioambiental, ou Estado ambiental de Direito, ou qualquer outra denominação adotada, impõe novos princípios jurídicos para o legislador, para o intérprete e para o operador do direito, tendo em vista a natureza do bem ambiental e as normas para a sua proteção.

4.2 Ambientalização do direito brasileiro

Até o advento da Constituição de 1988, imperou no Brasil, em todos os regimes constitucionais anteriores, uma ótica privativista em detrimento da visão publicista. Por conseguinte, não havia espaço para um maior desenvolvimento do direito ambiental, considerando que no confronto com o direito de propriedade, de natureza cível, o meio ambiente permanecia em uma posição inferiorizada, tendo em vista o primado da livre disponibilidade e exploração do patrimônio individual.

Por consequência, o estudo do direito ambiental não encontrava campo para a sua expansão, pois no cotejo entre interesses e direitos privatistas e publicistas, como o da proteção e preservação ambiental, prevaleciam, em razão de amparo constitucional, os relativos ao direito privado, ficando o direito ambiental, em relação ao direito de propriedade, relegado a um papel acessório e secundário, quando não ignorado.

Beatriz Souza Costa e Elcio Nacur¹⁶⁹ registram esse aspecto das primeiras constituições brasileiras, que não tinham preocupação com o direito ambiental, posto que o direito de propriedade era condição de direito absoluto e fundamental.

¹⁶⁹ COSTA, Beatriz Souza; NACUR, Elcio. Neoconstitucionalismo brasileiro: o giro paradigmático de proteção ambiental. In: PADILHA, Norma Sueli; SOUZA, Maria Claudia S. Antunes. **Direito ambiental I**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 28. Disponível em: <<http://bit.ly/1x7FPkS>> Acesso em: 16 nov. 2014.

Ficou cientificamente demonstrado que as primeiras constituições brasileiras, graças à ignorância humana ou a sua natureza hobbesiana, sequer se preocupavam com o Direito Ambiental. De fato, até a nossa atual Constituição, o Meio Ambiente nada mais era do que um detalhe do sagrado Princípio da Propriedade, este sim de importância fundamental e absoluta. A norma constitucional tinha uma enorme preocupação com a proteção do patrimônio das pessoas de forma egoística e, olvidava, por completo, de um direito difuso que pertence a todos, denominado Meio Ambiente.

Norma Sueli Padilha¹⁷⁰ considera uma grande inovação no Direito Constitucional brasileiro a constitucionalização do meio ambiente e o salto paradigmático da constitucionalidade ambiental:

Na verdade, a Carta Constitucional atual, ao adotar a constitucionalização do meio ambiente, dá um salto em direção a um novo paradigma da constitucionalidade ambiental que determina toda uma nova abordagem e leitura do ordenamento jurídico ambiental, pois não mais coloca a natureza em segundo plano, nem desconsidera sua importância, não só para a sadia qualidade de vida de todos, mas também como ser autônomo, digno de respeito e consideração em si e por si mesma. Trata-se de uma grande inovação no Direito Constitucional brasileiro, que abandona o tratamento jurídico do meio ambiente, por meio de legislações esparsas e sem sistematização, caracterizadas por uma conotação civilista e patrimonialista, inaugurando um novo modelo de normatividade jus ambiental, centrada na Constituição e numa abordagem nova, de proteção e responsabilização.

José Afonso da Silva observa que as constituições anteriores não tratavam da questão ambiental e previam apenas normas relativas à saúde e competência legislativa da União para temas de direito ambiental, como a caça e a pesca.

As Constituições brasileiras anteriores à de 1988 não traziam nada especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre águas, floresta, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca.¹⁷¹

A Constituição de 1988, enfatiza o autor, além de trazer um capítulo específico sobre

¹⁷⁰ PADILHA, Norma Sueli. **O Compromisso Constitucional Brasileiro com a Sustentabilidade Ambiental**. Disponível em: <<http://bit.ly/1pBxstd>> Acesso em: 01 ago. 2014.

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção ambiental. In: DAIBERT, Arlindo (org). **Direito Ambiental Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 83.

o meio ambiente, permeia todo o seu texto com questão ambiental.

A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira, entre nós, a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título da ordem social. Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional.¹⁷²

A aludida constitucionalização do direito ambiental, no Estado Brasileiro, efetivou-se tão-somente com a Constituição de 1988, consoante a ideia de José Afonso da Silva, acima transcrita, com a superação da ideia da supremacia do direito de propriedade sobre o dever de proteção ambiental.

Com base nessa realidade, Norma Sueli Padilha desenvolve a ideia de que o paradigma jurídico tradicional, baseado na perspectiva individualista, não mais atende as necessidades da sociedade moderna, juridicamente mais complexa, cujas demandas ultrapassam as barreiras dos conflitos bilaterais:

A adoção da proteção à preservação do meio ambiente pela Constituição Federal de 1988, na qualidade de um direito fundamental, denota claramente que o paradigma tradicional do ordenamento jurídico nacional se tornou impotente para traduzir tão nova e complexa temática jurídica, que necessita, para sua efetiva e necessária realização, da busca de um paradigma adequado, não mais tendo, como ponto de referência, a perspectiva clássica individualista.¹⁷³

De fato, a Constituição de 1988 criou um novo paradigma jurídico: o paradigma da juridicidade ambiental, adequado para uma sociedade mais complexa e com demandas e conflitos que ultrapassam os moldes individualistas tradicionais.

Defende a autora que as demandas ambientais impõem um novo paradigma jurídico, exigindo uma renovação na aplicação de institutos de direito material e processual.

O novo paradigma deve adequar-se à descrição mais apropriada das sociedades complexas, deve superar os limites de uma ordem jurídica que se refere apenas a conflitos bilaterais, de relações de pertença referidas à ação civil e aos fundamentos do ato e do fato jurídico. As demandas ambientais denunciam uma nova, abrangente e complexa conflituosidade, não padronizada pelo paradigma jurídico tradicional,

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 163.

exigindo renovação de institutos de direito material e processual e aplicação de novos instrumentos de implementação.¹⁷⁴

Haide Maria Hupffer e Roberto Naime também registram o esverdeamento da Constituição: “Vê-se, por conseguinte, que o esverdear da Constituição Federal, ao romper com as insuficiências das análises disciplinares e setORIZADAS, possibilita outros caminhos para posicionar-se na perspectiva das gerações futuras.”¹⁷⁵

Helene Sivini Ferreira e José Rubens Morato Leite¹⁷⁶ identificam na Constituição brasileira o propósito de se atingir os objetivos do Estado de Direito Ambiental:

Diante dessa breve análise, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, em muitos aspectos, procura concretizar os objetivos do Estado de Direito Ambiental, o que, em tese, deveria aproximar o país de um modelo estatal ambientalmente mais orientado. Acrescenta-se ainda que, por constituir o núcleo normativo do direito ambiental brasileiro, é imprescindível que o artigo 225 da Carta Magna seja observado, tanto na elaboração como na aplicação de leis que disciplinam a relação entre o ser humano e o meio ambiente, especialmente diante do surgimento de uma sociedade denominada de risco.

Édis Milaré¹⁷⁷ identifica a Constituição de 1988 como uma Constituição verde, considerando as disposições relativas à proteção ao meio ambiente, inseridos pelo constituinte de 1988, nada mais do que uma consequência de um sentimento nacional que evoluiu para a compreensão de que é preciso conviver em harmonia com a natureza.

As posições acima transcritas, no sentido de que é necessário no novo paradigma ambiental a renovação de institutos de direito material e processual, merece destaque porque, sem essa compreensão, a proteção ambiental torna-se ineficaz.

Enquanto o intérprete e o aplicador do direito não fizerem a transição paradigmática completa, continuará a existir, como é comum, a tentativa de obstaculizar a interpretação e a

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Vocação de diálogo do artigo 225 da Constituição Federal no conflito ambiental. In: **Revista veredas do direito**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v. 9, n. 17, 2012, p. 222. Disponível em: <<http://bit.ly/1zspeHN>> Acesso em: 16 nov. 2014.

¹⁷⁶ FERREIRA, Helene Sivini Ferreira; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos objetivos do estado de direito ambiental na Constituição Federal de 1988. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus Almeida (orgs.). **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 39.

¹⁷⁷ MILARÉ, Édis, **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 184.

aplicação de institutos jurídicos de proteção ao meio ambiente através de argumentos típicos do paradigma jurídico individualista.

O exemplo mais comum, que será abordado neste trabalho, é a tentativa de se interpretar a Constituição, em especial as regras de proteção ambiental, através da legislação infraconstitucional, situação comum antes do Código Civil de 2002, já constitucionalizado, conforme a doutrina, mas que é ainda comum entre os intérpretes e operadores do direito, incapazes de dar um completo salto paradigmático sem as muletas e as limitações que o paradigma jurídico individualista fornecem e impõem.

4.3 A fundamentalização do direito ao meio ambiente no Brasil

A fundamentalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é anotada por Beatriz Souza Costa e Elcio Nacur: “O meio ambiente é considerado como um direito fundamental e antropocêntrico flexibilizado, no qual a natureza deve ter seu valor respeitado.”¹⁷⁸

O novo paradigma jurídico ambiental é abordado pelos autores como o responsável, na Constituição de 1988, pela elevação do direito à preservação do meio ambiente como direito fundamental :

A Constituição de 1988, fazendo um giro paradigmático, trouxe a Preservação do Meio Ambiente como uma preocupação em nível de Direito Fundamental de todos os cidadãos, reduzindo a enorme proteção ao Princípio da Propriedade Privada outrora verificada nos textos anteriores, determinando que quando o proprietário no exercício do *ius utendi* e *ius fruendi*, lamentavelmente, não se comportar em consonância com um interesse maior de natureza difusa denominado Preservação do Meio Ambiente para a atual e futuras gerações, terá que se ajustar, sob pena do cometimento de ilícito, arcando, naturalmente, com a responsabilização.¹⁷⁹

O fato da proteção ambiental não estar topicamente, na Constituição de 1988, no seu Título II, que trata “Dos direitos e garantias fundamentais”, e ainda assim ser considerado um

¹⁷⁸ COSTA, Beatriz Souza; NACUR, Elcio. Neoconstitucionalismo brasileiro: o giro paradigmático de proteção ambiental. In: PADILHA, Norma Sueli; SOUZA, Maria Claudia S. Antunes. **Direito ambiental I**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 29. Disponível em: <<http://bit.ly/1x7FPkS>> Acesso em: 16 nov. 2014.

¹⁷⁹ COSTA, Beatriz Souza; NACUR, Elcio. Neoconstitucionalismo brasileiro: o giro paradigmático de proteção ambiental. In: PADILHA, Norma Sueli; SOUZA, Maria Claudia S. Antunes. **Direito ambiental I**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 29. Disponível em: <<http://bit.ly/1x7FPkS>> Acesso em: 16 nov. 2014.

direito fundamental é esclarecido por Beatriz Souza Costa: “No Brasil, não há dúvida de que o meio ambiente é considerado um direito fundamental, porque qualquer interpretação contrária não encontrará amparo.”¹⁸⁰

José Adércio Sampaio¹⁸¹ observa que a fundamentalidade do direito ao meio ambiente já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que deram ao direito à proteção ambiental o status de direito fundamental ao interpretar o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No caso do Supremo Tribunal Federal, os acórdãos referidos por José Adércio Sampaio foram proferidos em 1995 nos julgamentos do RE 134.297-SP e do MS 22.164-SP, tendo sido relator em ambos o Ministro Celso de Mello.

Patryck de Araújo Ayala esclarece a importância de se conjugar os dois acórdãos, já que foi no julgamento do MS 22.164-SP¹⁸² que o Supremo Tribunal Federal reconheceu as características essenciais do bem ambiental:

Conquanto o julgamento do RE 134.297-8/SP tenha inaugurado a afirmação constitucional do direito fundamental ao meio ambiente, o desenvolvimento de seu significado diferenciado somente foi realizado no julgamento do MS 22.164/DF, no qual, pela primeira vez, o STF reconheceria expressamente características essenciais do bem ambiental, tal como proposta pela Constituição brasileira, quais sejam: a) a repartição de responsabilidade no exercício desses deveres; b) a relação estabelecida entre a sua concretização e os deveres atribuídos aos Poderes Públicos e à coletividade; e, sobretudo, c) a titularidade compartilhada de interesses sobre o bem, que alcançam inclusive as futuras gerações.¹⁸³

Destaca Ayala que o Ministro Celso de Mello reconheceu no voto que a “definição constitucional do direito fundamental ao meio ambiente constitui a representação objetiva da

¹⁸⁰ COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito a vida: Brasil, Portugal e Espanha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 60.

¹⁸¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Responsabilidade Ambiental e Ação Civil Pública. In SOARES Junior, Jarbas; ALVARENGA, Luciano José (Cord.). In: **Direito Ambiental no STJ**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 158-159.

¹⁸² O autor identifica o MS como sendo originário do DF, “MS 22.164/DF”, mas a origem é SP, “MS 22.164-SP”, como se pode verificar em: <<http://bit.ly/1lugiXa>> Acesso em: 17 nov. 2014.

¹⁸³ AYALA, Patrick de Araújo. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 418.

necessidade de se proteger valores e objetivos associados a um princípio de solidariedade (...)”¹⁸⁴.

Mais recentemente, em 2012, ao julgar a ADI 4029 – AM, relator o Ministro Luiz Fux, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reafirmou a fundamentalização do direito ao meio ambiente. Na ementa do respectivo acórdão, publicado em 27 de junho de 2012, no seu item número oito, é possível ler que “Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007.”¹⁸⁵

Annelesi Monteiro Steigleder, no mesmo sentido, observa que após o reconhecimento do meio ambiente como um direito fundamental, todo o sistema jurídico nacional não pode mais ser compreendido e aplicado sem que se observe as normas constitucionais ambientais:

A Constituição de 1988, ao reconhecer o direito ao meio ambiente como direito fundamental da pessoa humana, impôs um norte ao ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, de sorte que a preservação do ambiente ‘passa a ser a base em que se assenta a política econômica e social, pois, uma vez inseridos em um sistema constitucional, as normas relativas a outros ramos jurídicos, que se relacionam com o amplo conceito de meio ambiente, não podem ser aplicadas sem levar em conta as normas ambientais que impregnam a ideologia constitucional.¹⁸⁶

Como se observa, não há qualquer dúvida sobre a fundamentalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no ordenamento constitucional brasileiro, consequência principalmente do artigo 225, que não apenas elevou o direito à proteção ambiental à condição de direito fundamental, como também impôs ao poder público e à coletividade a responsabilidade pela sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações, criando, assim, um compromisso intergeracional.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4029**. Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2012, Dje 26.06.2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1uuuCdA>> Acesso em: 16 nov. 2014.

¹⁸⁶ STEIGLEDER, Annelise Monteiro, **Responsabilidade Civil Ambiental As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**, 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 155

4.4 Direito fundamental a sustentabilidade

O desenvolvimento nacional, econômico, educacional, tecnológico e social é também previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, ao lado da proteção ambiental: o desenvolvimento deve ser assegurado pelo Estado brasileiro, conforme estabelece o preâmbulo da Constituição; a garantia do desenvolvimento nacional como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil está prevista no artigo 3º do texto constitucional; o desenvolvimento nacional é previsto também no artigo 174 do mesmo texto; o desenvolvimento tecnológico e econômico está previsto no artigo 5º, XXIX.

Ao Estado e à sociedade, portanto, é imposto o dever de conciliar a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico, social, tecnológico, educacional e nacional.

Assim, no direito brasileiro, a proteção ao meio ambiente deve ser compreendida com a combinação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito ao desenvolvimento sustentável.

José Adércio Leite Sampaio explica que “O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exige como correlato o *prima principium* ambiental: o desenvolvimento sustentável. Princípio de fácil compreensão e aceite, mas de difícil definição.”¹⁸⁷

Sampaio define o princípio do desenvolvimento sustentável como sendo “o crescimento econômico com melhoria social das condições de todos os seres humanos, inclusive as futuras gerações, e em harmonia com a natureza, por meio de uso racional, equitativo, equilibrado e socialmente justo dos recursos naturais.”¹⁸⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contempla a proteção e a preservação ambiental, mas igualmente prevê o desenvolvimento nacional, bem como o econômico, o educacional, o tecnológico e o social. O preâmbulo da Constituição, o artigo 3º, o artigo 5º, XXIX e o artigo 174 dispõem sobre o desenvolvimento nacional, tecnológico, econômico, entre outros dispositivos do texto constitucional.

O preâmbulo da Constituição de 1988, por exemplo, estabelece que o Estado

¹⁸⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Responsabilidade Ambiental e Ação Civil Pública. In: SOARES Junior, Jarbas; ALVARENGA, Luciano José (Cord.); **Direito Ambiental no STJ**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 159.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 159.

Democrático brasileiro deve assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional (...)”.

O direito ao desenvolvimento sustentável é também considerado um direito fundamental, conforme a ótica defendida por Coelho e Mello¹⁸⁹. Os autores argumentam que o princípio da dignidade da pessoa humana é elemento da ordem constitucionalizada, um superprincípio constitucional do qual o sistema de direitos fundamentais extrai a sua unidade de sentido, de valor e de concordância prática, sendo dele o fundamento para a existência de direitos fundamentais não expressos no texto constitucional. Nessa linha de raciocínio defendem que a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana autoriza a considerar o princípio da sustentabilidade como um direito fundamental.

Importante destacar que, em 2013, a Suprema Corte da Índia decidiu que o desenvolvimento sustentável é parte integrante dos direitos fundamentais. A decisão foi proferida em 18 de abril de 2013 pelos Juízes Aftab Alam, K.S. Radhakrishnan e Ranjan Gogoi.¹⁹⁰

A luz das discussões que precederam a formalização do procedimento que trouxe para essa Corte informações e materiais sobre a extensão da mineração ilegal, além de outros detalhes específicos, o relatório do CEC não pode ser posto em dúvida. Equidade intergeracional e desenvolvimento sustentável passaram a ser firmemente incorporadas na nossa jurisprudência constitucional como parte integrante dos direitos fundamentais conferidos pelo artigo 21 da Constituição. Ao fazer respeitar os direitos de um grande número de cidadãos que são submetidos a uma condição desfavorável, pois afetados pela degradação ambiental, este Tribunal não pode ser limitado pelas restrições do procedimento.¹⁹¹ (tradução livre)

¹⁸⁹ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. In: **Revista Veredas do Direito**. v. 08. n. 15. Belo Horizonte: Dom Helder Câmara, 2011, p 9-24.

¹⁹⁰ INDIA. Supreme Court of India. **Writ Petition (civil) nº 562 of 2009**. Samaj Parivartana Samudaya & ors. vs. State of Karnataka & ors. J. 18.04.2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1tZ0Nwf>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

¹⁹¹ In the light of the discussions that have preceded sanctity of the procedure of laying information and materials before the Court with regard to the extent of illegal mining and other specific details in this regard by means of the Reports of the CEC cannot be in doubt. Inter-generational equity and sustainable development have come to be firmly embedded in our constitutional jurisprudence as an integral part of the fundamental rights conferred by Article 21 of the Constitution. In enforcing such rights of a large number of citizens who are bound to be adversely affected by environmental degradation, this Court cannot be constrained by the restraints of procedure.

Esse artigo 21 da Constituição da Índia diz respeito à cláusula do devido processo legal, denominado pelo texto constitucional indiano de “devido procedimento estabelecido em lei”. A norma do artigo 21 prevê que ninguém poderá ser privado de sua vida ou de sua liberdade sem o devido processo previsto em lei.¹⁹²

No caso, estava em julgamento o dever estatal (Estado de Karnataka) em face de atividades mineradoras – minério de ferro e outros - que degradam e exaurem o meio ambiente.

Foi considerado que o desenvolvimento sustentável é um direito fundamental, pois caso a exploração da atividade mineradora esteja degradando o meio ambiente e por consequência atingindo os cidadãos, estará sendo desatendido o direito fundamental de um adequado procedimento para a privação da vida ou da liberdade: a atividade mineradora não é o procedimento previsto em lei para limitar os direitos do cidadão.

Como conclusão do raciocínio adotado pela Suprema Corte Indiana, no sentido de ampliar a compreensão do direito fundamental previsto no artigo 21 da Constituição da Índia, o desenvolvimento sustentável foi também abrangido pela fundamentalidade, pois sem desenvolvimento sustentável parcela da vida dos cidadãos estará sendo atingida ilegalmente.

Formular um conceito e definir o que seja desenvolvimento sustentável implica em um desafio jurídico. Definir o que é “desenvolvimento” e o que é “sustentável” é o primeiro desafio. O segundo desafio é o de explicitar qual a natureza do “desenvolvimento sustentável”. Por fim, mas não menos importante, o desafio de implementar um desenvolvimento que seja de fato sustentável.

José Eli da Veiga¹⁹³ aborda várias ideias relativas aos conceitos de desenvolvimento e sustentabilidade, demonstrando a dificuldade de sua conceituação e o desafio da sua implementação.

Saulo de Oliveira Pinto Coelho e Rodrigo Antônio Calixto Mello partem do clássico conceito de sustentabilidade do Relatório Brundtland para definir a sustentabilidade como um

¹⁹² 21. No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law. ”Nenhuma pessoa será privada de sua vida ou de sua liberdade pessoal exceto pelo procedimento estabelecido em lei. (tradução livre). Disponível em: <<http://bit.ly/1vipeft>> Acesso em: 17 nov. 2014.

¹⁹³ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

direito fundamental e um paradigma que por força do princípio da dignidade da pessoa humana, se irradia por todo o ordenamento jurídico brasileiro.

É nesse contexto de atualização/efetivação do princípio da dignidade humana que aparece o princípio da sustentabilidade que, deixando de ser apenas um suporte conceitual da Ordem Constitucional Econômica e Social, passa a ser considerado como um direito fundamental.¹⁹⁴

Observam os autores que a dogmática jurídica tem se mostrado insuficiente para tratar a questão da sustentabilidade:

A presente pesquisa trouxe a debate a insuficiência da atual dogmática jurídica no tratamento de questões complexas, como a sustentabilidade. A sua realização integral no mundial jurídico requer uma mudança da mentalidade dominante no próprio meio jurídico, com os tradicionais ramos do Direito passando a serem vistos como instrumentos, que recepcionando o projeto constitucional de sustentabilidade, se conectem para a realização da unidade coerente de sentido do texto constitucional.¹⁹⁵

O direito ao desenvolvimento sustentável deve ser compreendido tendo em vista o princípio da sustentabilidade, também denominado de princípio da evolução sustentável, nas palavras de Canotilho:

Tal como outros princípios estruturantes do Estado Constitucional – democracia, liberdade, juridicidade, igualdade – o princípio da sustentabilidade é um princípio aberto carecido de concretização conformadora e que não transporta soluções prontas, vivendo de ponderações e de decisões problemáticas. É possível, porém, recortar, desde logo, o imperativo categórico que está na gênese do princípio da sustentabilidade e, se se preferir, da evolução sustentável: os humanos devem organizar os seus comportamentos e ações de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações. Em termos mais jurídico-políticos, dir-se-á que o princípio da sustentabilidade transporta três dimensões básicas: (1) a sustentabilidade interestatal, impondo a equidade entre países pobres e países ricos; (2) a sustentabilidade geracional que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração (exemplo: jovem e velho); (3) a sustentabilidade intergeracional impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro.¹⁹⁶

¹⁹⁴ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. In: **Revista veredas do direito**. v. 08. n. 15. Belo Horizonte: Dom Helder Câmara, 2011, p 18.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. In: **Revista de estudos politécnicos**, v. VIII, nº 13, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1tkIkPU>> Acesso em: 12 maio 2014.

Conforme Canotilho,¹⁹⁷ são três as dimensões básicas do princípio da sustentabilidade em termos jurídicos-políticos: a sustentabilidade interestatal; a geracional e a intergeracional.

Ignacy Sachs¹⁹⁸ ensina que são oito as dimensões da sustentabilidade que devem ser consideradas: a social, a cultural, a ecológica, a ambiental, a territorial, a econômica, a política nacional e a política internacional.

Flávia Piovesan,¹⁹⁹ ao comentar o direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988, classificada como dirigente e programática, especifica que a noção de meio ambiente está relacionada na atualidade com a ideia de “desenvolvimento sustentado”, que busca compatibilizar o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a preservação ambiental, tendo como característica a conciliação possível entre o desenvolvimento, a preservação ecológica e melhoria da qualidade de vida.

Para Norma Sueli Padilha²⁰⁰ a Constituição de 1988 sugere a existência do paradigma da sustentabilidade ambiental:

A proposta constitucional brasileira, de elevar à qualidade de direito fundamental o direito ao meio ambiente, sugere um novo paradigma, o da sustentabilidade ambiental, na medida em que adota um modelo de produção que, embora baseado na livre iniciativa, na livre concorrência e na apropriação privada de bens, estabelece como um dos seus princípios a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado (art. 170, inc. VI), e ao estabelecer a convivência da ordem econômica com a defesa e preservação do meio ambiente, por consequência propôs uma juridicidade constitucional ambiental centrada na proposta de um “desenvolvimento sustentável”.

Como se nota, a Constituição prevê e impõe, de um lado, o dever de proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, e de

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. In: **Revista de estudos politécnicos**, v. VIII, nº 13, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1tkIkPU>> Acesso em: 12 maio 2014.

¹⁹⁸ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 3a ed. 2008.

¹⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.); FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). **Direito Ambiental e as Funções Essenciais à Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁰⁰ PADILHA, Norma Sueli. **O compromisso constitucional brasileiro com a sustentabilidade ambiental**. Disponível em: <<http://bit.ly/1pBxstd>> Acesso em: 01 ago. 2014.

outro lado, prevê a promoção do desenvolvimento econômico, social, tecnológico, educacional e nacional. Conforme Ribeiro e Machado, esse conjunto de normas constitucionais forma a base jurídica para o fenômeno da ambientalização do direito brasileiro:

O denominado esverdeamento da Constituição da República, desse modo, não deve ser compreendido apenas como um mandamento de proteção ambiental isoladamente considerado, mas, principalmente, como um celeiro de princípios concatenados e voltados à combinação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito ao desenvolvimento sustentável

A ideia de uma Constituição verde e a de uma consciência nacional ambiental formam a base de legalidade e de legitimação para um fenômeno jurídico que pode ser denominado de “ambientalização” do direito brasileiro, fenômeno que se apresenta como um novo paradigma jurídico, o paradigma ambiental.²⁰¹

Desse modo, quando se considera a ideia de um Estado de Direito Socioambiental, não se deve atentar apenas para a proteção ambiental, para o equilíbrio ecológico, para a preservação e reparação do meio ambiente. O desenvolvimento é também um imperativo constitucional, desde que seja sustentável, um princípio para alguns autores, um paradigma para outros, um direito fundamental para alguns tribunais, como a Suprema Corte da Índia, consoante julgado retro referido.

De qualquer modo, o que se deve aqui destacar para a finalidade deste trabalho, é que por qualquer ângulo que se observe, a previsão de proteção ambiental, conforme estabelecida na Constituição de 1988, impõe um comportamento, uma aplicação e uma interpretação jurídica que deve se basear na efetividade dessa proteção, sob pena de se fazer letra morta, norma apenas programática às disposições constitucionais.

4.5 A ambientalização em outros Estados

Especialmente após a Conferência de Estocolmo de 1972 os sistemas jurídicos nacionais dos países signatários e, por influência, de outros países, começaram a incorporar valores, princípios e ideias de proteção ao meio ambiente e de desenvolvimento sustentável.

A chamada ecologização, esverdeamento ou ambientalização dos sistemas jurídicos,

²⁰¹ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; MACHADO JÚNIOR, José Carlos. A ambientalização do direito penal: a tutela do ambiente pela terceira via. In: CUNHA, Belinda Pereira da; ALBURQUEQUE, Leticia; SOUZA, Leonardo da Rocha de (coords.) **Direito Ambiental III**. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 371-388. Disponível em: <<http://bit.ly/1x8iPCk>> Acesso em: 16 nov. 2014.

portanto, ocorreu em vários países.

José Afonso da Silva, ao comentar as constituições estrangeiras, aborda o ambientalismo em diversas ordens constitucionais, passando a ser consignado como um direito fundamental da pessoa humana:

O ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas constituições mais recentes. Entra nelas deliberadamente como direito fundamental da pessoa humana, não como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria em constituições mais antigas.²⁰²

Esclarece o constitucionalista brasileiro que a Constituição Portuguesa de 1976, entretanto, foi a primeira a fazer uma abordagem moderna do direito ao ambiente, servindo de modelo para a Constituição brasileira de 1988:

Contudo, foi a Constituição Portuguesa de 1976 que deu formulação moderna ao tema, correlacionando-o com o direito à vida, no seu art. 66 (mantido nas revisões posteriores), que certamente serviu de fonte ao art. 45 da Constituição Espanhola, de 1978, que traz regras bem semelhantes, ambas são fontes da Constituição brasileira de 1988.²⁰³

Canotilho²⁰⁴ observa, em relação a Portugal, a importância da atuação dos agentes públicos e privados sobre o meio ambiente, que devem colocá-lo “como fim e medida das suas decisões”, para que se concretize a força normativa da Constituição ambiental.

Com a denominação de “ecologização da ordem jurídica portuguesa”²⁰⁵, Canotilho identifica o fenômeno da ambientalização do direito que pode ser, explica, compreendido sob vários pontos de vista: “Neste sentido, é legítimo falar de ecologização da ordem jurídica portuguesa sob vários pontos de vista.”²⁰⁶

Sobre os vários pontos de vista para a compreensão do fenômeno da ecologização do sistema jurídico português, esclarece, em primeiro lugar, que além da força normativa, o próprio bem ambiental deve ser considerado nas decisões dos legisladores, dos juizes e dos

²⁰² SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção ambiental. In DAIBERT, Arlindo (org). **Direito Ambiental Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 83.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. In: **Revista de Estudos Politécnicos**, v. VIII, n. 13, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1tkIkPU>> Acesso em: 12 maio 2014.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ibidem*.

administradores:

Em primeiro lugar, o direito do ambiente, além do seu conteúdo e força própria como direito constitucional fundamental, ergue-se a bem constitucional devendo os vários decisores (legislador, tribunais, administração) tomar em conta na solução de conflitos constitucionais esta reserva constitucional do bem ambiente.²⁰⁷

Em seguida, adverte o professor português, que a liberdade de atuação do legislador em matéria ambiental é mais limitada, sendo-lhe vedado qualquer medida que importe em retrocesso de posições jurídico-ambientais:

Em segundo lugar, a liberdade de conformação política do legislador no âmbito das políticas ambientais tem menos folga no que respeita à reversibilidade político-jurídica da protecção ambiental, sendo-lhe vedado adoptar novas políticas que se traduzam em retrocesso retroactivo de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral.²⁰⁸

Em terceiro lugar, explica o constitucionalista português sobre a caracterização da omissão constitucional que o reiterado descumprimento de preceitos constitucionais ambientais podem causar: “Em terceiro lugar, o sucessivo e reiterado incumprimento dos preceitos da Constituição do ambiente (nos vários níveis: nacional, europeu e internacional) poderá gerar situações de omissão constitucional conducentes à responsabilidade ecológica e ambiental do Estado.”²⁰⁹

Em quarto lugar aborda o dever de uma atuação qualificada de todos os atores ambientais, Estado e sociedade, de modo a se alcançar a efetividade da protecção do bem ambiental:

Em quarto lugar, o Estado (e demais operadores públicos e privados) é obrigado a um agir activo e positivo na protecção do ambiente, qualquer que seja a forma jurídica dessa actuação (normativa, planeadora, executiva, judicial). Esta protecção, como se verá adiante, vai muito para além da defesa contra simples perigos, antes exige um particular dever de cuidado perante os riscos típicos da sociedade de risco.²¹⁰

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. In: **Revista de Estudos Politécnicos**, v. VIII, n. 13, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1tkIkPU>> Acesso em: 12 maio 2014.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*.

Frederick Buttel²¹¹ (1992) estuda a influência da ambientalização (environmentalization) de práticas institucionais nos Estados Unidos e em outras partes do mundo, tendo em vista os seus reflexos nas sociedades rurais, na pesquisa agrícola sustentável e no desenvolvimento sustentável dos países em desenvolvimento,

Conforme destaca Jesús Jordano Fraga²¹², professor titular de derecho administrativo da Universidad de Sevilla, na Espanha, a ambientalização do direito foi influenciada pelo ingresso do país na comunidade europeia, assim como também pela própria produção científica, que passou a tratar do tema do meio ambiente, como ocorreu em todos os países da Europa. Ademais, informa o autor, houve ainda a influência e a construção da jurisprudência e a atuação da sociedade, mais atenta às questões ambientais.

Vale registrar a opinião de Ana Patricia Nogueira de Echeverri e Javier Gonzaga Valencia Hernández, da Colômbia, que defendem a necessidade da ambientalização da legislação e de todas as relações jurídicas que envolvem o meio ambiente. Apresentam os contornos dessa ambientalização, defendendo uma nova abordagem do direito, apontando para a desconstrução do direito moderno, construído sob a ótica privatista.

Ambientalizar o direito significa que as instituições jurídicas baseadas nos postulados modernos de liberdade, igualdade e autonomia da vontade, se reconstruam a partir dos postulados de heteronomia, solidariedade e interdependência, onde prima o coletivo, o que é de todos (homens e quadros emergentes da vida) e seja o ponto de referência para as novas instituições jurídicas e políticas. Ambientalizar o direito é reconhecer a existência da trama da vida, que tem sido ignorada pelo Direito Moderno, construído a partir de postulados lógico-formais, sem reconhecer as conexões da cultura com os ecossistemas.²¹³ (tradução livre)

Conforme observado por José Afonso da Silva, em lição acima anotada, os sistemas

²¹¹ BUTTEL, Frederick H. **Environmentalization: Origins, Processes, and Implications for Rural Social Change**. Disponível em: <<http://bit.ly/1xBZNkr>> Acesso em: 01 jul. 2014.

²¹² FRAGA, Jesús Jordano. **La aplicación del derecho ambiental de la Unión Europea en España: Perspectivas de evolución y desafíos del IU Commune Ambiental Europeo**. Disponível em <<http://goo.gl/n1rNUe>> Acesso em 01 maio 2015.

²¹³ Ambientalizar el derecho significa que las instituciones jurídicas basadas en los postulados modernos de libertad, igualdad y autonomía de la voluntad, se reconstruyan a partir de los postulados de heteronomía, solidaridad e interdependencia, en donde prime lo colectivo, lo de todos (humanos en y emergentes de las tramas de la vida), y sea el punto de referencia para las nuevas instituciones jurídicas y políticas. Ambientalizar el derecho es reconocer la existencia de la trama de la vida, que ha sido desconocida por el Derecho Moderno construido a partir de postulados lógico-formales, sin reconocer las conexiones de la cultura con los ecosistemas.

jurídicos constitucionais modernos passaram a incorporar em maior ou menor grau a proteção ambiental.

A constitucionalização do direito ao meio ambiente, direito de terceira geração, baseado nos primados da solidariedade e da fraternidade, implica na necessidade de adequação das posturas dos atores ambientais, sob pena de não se realizarem os comandos constitucionais, pois o bem ambiental, observando aqui a diferença proposta por Canotilho, em lição também acima registrada, quando devastado ou destruído, ou não se recompõe de modo algum, como no caso da extinção de espécies vegetais ou animais, ou se recupera após o curso de vários anos, décadas e até mesmo séculos, como no caso de contaminação radioativa.

4.6 A efetividade da proteção ambiental

Nos termos do artigo 225, da Constituição brasileira, o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente para a atual e para as futuras gerações: “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 a presente e futuras gerações.”²¹⁴

Esse expresso dever, em um Estado Democrático Socioambiental de Direito e em um sistema jurídico ambientalizado, implica em dar a máxima efetividade à regra de proteção ambiental. Cabe aos intérpretes da Constituição e aos operadores do direito assumirem o dever, constitucionalmente imposto, de buscarem a interpretação e a aplicação do direito constitucional e infraconstitucional que possibilite atingir a efetividade da proteção ambiental, para a presente e para as futuras gerações.

Tal compromisso, no paradigma da ambientalização do direito, permite e obriga o aplicador do direito a buscar a interpretação e aplicação do direito que possa de fato cumprir o desiderato constitucional.

Essa busca pela efetividade deve orientar toda a interpretação e aplicação do direito,

²¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://bit.ly/ZChEh1>> Acesso em: 17 nov. 2014.

sob pena de se fazer letra morta o comando insculpido no artigo 225 do texto constitucional. Nesse sentido, a lição de Norma Sueli Padilha:

O compromisso constitucional de defender e preservar o direito ao equilíbrio do meio ambiente impõe aos vários intérpretes da Constituição, desde o cidadão, os órgãos estatais, as organizações não governamentais, a opinião pública, o papel de dar-lhe efetividade, de extrair da Constituição a concretização de tal comando. E, como decorrência do pleno exercício da cidadania, caberá aos seus representantes acionar o Poder Judiciário quando do descumprimento do compromisso constitucional, cabendo então aos intérpretes judiciais, atuando em prol da supremacia da vontade constitucional, dar efetividade ao tratamento constitucional conferido a proteção do meio ambiente.²¹⁵

Tendo em vista o que foi acima considerado, e também o que já foi até o momento registrado sobre o Estado Socioambiental, pode-se afirmar que a efetividade da preservação e da proteção ambiental é um objetivo, por imposição constitucional, mas também pode ser visto como um princípio, a orientar a interpretação e a aplicação de outras normas ambientais.

A ideia de efetividade da proteção ambiental e a imposição, ampla e geral, de que seja o meio ambiente protegido e preservado, deve ser também considerada pela ótica dos destinatários da norma constitucional, em especial no tocante a previsão do compromisso intergeracional: o artigo 225 prevê que o meio ambiente deve ser preservado para a presente e futuras gerações.

Os destinatários e os beneficiários do mandamento constitucional são de titularidade absolutamente indeterminada, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é difuso e atemporal, uma vez que alcança a geração presente e as futuras gerações.

Essa é a lição de Norma Sueli Padilha quando enfatiza os destinatários múltiplos da previsão constitucional, “não só em decorrência da natureza jurídica deste direito, enquanto um direito difuso, de titularidade indeterminada, mas também pela inclusão dentre os destinatários da norma ambiental de gerações futuras (...)”.²¹⁶

A busca pela efetividade da proteção ambiental deve ser conduzida por um pensamento holístico e sistêmico, nas palavras de Bruno Laskowski Staczuk e Heline Sivini

²¹⁵ PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 171.

²¹⁶ PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 182

Ferreira: “A adoção de um pensamento sistêmico, holístico, para a análise de sistemas é de extrema relevância.”²¹⁷

Visando extrair a essência do Estado de Direito Ambiental, para que se façam efetivas as normas constitucionais, necessário o uso de um “método ampliativo, integrativo, para uma leitura diferenciada dos instrumentos normativos, em especial, do texto constitucional pátrio vigente.”²¹⁸

Antônio Herman Benjamin destaca o esforço constitucional, pela previsão de instrumento de proteção, para que a tutela ambiental não fosse deixada para a implementação pelo legislador ordinário. A tutela ambiental, afirma, deve ser viabilizada através de instrumentos jurídicos também constitucionalizados, como a ação civil pública e a ação popular, além das várias espécies de sanções previstas no texto constitucional.²¹⁹

O autor louva o esforço do constituinte de 1988 que não deixou para o que chama de “destino retórico”, a criação de normas que viabilizem a efetividade da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.²²⁰

Embora a Constituição de 1988, em matéria ambiental, tenha sido influenciada por outras Constituições, especialmente a Grega, Espanhola e a Portuguesa, e tenha adotado o discurso e a linguagem da Declaração de Estocolmo, não deixou de prever também os remédios jurídicos para os vários problemas ambientais brasileiros e nisso se destaca como um dos sistemas mais abrangentes em matéria de proteção ambiental.²²¹

²¹⁷ STACZUK, Bruno Laskowski; FERREIRA, Helene Sivini. A dimensão social do estado de direito Ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus Almeida (org). **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 113.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111.

²²⁰ *Ibidem*, p. 113.

²²¹ *Ibidem*.

5 DANO AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

Apesar da aparente redundância na expressão “meio ambiente”, considerando que “ambiente” abrange o “meio” no qual se vive, José Afonso da Silva a defende por ser ela mais rica de sentidos do que a palavra “ambiente”, por indicar não apenas um conjunto de elementos, mas o resultado da interação desses elementos.²²²

É difícil conceituar o meio ambiente, como afirma Beatriz Souza Costa²²³, de modo a abranger todas as épocas e pessoas, pois o seu significado, muitas vezes óbvio, pode expressar inúmeras concepções diferentes.

A autora conceitua o meio ambiente como “o conjunto de elementos naturais e artificiais partilhados com seres humanos e não humanos, necessários ao desenvolvimento e sobrevivência dessas espécies de forma harmônica e solidária.”²²⁴

Para José Afonso da Silva, meio ambiente é “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.”²²⁵

O meio ambiente pode ser compreendido legalmente conforme a definição prevista no art. 3º, I da Lei 6.938/81: “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”.²²⁶

Vladimir Passos de Freitas²²⁷ ensina que no Brasil foi consagrada a expressão meio ambiente, mas em Portugal e na Itália apenas a palavra ambiente é usada. Nos Estados Unidos é usado *environment*, na Alemanha *unwelt*, na França *environnement* e os espanhóis usam a palavra *entorno*.

A mesma lei, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, no seu art. 3º, II, define a degradação da qualidade ambiental como sendo “a alteração adversa das

²²² SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20.

²²³ COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito a vida: Brasil, Portugal e Espanha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 52.

²²⁴ COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito a vida: Brasil, Portugal e Espanha**, cit., p. 55.

²²⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**, cit., p. 20.

²²⁶ Disponível em: <<http://bit.ly/1qwlbmH>> Acesso em: 20 nov. 2014.

²²⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 15.

características do meio ambiente”.²²⁸ Em seguida, no mesmo artigo, no inciso III, define poluição – a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que possam causar impactos ambientais, relacionados nas alíneas do dispositivo.

Leite e Ayala²²⁹ informam que a legislação brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, "que envolve a vida em todas as suas formas". Segundo os autores, nesse conceito, o meio ambiente abrange elementos naturais, artificiais e culturais.

Milaré²³⁰ aborda vários significados para a expressão meio ambiente, adotando um conceito jurídico que se desdobra em duas vertentes: um conceito estreito e outro de concepção ampla. Consoante a segunda concepção, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos.

O conceito de dano ambiental acompanha a variação das definições de meio ambiente. Conforme a abrangência do conceito de meio ambiente, mais abrangente o conceito de dano ambiental.

Para fins deste trabalho serão utilizados, indistintamente, os conceitos amplos e o conceito legal de meio ambiente, tendo em vista que não se pretende detalhar os seus significados.

5.1 Conceitos de dano ambiental

José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala²³¹ apontam a dificuldade de se elaborar uma concepção de dano ambiental, razão pela qual fazem uma classificação que leva em consideração a amplitude do bem protegido quanto à reparabilidade, os interesses jurídicos envolvidos, a sua extensão e o interesse tutelado. Quanto à amplitude, classificam o dano ambiental em dano ecológico puro, dano ambiental *lato sensu* e dano individual ambiental ou reflexo. A primeira espécie, se restringindo a alguns componentes essenciais do ecossistema, e a segunda, a todos os interesses difusos da coletividade, incluindo o patrimônio

²²⁸ Disponível em <<http://bit.ly/1qwlbmH>> Acesso em: 20 nov. 2014.

²²⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

²³⁰ MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143

²³¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 92-94.

cultural. A terceira espécie diz respeito aos danos e interesses individuais causados pelo dano ambiental.

No tocante à reparabilidade e ao interesse tutelado, classificam o dano ambiental como o de reparabilidade direta e reparabilidade indireta. O primeiro é relativo a interesses próprios individuais e individuais homogêneos, que ensejam indenização diretamente ao interessado. A segunda forma de dano ambiental, o de reparabilidade indireta, é relativo a interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

Em relação à extensão, os autores identificam o dano ambiental patrimonial e o dano ambiental extrapatrimonial ou dano ambiental moral. O dano patrimonial ambiental é considerado, para essa finalidade, como um bem individual. A reparação é exigida pelo indivíduo. A segunda categoria diz respeito a qualquer espécie de dor que o indivíduo ou a coletividade possa sentir em razão de uma lesão ao meio ambiente. Em relação aos interesses tutelados, os bens ambientais podem ser de interesse da coletividade (macrobem ambiental) ou de interesse individual (microbem ambiental).

Concluem, especificando as características do dano ambiental, quais sejam: incorporeidade, imaterialidade, autonomia e de interesse coletivo.

Alertam, ainda, para as dificuldades que os operadores jurídicos enfrentam quando lidam com os danos ambientais:

Com efeito, as concepções clássicas e as características tradicionais do dano passam por uma nova configuração, quando se discute a lesão ambiental, pois esta pressupõe uma visão muito menos individualista e, desta forma, de difícil entendimento para os operadores jurídicos.²³²

A distinção entre o dano ambiental e o dano ecológico mereceu o comentário de Nelson de Freitas Porfírio Júnior:

Entende-se, aqui, que o dano ecológico (que pode ser chamado de dano ambiental puro) é uma espécie de dano ambiental, que considera apenas as lesões causadas aos elementos naturais do meio ambiente, ainda que estas não resultem necessariamente em prejuízos patrimoniais diretos ou indiretos.²³³

²³² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 95.

²³³ PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 51.

Paulo de Bessa Antunes define o dano ambiental tomando como base o conceito legal de meio ambiente previsto na Lei nº 6.938/81:

Dano ambiental é o dano ao meio ambiente, que na forma da lei é 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.

(...)

Dano ambiental, portanto, é a ação ou omissão que prejudique as diversas condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permita, abrigue e reja a vida, em quaisquer de suas formas.²³⁴

A Lei nº 6.938/81 é também utilizada por Annelise Monteiro Steigleder²³⁵ como ponto de partida para a construção do conceito de dano ambiental. Explica, considerando o conceito amplo e o conceito unitário de meio ambiente que, no sistema brasileiro, o dano reparável é um conceito aberto. É mais abrangente do que o previsto na Lei nº 6.938/81 e pode abranger apenas o dano ecológico como também pode alcançar o dano individual extrapatrimonial.

Após advertir para o fato de que o legislador brasileiro não elaborou um conceito para o dano ambiental, a começar pela Constituição, Milaré cunha, para fins eminentemente didáticos, como afirma, o seguinte conceito de dano ambiental: “é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida.”²³⁶

Os recursos ambientais explicitados pelo autor são os previstos no artigo 3º, V, da Lei nº 6.938/81: “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”²³⁷

Helita Barreira Custódio analisa o dano ambiental, iniciando com o estudo da noção de dano, com base no direito romano, que o relacionava com uma obrigação, evoluindo para a ideia de uma diminuição de patrimônio e chegando, em razão do progresso social, à sua

²³⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 523.

²³⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 103.

²³⁶ MILARÉ, Édís, **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1119.

²³⁷ BRASIL. Lei nº 6.938/81. Disponível em: <<http://bit.ly/1qwlbmH>> Acesso em: 28 nov. 2014.

noção jurídica, ou seja, a caracterização do dano quando há qualquer diminuição de um bem jurídico, assim considerado qualquer bem reconhecido e protegido pela lei.²³⁸

Fiorillo salienta que inexistente qualquer relação entre a responsabilidade civil e o ato ilícito, pois poderá haver dano, e responsabilização, ainda que seja esse decorrente de uma conduta lícita. Após essa consideração, conceitua dano a partir da ideia de bem juridicamente tutelado: “dano é a lesão a um bem jurídico.”²³⁹

Como se pode notar, são muitos os conceitos de dano ambiental. Variam as concepções conforme os conceitos e natureza jurídica do meio ambiente e do bem ambiental.

Para fins de responsabilização e de condenação cível ao pagamento de indenização como forma de pena, não importa quais sejam os critérios utilizados para conceituar o dano ambiental. Uma vez identificada a existência do dano ambiental, conforme o critério, o marco teórico e as referências que o poder judiciário esteja se utilizando para a análise do caso em discussão, surge como consequência a responsabilização, isto é, o dever jurídico de indenizar, ressarcir ou o de restaurar.

Importa, para o presente trabalho, analisar se, em face da responsabilização, é possível condenar o réu a um pagamento indenizatório que ultrapasse o valor estimado dos danos, como forma de punição, de elemento pedagógico e dissuasório para prevenir a reiteração de condutas semelhantes pelo próprio réu ou por outros atores ambientais.

5.2 Responsabilidade ambiental

Ao definir a responsabilidade ambiental, José Adércio Leite Sampaio se utiliza de uma abordagem ampla e outra restrita. De forma ampla, considera que o termo inclui uma “atitude consciente, racional e ambientalmente comprometida com a sustentabilidade.” Juridicamente, de modo mais restritivo, define responsabilidade ambiental como a “imputação do dever de restaurar ou compensar os processos ecológicos prejudicados por quem, direta ou

²³⁸ CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. Campinas: Millennium, 2006, p. 563.

²³⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

indiretamente, de maneira individual ou solidária, deu-lhe causa, pouco importando a intenção do agir.²⁴⁰

José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, abordando a responsabilização em um Estado moderno, observam que “não há Estado Democrático de Direito se não é oferecida a possibilidade de aplicar toda espécie de sanção àquele que ameace ou lese o meio ambiente.”²⁴¹

A Constituição Federal de 1988 prevê a responsabilidade ambiental, a civil, sem prejuízo da penal e administrativa, no seu artigo 225, que disciplina o dever do Poder Público de restaurar os processos ecológicos essenciais (art. 225, §1º, I), a recuperação do meio ambiente degradado por exploração de recursos minerais, na forma da lei (art. 225, §2º), a sujeição do infrator e causador de lesão ao meio ambiente a obrigação de reparar os danos (art. 225, §3º).

Não há dúvida que o constituinte de 1988 acolheu a ampla responsabilização pelo dano ambiental, prevendo como obrigação do Poder Público e dos infratores e degradadores três obrigações distintas, a serem impostas conforme o caso: a obrigação de reparar, a de recuperar e a de restaurar.

A Lei 6.938/81, que estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente, no seu artigo 14, também prevê responsabilidade pela degradação ambiental:

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:

(...)

§ 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.²⁴²

²⁴⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Responsabilidade Ambiental e Ação Civil Pública. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; ALVARENGA, Luciano José (coord.). **Direito Ambiental no STJ**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 164.

²⁴¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

²⁴² BRASIL. **Lei nº 6.938/81**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/1qwlbmH>> Acesso em: 28 nov. 2014.

Está, portanto, mais do que caracterizado a especial proteção do meio ambiente e a repulsa ao dano ambiental, com a previsão no texto da Constituição de uma responsabilidade objetiva ambiental, conforme orienta Paulo Affonso Leme Machado:

A responsabilidade ambiental objetiva significa que quem danifica o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos “danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade” (art. 14, §1º, da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se que foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, incia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexó de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. E contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente.²⁴³

Neste trabalho, não se abordará diretamente a responsabilidade penal ou a administrativa. O enfoque presente é a responsabilidade civil ambiental.

A responsabilidade penal será mencionada através de comentário à decisão recente do Supremo Tribunal Federal, apenas para demonstrar e enfatizar a estruturação do sistema constitucional de proteção ambiental e, também, a morosidade da jurisdição penal, em regra, o que acaba por frustrar as condenações pelo decurso de prazo prescricional.

5.3 Princípios embasadores da responsabilidade civil ambiental

Benjamin²⁴⁴ relaciona como base principiológica da responsabilidade civil ambiental os princípios da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador e da reparação integral. Considera que os princípios ambientais orientam a elaboração de um regime específico para a responsabilidade civil ambiental.

²⁴³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 347.

²⁴⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

A respeito do princípio da precaução, observa o autor, em síntese, que esse princípio separa o Direito Ambiental de outras disciplinas jurídicas tradicionais, especialmente o Direito Penal e o Direito Civil no tocante à responsabilidade, pois enquanto que, para essas disciplinas jurídicas clássicas a responsabilização tem como pressupostos fundamentais a previsibilidade e certeza das condutas e dos eventos, no direito ambiental restam afastados esses obstáculos:

A precaução separa bem o Direito Ambiental de outras disciplinas jurídicas tradicionais, que, no passado serviram (e servem) para lidar com problemas ambientais - especialmente o Direito Penal (responsabilidade penal) e o Direito Civil (responsabilidade civil), porque a responsabilização civil e criminal clássica têm como pré-requisitos fundamentais "certeza" e "previsibilidade", exatamente dois dos obstáculos que a norma ambiental, com a precaução, procura afastar.²⁴⁵

Através da utilização do princípio da precaução, com base na ideia constitucional de que há um "dever genérico e abstrato de não-degradação do meio ambiente", há uma inversão do regime de ilicitudes que passa a ser presumida.

Sobre o princípio do poluidor-pagador, observa Benjamin, que este pode ser resumido pela fórmula "sujou-pagou":

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.²⁴⁶

Aborda, também, o autor o princípio do poluidor-pagador, observando que "Por sua vez, o *princípio usuário-pagador*, partindo do princípio poluidor-pagador, estabelece que os preços devem refletir todos os custos sociais do uso e esgotamento do recurso."²⁴⁷

O princípio da reparabilidade integral do dano ambiental é explicado por Herman Benjamin com a ideia de vedação de "todas as formas e fórmulas legais ou constitucionais, de

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

²⁴⁷ *Ibidem*.

exclusão, modificação ou limitação da reparação ambiental, que deve ser sempre integral, assegurando proteção efetiva ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. ²⁴⁸

Observa ainda, sobre a responsabilidade civil no modelo clássico, que a concepção era voltada para "situações onde a equação conflitiva, tipicamente inter-subjetiva, operava no plano individual, *um-contra-um* ou Tício versus Caio.". Complementa, alertando, que "Sem uma cirurgia radical, patente, então, que o dano ambiental, supraindividual por excelência, não poderia ser bem tratado pelo Direito Privado. ²⁴⁹

Critica o "paradigma legal ancião" que domina o mundo desde o Código Civil de Napoleão, com concepções e referências homocêntricas e uma coisificação ou instrumentalização da natureza, para concluir que "a simples transposição da responsabilidade civil tradicional para a área ambiental pouco ou nada acrescenta aos instrumentos públicos (= comando-e-controle) de proteção do meio ambiente já existentes. ²⁵⁰

Alerta, outrossim, o autor para o que denomina "complexo de avestruz" quando se enfrenta o desafio de superar os obstáculos inerentes à proteção ambiental com a utilização de um sistema jurídico fortemente influenciado pela visão privatista romana, ainda:

Conseqüentemente, transposição, sim, mas com aperfeiçoamento, pois, do contrário, só de maneira marginal alcançará os objetivos pretendidos, jamais desempenhando papel relevante no conjunto mais amplo dos instrumentos de política ambiental. Que a responsabilidade civil pelo dano ambiental é matéria difícil, isso ninguém põe em dúvida. Mas não devemos, nem podemos, em resposta ao problema, ficar reféns do "complexo de avestruz". As dificuldades, mesmo no plano jurídico, existem para serem enfrentadas e superadas. ²⁵¹

Destaca Benjamin que nenhuma medida, entretanto, supera o grande desafio imposto pela natureza, qual seja, "a irreversibilidade ou irreparabilidade de certos danos ambientais. ²⁵²

5.4 Responsabilidade civil pelo dano ambiental

²⁴⁸ *Ibidem.*

²⁴⁹ *Ibidem.*

²⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²⁵¹ *Ibidem.*

²⁵² *Ibidem.*

A Constituição de 1988 assinala um ponto de grande transformação no instituto da responsabilidade civil por dano ambiental, transformação substancial e muito rápida, conforme observa Herman Benjamin ao comparar a situação em 1981, ano da promulgação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, e a situação em 1988, quando foi promulgada a Constituição brasileira.

Destaca que em poucos anos a responsabilidade civil pelo dano ambiental, de nenhuma previsão normativa, recebeu tratamento constitucional.

Quando nos debruçamos sobre a responsabilidade civil pelo dano ambiental no Brasil, chama a atenção a velocidade e profundidade das transformações sofridas pelo instituto em pouco mais de sete anos, no período que vai de 24 de julho de 1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) a 5 de outubro de 1988 (Constituição da República Federativa do Brasil). Da absoluta ausência de previsão no Código Civil, partiu-se para um sistema de tratamento legal - direto, objetivo e com implementação judicial coletiva -, esquema esse que, logo em seguida, foi elevado ao plano constitucional.²⁵³

Observa Álvaro Luiz Valery Mirra que a responsabilidade civil, em matéria ambiental, está submetida a um regime jurídico especial e autônomo:

O direito brasileiro, tanto em nível constitucional, quanto em nível infra-constitucional, adotou normas específicas a respeito da responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, submetendo a responsabilidade civil, nessa matéria, a um regime jurídico especial e autônomo, peculiar, em muitos aspectos, em relação ao regime comum do direito civil e administrativo.²⁵⁴

Conforme registram Elcio Nacur Rezende e Kiwonghi Bizawu, responsabilidade civil é a "a resposta dada pela Ciência do Direito àquele que degrada o meio ambiente."²⁵⁵

Para os citados autores, a palavra responsabilidade tem como significado "o dever de assumir as consequências de um comportamento positivo (fazer ou dar) ou negativo (deixar

²⁵³ BENJAMIN, Antonio Herman V. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. Disponível em: <<http://bit.ly/11kGS4B>> Acesso em: 21 nov. 2014.

²⁵⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 435.

²⁵⁵ REZENDE, Elcio Nacur; BIZAWU, Kiwonghi. Responsabilidade civil por danos ambientais no Brasil e em Angola: um estudo panorâmico comparado da teoria do risco criado versus a teoria do risco integral nos ordenamentos positivados do Brasil e Angola. In: PADILHA, Norma Sueli; CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; FREITAS, Vladimir de Passos. **Direito ambiental I**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 145. Disponível em: <<http://bit.ly/11nqHmX>> Acesso em: 20 nov. 2014.

de fazer o que deveria ter sido feito)."²⁵⁶ Já do ponto de vista jurídico, esclarecem que "a responsabilidade tem origem no descumprimento de uma obrigação legal ou contratual na medida em que uma pessoa arcará com o efeito de seu comportamento ilícito."²⁵⁷

Benjamin²⁵⁸ considera a responsabilidade civil, sob o viés econômico, "como uma das técnicas de incorporação das chamadas externalidades ambientais ou custos sociais ambientais decorrentes da atividade produtiva." . Afirma que a responsabilidade civil é a *ultima ratio* do processo de internalização, que visa corrigir o processo produtivo não sustentável:

Quando todos os outros mecanismos (prevenção, sanções administrativas, penais) mostraram-se insuficientes ou falharam por inteiro, pode-se dizer que a responsabilidade civil é a *ultima ratio* do processo de internalização, corrigindo o déficit ambiental, rastro do processo produtivo não-sustentável.²⁵⁹

A respeito da discussão doutrinária sobre o estado atual da responsabilidade civil pelo dano ambiental, Élcio Nacur Rezende e Kiwonghi Bizawu observam que, embora não haja dúvidas da existência de responsabilização objetiva pelo dano ambiental no Brasil, desde o advento da Lei nº 6.938/81, há ainda muita discussão doutrinária sobre a aplicabilidade da Teoria do Risco Integral e da Teoria do Risco Criado.

O Código Civil de 2002 adotou um sistema dualista de responsabilização civil: prevê a regra da responsabilidade civil baseada na culpa e também prevê a responsabilização sem culpa, com base no risco da atividade. Essa é dicção do artigo 927, § único, do Código Civil Brasileiro: "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."²⁶⁰

Esclarecem os autores a diferença entre as duas teorias:

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 146.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 147.

²⁵⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://bit.ly/1drzx5j>> Acesso em: 21 nov. 2014.

Todavia, embora pacificada a questão da dispensa da perquirição de culpa na imputação da responsabilidade, discute-se ainda, com certa veemência, se a melhor doutrina a ser admitida é a denominada Teoria do Risco Integral ou a Teoria do Risco Criado.

A diferença fulcral é que naquela não se admite as excludentes de responsabilidade (fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato exclusivo de terceiro) como argumentos capazes de afastar a responsabilidade civil, enquanto na Teoria do Risco Criado, caso um réu consiga provar qualquer das mencionadas excludentes veria a demanda de responsabilidade civil ser julgada improcedente.²⁶¹

Não há dúvida, portanto, que o sistema jurídico brasileiro admite expressamente a teoria da responsabilidade objetiva em razão do dano ambiental. Controvérsia doutrinária e jurisprudência há sobre a aplicabilidade da teoria do risco integral e da teoria do risco criado.

Deve-se anotar, entretanto, que recentemente, ao julgar o Recurso Especial 1374284/MG, relator o Ministro Luiz Felipe Salomão, a segunda seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme acórdão publicado em 05 de setembro de 2014, reiterou que a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva pela teoria do risco integral, não cabendo à empresa causadora do dano ambiental alegar excludente de responsabilidade civil.²⁶²

Destaca-se do voto o seguinte trecho:

Com efeito, em relação aos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 25, §3º, da CF) e legal (art.14, §1º, da Lei n.6938/1981), sendo, por conseguinte, descabida alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudica ao homem e ao ambiente advinda de um ação ou omissão de responsável.²⁶³

Até o momento pode-se, portanto afirmar que a posição preponderante no Superior Tribunal de Justiça é a da responsabilização objetiva pela teoria do risco integral.

5.5 Insuficiência da responsabilização civil para a proteção ambiental

A transformação no instituto da responsabilidade civil foi significativa, pois de modo expresso a Constituição Federal de 1988 contemplou a responsabilidade civil, criminal e administrativa do poluidor no seu artigo 225, § 3º, enfatizando o dever de reparar o dano,

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://bit.ly/155Ncip>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²⁶³ Disponível em: <<http://bit.ly/1FewAzR>> Acesso em: 23 nov. 2014.

não apenas nesse dispositivo, como também no §2º, do mesmo artigo, que prevê a obrigação de recuperação do meio ambiente para aquele que o degrada em razão de exploração de recursos minerais:

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.

(omissis)

§ 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.

§ 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.²⁶⁴

(grifos nossos)

Essa evolução tornou o ordenamento constitucional brasileiro, quanto à proteção ambiental, em um dos mais avançados do mundo, na expressão de Benjamin: “Assim, constitucional e legalmente o Brasil está, na responsabilização civil efetiva do poluidor, na vanguarda mundial (...)”²⁶⁵

A transformação no sistema jurídico normativo não parou no texto constitucional de 1988, pois, com o Código Civil de 2002, outras profundas alterações foram introduzidas no sistema jurídico nacional, como afirma Luciana Stocco Betiol, “(...) houve o afastamento do tradicional sistema calcado no individualismo, inspirado no Código Civil francês, aproximando-se de um sistema fundado na solidariedade e na tutela da dignidade humana”²⁶⁶

Contudo, embora a proteção ambiental tenha merecido especial previsão no texto constitucional e a legislação infraconstitucional preveja e detalhe mecanismos e instrumentos processuais para efetivá-la, na maior parte das vezes a mera indenização pelo dano material e moral ambiental, acrescida ou não do dever de reparar, não tem surtido o efeito desejado, qual seja, o de proteger o meio ambiente da ação destruidora de atividades econômicas lesivas.

²⁶⁴ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://bit.ly/ZChEh1>> Acesso em: 17 nov. 2014.

²⁶⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. Disponível em: <<http://bit.ly/11kGS4B>> Acesso em: 21 nov. 2014.

²⁶⁶ BETIAL, Luciana Stocco. **Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

Helita Barreira Custódio²⁶⁷ é incisiva ao advertir sobre tais problemas, apontando os riscos de um retrocesso nas técnicas reparatórias dos danos já causados e nas ações preventivas para os danos potenciais:

A experiência tem demonstrado, reiteradamente, que as prejudiciais consequências da poluição ao meio ambiente resultam, geralmente, em danos irremediáveis e, quando remediáveis, a recuperação, a correção, a reposição ou a restauração dos recursos ambientais (naturais e culturais) degradados somente será possível a longo prazo, mesmo assim, mediante o emprego de técnicas caríssimas, ou de mecanismos ou processos complexos de elevadíssimos custos, notadamente sócio-ambientais.

De fato, um sistema processual e judicial ainda lento, condenações tardias e em valores proporcionalmente pequenos ao proveito econômico obtido pelos poluidores e degradadores ambientais, não tiveram o condão de dissuadir condutas potencialmente lesivas ao meio ambiente.

José Adércio Leite Sampaio discorre sobre a necessidade de imprimir às discussões sobre o direito ambiental mais do que posições retóricas. Observa que é necessário mais do que discursos e teorização:

Os debates se encaminham para a valorização do tema como elemento axial da sobrevivência da Terra e na Terra, mas o direito, especialmente sua práxis, resiste em transformar os fundamentos e preocupações ambientais em substâncias jurídicas diferenciadas que exigem tratamento especial e à altura dos desafios que lançam nos horizontes de toda humanidade.²⁶⁸

No tocante à responsabilidade ambiental, Sampaio adverte sobre os riscos de se seguir técnicas clássicas, contaminadas, usando as palavras do autor, por uma leitura civilista, descuidando-se da natureza do bem jurídico a ser tutelado:

Em geral, o tema acaba sendo incorporado como mais um problema formal a ser enfrentado pelo repositório de técnicas clássicas, quando muito adaptadas. As discussões acerca da responsabilidade ambiental, por exemplo, precisariam fugir, na leitura civilista que ainda a contamina, assim como o mais potente remédio processual de efetivação dos reclames ambientais hoje existentes no Brasil, a ação civil pública, deveria sempre ser analisado sob enfoque da importância destacada do

²⁶⁷ CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. Campinas: Millenium, 2006, p. 3.

²⁶⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Responsabilidade Ambiental e Ação Civil Pública. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; ALVARENGA, Luciano José (coord.). **Direito Ambiental no STJ. Belo Horizonte**: Del Rey, 2010, p. 156.

objeto de seu pedido e de sua causa de pedir, quando em jogo estiver a questão ambiental.²⁶⁹

Em muitos casos as reparações ou as restaurações são impossíveis ou inúteis. Uma vez lesado, destruído ou poluído um ambiente ou extinto um bioma, não se consegue, ainda que disponíveis todos os recursos financeiros e tecnológicos, restaurar a situação ao estado natural, anterior à degradação.

Do ponto de vista frio das planilhas e tabelas econômicas e financeiras, explorar poluindo, degradando, destruindo e agindo ilicitamente, vale a pena.

A ambientalização do direito e a consciência social de que o meio ambiente degradado é um problema para a sociedade e para cada indivíduo obriga o Estado, o operador e o aplicador do direito, a coletividade consciente, as instituições de ensino superior, entre outros atores ambientais, a inovarem na busca por instrumentos tecnológicos, sociais e jurídicos que possam evitar o dano e a degradação ambiental, e não apenas tentar repará-lo ou restaurá-lo.

Embora o Brasil conte com uma legislação avançada em matéria ambiental, com previsão e regramento constitucional e infraconstitucional em áreas que se estendem do direito administrativo ao direito penal e processual penal, do direito civil ao processual civil, perpassando ainda o direito empresarial e o direito tributário, tais previsões legislativas têm se mostrado inócuas para conter o avanço da exploração com degradação e o do desenvolvimento sem sustentabilidade, por conduta culposa ou dolosa.

Evidente que o sistema jurídico de repressão ao dano ambiental, do modo como concebido até o momento, não funciona. Ou se aplicam no Brasil, institutos jurídicos de comprovada eficácia na prevenção e dissuasão de danos ambientais, ou ainda se vai assistir por muitas décadas a degradação ambiental, sem qualquer resposta jurídica eficiente.

Necessário repensar a sistematização jurídica da responsabilização pelo dano ambiental e nesse sentido a aplicação no Brasil de institutos jurídicos utilizados em outros países, como o da indenização punitiva (*punitive damages*), adotado especialmente nos sistemas da *common law*, seria um forte elemento dissuasório para as condutas lesivas ao meio ambiente.

²⁶⁹ *Ibidem*.

A indenização punitiva não é nenhuma novidade no sistema jurídico mundial. É conhecida e adotada há muitos séculos, embora tenha ganhado notoriedade recente pelas altas somas de algumas condenações, sobretudo nos Estados Unidos e na Inglaterra. Tais condenações, de ordinárias, passaram a representar uma grande discussão entre os juristas e nos tribunais tendo em vista os valores milionários envolvidos, conforme anota Thomas H. Dupree, Jr ²⁷⁰:

Embora ainda com resistência de parte da doutrina e da jurisprudência, amparados nas teses do enriquecimento ilícito ou o do enriquecimento sem causa, a aplicação de indenizações punitivas ao lado das indenizações reparatórias e compensatórias, cresce em discussão no Brasil, merecendo ainda que com o fundamento de indenização pelo dano moral coletivo, aplicação nos juízos de primeiro grau e em alguns tribunais.²⁷¹

A propósito, é digno de nota e reflexão a recente publicação no site do Superior Tribunal de Justiça de matéria especial sobre a indenização, na qual se publicou uma tabela base para a fixação do valor da indenização pelo dano moral.

Vale observar que, segundo reportagem do jornal virtual Consultor Jurídico, o Ministro Sidnei Beneti, do Superior Tribunal de Justiça, ao comentar o subjetivismo na fixação do valor da indenização pelo dano moral, ponderou que o valor a ser fixado deve ser um estímulo efetivo para a não reiteração da conduta:

Quanto ao ofensor, considera-se a gravidade de sua conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos no agir, suas forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que a punição tenha efeito pedagógico e seja um desestímulo efetivo para não se repetir ofensa.²⁷²

É certo que a matéria mencionada tratava do dano moral em geral e não particularizava o dano ambiental, com os seus reflexos patrimoniais ou morais. Contudo, é importante frisar com esse exemplo que gradativamente vai se assentando no Brasil a ideia e o

²⁷⁰ DUPREE, JR, Thomas H. **Punitive Damages and the Constitution**. 70 La. L. Rev. 421 2009-2010.

²⁷¹ O dano moral coletivo é aceito pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. São precedentes os seguintes processos: REsp 1291213-SC, REsp 1221756-RJ, REsp 1293074-SP, REsp 1269494-MG, REsp 1367923-RJ, REsp 1197654-MG, REsp 1057274-RS. No Supremo Tribunal Federal, veja o ARE 713211 AgR / MG, de 11/06/2013.

²⁷² Disponível em: <<http://bit.ly/1rTDqFW>> Acesso em: 19 nov. 2014.

pensamento de que é necessário adotar nas fixações das indenizações por dano moral um valor que contenha pela sua expressão monetária, um fator pedagógico e dissuasório.

Tal construção, se ultrapassado o argumento de que essa medida representaria um enriquecimento sem causa, aproximaria o instituto da reparação civil no Brasil da ideia da indenização punitiva, como aplicada nos Estados Unidos e Inglaterra, além de outros Estados que integram a família jurídica da *common law*.

Ao lado do necessário desenvolvimento da cidadania participativa, da educação ambiental, da produção e difusão de conhecimento ambiental, medidas conscientizadoras e preventivas, as medidas jurídicas repressoras representam o obstáculo mais eficaz para prevenir a degradação ambiental.

Enquanto as primeiras medidas não se desenvolvem a ponto de surtirem o efeito pretendido e constitucionalmente previsto de proteção ao meio ambiente, é imperativo avançar no desenvolvimento, compreensão e aplicação rápida e efetiva das ações jurídicas repressoras, sob pena de não se acautelar os bens jurídicos ambientais até que o desenvolvimento da cidadania participativa possa evitar a degradação.

As punições aplicadas em razão da legislação penal, por infração a tipos penais ambientais, não são eficazes, seja em razão da conhecida morosidade do processo penal, seja porque a condenação de pessoas naturais não impedem as pessoas jurídicas de continuarem a degradar, quando isso é economicamente vantajoso.

5.6 A responsabilidade penal da pessoa jurídica conforme o STF

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 548181/ PR²⁷³, publicado em 30 de outubro de 2014, relatora a Ministra Rosa Weber, reconhecendo a constitucionalidade da condenação penal de pessoas jurídicas por crime ambiental, independentemente da persecução penal de pessoa física, encerra uma discussão doutrinária e jurisprudencial que se arrasta por anos, qual seja, a possibilidade de autônoma condenação penal da pessoa jurídica causadora do dano ambiental:

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 548181/ PR**. Disponível em: <<http://bit.ly/1ucqREm>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.²⁷⁴

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal é mais uma constatação de que o sistema de garantias ambientais previstos na Constituição Federal de 1988 tem aplicabilidade plena e deve ser interpretada sempre a favor da proteção ambiental.

De fato, na ementa é anotado que não se deve condicionar a aplicação do art. 225, §3º a uma concreta imputação a pessoa física, o que caracterizaria uma restrição da norma constitucional, que visa reforçar a tutela do bem ambiental:

Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.²⁷⁵

A posição do Supremo Tribunal Federal poderá ser um marco no combate à poluição ambiental, caso as punições, então previstas na legislação, em especial a multa, sejam aplicadas com rapidez e em somas elevadas, que provoquem em todos o sentimento e a percepção de que poluir e degradar não compensa economicamente.

O ilícito penal ambiental é de mais difícil comprovação e pretender que haja a identificação de uma pessoa ou um grupo de pessoas responsáveis pelo crime, quando ele é perpetrado por pessoa jurídica, significaria esvaziar quase completamente a previsão constitucional: “As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.”²⁷⁶

É necessário, para fins de persecução penal individual, determinar o grau de participação de cada indivíduo ou de um grupo de indivíduos, de modo a se mensurar e punir cada conforme a sua participação.

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 548181/ PR**. Disponível em: <<http://bit.ly/1ucqREm>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

²⁷⁶ *Ibidem.*

A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva.²⁷⁷

No entanto, a individualização das condutas não se confunde e não é requisito da responsabilização da pessoa jurídica. Além do mais, nem sempre será possível identificar precisamente as infrações individuais:

Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.²⁷⁸

A possibilidade de punição penal de pessoas jurídicas não afasta, entretanto, a necessidade de punição cível, pois as instâncias cíveis e penais são, regra geral, autônomas e independentes e, em muitos casos de degradação e poluição, não se comprovará o ilícito penal.

Ademais, em se tratando de matéria penal, o sistema jurídico brasileiro privilegia uma série de princípios, como o da presunção de inocência até o último recurso, que retardam em décadas a condenação penal.

A existência de muitos recursos e o abuso do direito de recorrer não existe apenas no processo penal. No processo civil é possível no curso de um único processo mais de trinta recursos como documentado e noticiado pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria especial sobre o abuso de recorrer. Nessa publicação é citado um processo no qual houve 34 recursos:

“Em outro caso, também relatado pelo ministro Beneti, uma parte apresentou 34 recursos, além de exceções de impedimento e suspeição contra nove ministros, todos rejeitados.”²⁷⁹

Nesse sentido, como mais uma prova dessa morosidade, vale observar que a retro mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal é do corrente ano e apenas concluiu pela

²⁷⁷ *Ibidem.*

²⁷⁸ *Ibidem.*

²⁷⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://bit.ly/1AqenRR>> Acesso em: 21 nov. 2014.

constitucionalidade do processo e da punição penal da pessoa jurídica em razão de fatos ocorridos no ano de 2000.

Pelo decurso do prazo, pode-se esperar que eventual condenação penal, caso ocorra, transitará em julgado em mais algumas décadas, quando qualquer pretensão punitiva estará prescrita.

5.7 O paradigma ambiental e a mutação da responsabilidade civil

Se há uma previsão constitucional de direito fundamental, de dever de proteção, deve haver, em paralelo, órgãos administrativos e jurisdicionais capazes de fazer valer o mandamento constitucional de proteção e preservação do meio ambiente, bem como institutos que viabilizem essa proteção e que sejam aplicadas quando necessário reparar e punir ações realizadas em desconformidade com a previsão constitucional.

A proteção ambiental prevista na Constituição Federal de 1988 alterou o perfil da responsabilidade civil, que deixa de tutelar os interesses privados e passa a tutelar direitos também difusos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse contexto vale observar a lição de José Alfredo Baracho Júnior:²⁸⁰

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente surge em um quadro totalmente distinto daquele que possibilitou os primeiros desenvolvimentos do instituto da responsabilidade civil. Não tem em vista somente a proteção da autonomia privada, ao menos na forma como tal esfera era compreendida por aqueles que viabilizaram o surgimento e desenvolvimento do instituto, apesar de suas claras implicações com a tutela de direitos individuais, como o direito à vida, à propriedade e à liberdade. Entretanto, não se esgota no âmbito dos interesses de particulares colocados em oposição. A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente está calcada em um princípio de co-responsabilidade expresso no art. 225 da Constituição brasileira: “impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações”.

A constitucionalização do direito ambiental e a ambientalização do direito brasileiro, impõe ao cientista, intérprete e aplicador do direito uma abordagem que leve em conta a natureza multidisciplinar e transdisciplinar do direito ambiental, exigindo do

²⁸⁰ BARACHO Júnior, José Alfredo de Oliveira, **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 294.

Judiciário, nas palavras de Hupffer e Naime, “o rompimento com a departamentalização dos campos da racionalidade dominante”²⁸¹.

Em relação à responsabilização pelo dano ambiental, a necessidade de uma visão que se coadune com paradigma do Estado Socioambiental é ainda maior, tendo em vista a tradição e as lições seculares de alguns dos institutos jurídicos de direito privado que agora devem ser reformatados e aplicados sob a perspectiva de um sistema jurídico constitucional ambiental. Lucas Abreu Barroso explicita essa preocupação:

Por isso devemos atribuir novos contornos à teoria da responsabilidade civil em matéria ambiental, com matizes próprios, em razão de sua especificidade, dando como efetivos os ditames constitucionais e legais visando à preservação e conservação do meio ambiente nestes tempos em que os danos ambientais se tornaram inerentes, e se multiplicam vertiginosamente, em razão do modus operandi do sistema econômico e do modus vivendi da sociedade. Com efeito, buscamos fazer uma releitura do fundamento da obrigação de indenizar nos meandros de uma teoria da responsabilidade civil em matéria ambiental assente nos modelos econômico, social e jurídico vigentes, ou seja, a pós-modernidade e o Estado Democrático de Direito.²⁸²

Além da longa jornada para a seu reconhecimento e autonomia, o Direito Ambiental, ramo relativamente novo no cenário jurídico, se comparado com outros ramos do direito público e do direito privado, como o multimilenar direito civil e o secular direito administrativo, enfrenta na sua interpretação e aplicação as dificuldades próprias dos novos ramos do direito: a busca e afirmação pela sua própria identidade, pelos seus próprios princípios e institutos.

Os princípios e institutos do direito privado, em especial os do direito civil, ou são insuficientes para explicar a dinâmica e a relação jurídico-ambiental ou conduzem, quando aplicados sem se levar em consideração o paradigma da ambientalização do direito, a soluções indesejáveis, retrocesso em relação ao determinado na carta constitucional de 1988.

Essa situação é anotada por Marga Inge Barth Tessler, ao sustentar que a responsabilidade ambiental é fruto da mutação da responsabilidade civil:

²⁸¹ HUPFFER, Haide Maria; NAIMER, Roberto, **Veredas do Direito**, v. 9, n. 17, janeiro/junho de 2012, Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, p.215.

²⁸² BARROSO, Lucas Abreu, **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 117.

Sustenta-se então que a Responsabilidade Ambiental, com a crescente valorização da responsabilidade civil na proteção do meio ambiente não se dá pela transposição integral e automática das teorias civilistas e convencionais. Observe-se que o risco ambiental não se confunde com o dano. O dano é a efetiva consumação do risco. Há, contudo, tendência em considerar o risco no conceito geral de dano ambiental tal se faz, pois a certeza civilística cede lugar à verossimilhança e a previsibilidade de acontecimentos. Instaura-se um novo modelo de responsabilidade que se traduz pelo cuidado com a natureza, patrimônio comum da humanidade.

Cuida-se de um modelo jurídico em mutação que deve ser cuidadosamente elaborado e reelaborado, pois as teorias civilistas têm, na lição de Ramon Martin Mateo, escassas possibilidades preventivas, o que demanda o trabalho reconstrutivo na certeza de que a responsabilidade civil ambiental é um importante mecanismo de internalização dos custos ambientais pelos danificadores do meio ambiente, abarcando então características de prevenção no sentido de evitar danos ambientais, e tal consiste em sua maior dimensão paradigmática.²⁸³

Esse novo paradigma ambiental, advindo da denominada “Constituição Verde” e legitimado pela consciência brasileira ambiental (que longe de arrefecer, continua a evoluir desde o marco histórico da Constituição Federal de 1988, influenciando decisivamente os movimentos sociais, as práticas industriais, o discurso político, a atividade legislativa, para lembrar de algumas poucas áreas) dá ao instituto da responsabilidade civil um colorido publicístico ambientalista que deve ser observado forçosamente para que se cumpra o mandamento e o princípio constitucional de proteção e preservação do meio ambiente, dever do Estado e de toda a sociedade.

É nessa perspectiva, a de um direito ambientalizado e da insuficiência de instrumentos jurídicos para a prevenção do dano ambiental, que se deve discutir a adoção de instrumentos jurídicos já utilizados e testados em outros Estados, adotando o que comprovadamente tem sido exitoso e repelindo as práticas e normas que não obtiveram o resultado esperado ou que, pelo uso constante, foram desvirtuadas.

Dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, cujos sistemas de jurisdição se organizam, seguem e aplicam o direito comum, ou o *common law*, pode-se observar o *punitive damages* instituto que permite acrescentar à responsabilização civil, características punitivas e dissuasórias.

²⁸³ TESSLER, Marga Inger Barth, **Teoria Geral da Responsabilidade Ambiental**. Disponível em: <<http://bit.ly/11ISY8i>> Acesso em: 21 nov 2014.

Essa possibilidade de se agregar a função punitiva e dissuasória à responsabilização civil pelo dano ambiental emerge, nesse contexto, como uma necessidade, face ao aumento da degradação ambiental provocada pelo crescimento da atividade econômica, em especial a atividade extrativista, mineradora ou petrolífera, que pelas suas próprias características são mais propensas a causar grandes danos ambientais, de difícil ou impossível reparação.

5.8 Responsabilidade civil do Estado

Se a responsabilidade pelo dano ambiental é do Estado, a questão, além dos dispositivos já citados, também é prevista no artigo 37, §6º do texto constitucional: “§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello que o Poder Público, como qualquer outro sujeito de direito, pode causar prejuízos jurídicos a alguém, surgindo, por esse fato, a "obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva."²⁸⁴

A responsabilidade civil do Estado diz respeito à obrigação a este imposta de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões.²⁸⁵

A regra geral no Estado brasileiro é o da responsabilização civil da Administração Pública, como informa Dirley da Cunha Júnior: "O Direito brasileiro sempre concebeu um Estado responsável."²⁸⁶. No entanto, a responsabilidade objetiva restou estabelecida entre nós apenas após a Constituição de 1946, estando atualmente prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988.²⁸⁷

A responsabilidade civil pelo dano nuclear, por sua vez, é previsto no artigo 21, alínea “d”: “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”.

²⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 1009.

²⁸⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 433.

²⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2013, p.372.

²⁸⁷ *Ibidem*.

O dano nuclear, conforme Helita Barreira Custódio²⁸⁸, constitui um dos maiores perigos que ameaçam a humanidade e o conjunto da biosfera. Além da previsão na Constituição, o dano nuclear está previsto, entre outras leis, arts. 1.º, VII, 4.º, dentre outras, da Lei 6.453, de 17.10.77.

Péricles Asbahr observa que, em matéria nuclear, o constituinte estabeleceu um sistema de responsabilidade objetiva, qualquer que seja a atividade, tendo a União responsabilidade solidária por qualquer dano:

A União é responsável por todas as atividades exercidas através do regime de monopólio. Nas atividades desenvolvidas por particulares, pelos Estados ou pelos Municípios, sob regime de concessão ou permissão (art. 21, XXIII, b, da CF/88), a União tem responsabilidade civil independente de culpa solidária com quem exercer diretamente a atividade.²⁸⁹

No caso de dano nuclear, previu o constituinte de 1988 um sistema de responsabilidade objetiva integral, conforme a teoria do risco integral, que não admite excludentes: "o que significa que a Constituição adotou a responsabilidade objetiva por dano ambiental nuclear em seu texto e de forma ilimitada."²⁹⁰

A responsabilidade objetiva do Estado tem como fundamento a teoria do risco administrativo, conforme a ideia de que toda atividade administrativa gera um risco potencial para os administrados, sendo necessário repartir igualmente os benefícios e os eventuais encargos causados por essa atividade.²⁹¹

Edmir Netto de Araújo vincula a teoria do risco à teoria da responsabilidade objetiva, identificando como suporte para essa o risco e a solidariedade social:

Este é o princípio que informa e fundamenta a teoria do *risco*, também chamada teoria da *responsabilidade objetiva*: a absoluta igualdade dos administrados diante dos ônus e encargos públicos, que devem ser equitativamente repartidos entre todos os membros da coletividade que institui o Estado para administrá-la.

²⁸⁸ CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Avaliação de custos ambientais em ações jurídicas de lesão ao meio ambiente. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 481.

²⁸⁹ ASBAHR, Péricles. Da responsabilidade civil por dano ambiental nuclear. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 619.

²⁹⁰ ASBAHR, Péricles. Da responsabilidade civil por dano ambiental nuclear. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 619.

²⁹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2013, p.371.

A possibilidade ou risco de danos, que a atividade governamental gera ao administrado, cria para este uma situação de desigualdade se esta atividade for danosa e efetivamente atingir o seu patrimônio ou direito. Assim, os suportes da teoria objetiva são: risco e solidariedade social, conduzindo a solução do problema da responsabilidade do Poder Público em termos de justiça distributiva.²⁹²

A responsabilidade do Estado pelos danos causados pela sua atuação é do tipo objetiva, isto é, não se perquire sobre a culpa ou o dolo. Para a sua caracterização basta que estejam demonstrados que o dano foi causado pela atuação do Estado. Presentes e comprovados a existência da ação, do dano e do nexo de causalidade ou liame causal, surge para o Estado a obrigação de indenizar o dano.

Na síntese de Édis Milaré: “No regime da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco da atividade, para que se possa pleitear a reparação do dano, basta a demonstração do evento danoso e do nexo de causalidade com a fonte poluidora.”²⁹³

Complementa Milaré, explicando que na responsabilidade objetiva, a culpa, um dos elementos da responsabilização civil, é substituída pela "assunção do risco em provocar o dano."²⁹⁴

5.9 Responsabilidade subjetiva do Estado

Contudo, há também situações em que a responsabilidade do Estado é subjetiva, conforme a doutrina e a jurisprudência. Tais situações são caracterizadas quando há uma omissão do Poder Público em prestar o serviço que deveria prestar, ou atrasar a sua prestação ou prestá-los de forma inadequada.

Sobre a responsabilidade subjetiva do Estado, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que é a “a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isso.”²⁹⁵

²⁹² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 832.

²⁹³ MILARÉ, Édis, **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1253.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 1019.

Informa o administrativista que em razão dos princípios publicistas não se faz necessário, nesses casos, identificar uma culpa individual:

Em face dos princípios publicísticos não é necessário a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou “falta de serviço” quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva²⁹⁶.

Enfatiza, ainda, o erro comum de se confundir a responsabilidade pela falha do serviço ou culpa do serviço com a responsabilização objetiva:

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo) como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.²⁹⁷

José dos Santos Carvalho Filho explica que a responsabilidade civil do Estado, no caso de omissão, apenas será caracterizada quando estiverem presentes os elementos característicos da culpa que, no caso, se origina “do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação dos danos”.²⁹⁸

Prossegue esclarecendo que “o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente a responsabilidade objetiva; daí não se nos afigurar inteiramente correto afirmar que, nas condutas comissivas, incidiria a responsabilidade subjetiva.”²⁹⁹

O professor Dirley da Cunha Júnior, da mesma forma, explica a responsabilização subjetiva do Estado pela omissão no cumprimento de um dever jurídico, pela inércia em prestar um serviço ou em evitar um dano.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 1020.

²⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 561.

²⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 561.

Evidentemente que, se o Estado não causou o dano, e não pode, a princípio, ser responsabilizado, de modo que sua responsabilidade só existirá se ele tinha o dever jurídico de agir para impedir o evento danoso e ficou-se inerte. Por outras palavras, embora o Estado não seja o causador do dano, ele tinha o dever jurídico de evitá-lo e não evitou, por culpa do serviço. Já se vê que ele responde pelos danos que não evitou tão somente subjetivamente.³⁰⁰

Esclarece, o professor Dirley da Cunha Júnior a necessidade, nesses casos, de se demonstrar para fins de caracterização da responsabilidade do Estado, a existência de uma culpa do serviço, também denominada de culpa anônima, já que não é necessário individualizar o agente ou os agentes responsáveis.

É o suficiente, explica, demonstrar que o sistema jurídico impunha ao Estado o dever de agir, ou de agir de forma diferente, e que esta omissão ou ação intempestiva ou errada, causou o dano: “A omissão do Estado gera uma responsabilidade subjetiva por culpa anônima, caracterizada pela *faute du service*. Deve-se, portanto, demonstrar a culpa administrativa ou do serviço (mas não é a culpa ou o dolo individual do agente)”³⁰¹

5.10 Responsabilidade subjetiva do Estado e o dano ambiental

A discussão sobre a responsabilidade subjetiva do Estado, no caso de omissão ou pela chamada falta do serviço ou culpa do serviço, é importante em face do dano ambiental provocado por terceiros em razão de atividades que deveriam ter sido fiscalizadas pelo Poder Público.

Nesse ponto é relevante observar, como já mencionado, que a jurisprudência brasileira caminha para a adoção da teoria do risco integral no tocante à responsabilização pelo dano ambiental, ou seja, o degradador ou o poluidor será o responsável pelos danos causados ao meio ambiente, ainda que esteja exercendo atividade lícita e devidamente consentida pela Administração Pública, não importando se esse consentimento é precário e discricionário ou permanente e vinculado.

Haverá responsabilização ainda que o dano não tenha sido causado diretamente pela atividade do poluidor.

³⁰⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2013, p. 377.

³⁰¹ *Ibidem*.

Merece menção e estudo a decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida Recurso Especial nº 1.071.741³⁰², julgado em 24/03/2009 e publicado no DJe em 16/12/2010, relator o Ministro Herman Benjamin.

É uma decisão paradigmática, pois nesse acórdão o Superior Tribunal de Justiça dá ao instituto da responsabilidade civil um colorido publicístico ambientalista, cumprindo assim o mandamento e o princípio constitucional de proteção e preservação do meio ambiente, dever do Estado e de toda a sociedade.

Segundo julgado, não apenas a Administração Pública, mas qualquer degradador, seja público ou privado, tem responsabilidade civil objetiva, solidária e ilimitada.

O parágrafo quarto da ementa respectiva traz essa lição:

Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do favor *debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ.

Foi igualmente adotada no julgamento a tese de que a Administração Pública é responsável solidária e subsidiária pelo dano ambiental e que essa responsabilidade é de natureza objetiva nos casos de omissão que causem dano ambiental, pela especial proteção constitucional ao meio ambiente e pela expressa previsão legal no microsistema especial ambiental. Essas ideias podem ser observadas nos parágrafos cinco e seis da ementa, abaixo transcritos:

Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

6. O dever-poder de controle e fiscalização ambiental (=dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I

³⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.071.741. Disponível em: <<http://bit.ly/1pyG3tT>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

e V, e 6º) e da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente).³⁰³

O voto e a ementa no Recurso Especial nº 1.071.741 tratam de vários temas relevantes e atuais do direito ambiental, entre eles, a responsabilidade da Administração Pública pela omissão em fiscalizar e coibir o dano ambiental; a inexistência de discricionariedade em se tratando de bem previsto e tutelado de modo especial pela Constituição da República; os aspectos processuais da Ação Civil Pública quanto aos legitimados passivos e a opção que tem o autor da ação de escolher a inclusão ou não de entidade pública.

O mencionado acórdão é paradigmático ao menos por dois aspectos: por estabelecer a responsabilização objetiva da Administração Pública no caso de omissão administrativa em matéria ambiental e por adotar a tese de que essa responsabilidade é solidária e subsidiária.

A adoção da tese de responsabilidade objetiva, solidária e subsidiária, pela omissão administrativa que tenha de algum modo contribuído para a produção do dano ambiental – como a omissão em fiscalizar de modo eficaz – representa um importante avanço para a proteção ambiental: além de reafirmar a responsabilidade objetiva pelo ato omissivo, em especial pela omissão em matéria ambiental, consigna uma responsabilidade estatal ampla, pois o Poder Público será responsável solidário e subsidiário, o que garante a reparação ambiental. Tal entendimento se baseia na especial proteção que o meio ambiente recebeu da Constituição Federal de 1988, ou em outras palavras, esse entendimento se coaduna com o Estado Socioambiental e com a ambientalização do sistema jurídico brasileiro.

Desse modo, pode-se constatar que, em relação à Administração Pública, no caso de ação ou omissão que tenha de algum modo contribuído para o dano ambiental, caminha a jurisprudência para o reconhecimento da sua responsabilização objetiva, não se curvando ou admitindo o argumento simplista de que responsabilizar a Administração Pública seria punir duas vezes a sociedade, a primeira vez pelo dano causado ao meio ambiente e a segunda pela obrigação imposta de indenizar ou reparar.

³⁰³ Disponível em: <<http://bit.ly/1patpap>> Acesso em: 23 nov. 2014.

O argumento é simplista e superficial por duas razões básicas: primeiro por levar em consideração apenas o fator econômico no dever de reparar ou indenizar, em detrimento do aspecto jurídico e da natureza de direito constitucional fundamental do meio ambiente; em segundo lugar, o argumento é falho ao ignorar o caráter transgeracional do direito ao meio ambiente e, por consequência, do dever de restaurar e preservar para as presentes gerações e para as futuras. A lição pode ser extraída do *caput* do artigo 225, da Constituição Federal de 1988.

O Poder Público, em última análise, é o responsável pela preservação do meio ambiente. Se a coletividade ou o degradador não preservam ou não conseguem restaurar o meio ambiente, a incumbência será do Poder Público – responsabilidade solidária.

Interpretar em sentido contrário implicaria em rebaixar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: de direito fundamental, seria considerado uma política pública a ser alcançada e implementada pelo Estado; de norma constitucional fundamental, a norma programática.

A natureza do argumento contrário não consegue esconder o seu viés individualista e patrimonial. É mais um resquício de uma visão do direito que não considera o paradigma do Estado Sócioambiental e se agarra a antigas estruturas jurídicas, que remontam ao direito romano, ainda que travestidas de uma roupagem moderna.

Ao utilizar essa linha argumentativa, o que se pretende é evitar que o indivíduo seja de alguma forma, ainda que pela via oblíqua e através dos tributos, obrigado a reparar danos ambientais que, causados na sua época, atingirão outras gerações.

Sob o pretexto de se evitar um encargo para o indivíduo, agora tratado como grupamento social, defende-se a inexistência de um direito fundamental para as próximas gerações e nega-se a obrigação que a sociedade e o Estado têm de preservar e reparar o meio ambiente.

Refutada a alegação, através de uma leitura sistemática e lógica do texto constitucional, pode-se afirmar que a responsabilidade civil do Estado, por omissão que tenha contribuído para o dano ambiental, não admite excludente. Não admite excludente em razão da proteção constitucional que tem o meio ambiente por causa do compromisso intergeracional.

Admitir a exclusão de responsabilidade por caso fortuito ou força maior, implicaria em não se condenar ninguém, particular ou poder público, a indenizar, restaurar ou reparar. Se não se admite excludente, a teoria adotada para a responsabilização ambiental é a do risco integral.

Em outras palavras, não obstante a doutrina e jurisprudência admitam a responsabilidade objetiva do Estado em casos de omissão administrativa, na modalidade do risco administrativo nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, nos casos de danos ambientais, a responsabilidade será sempre objetiva na modalidade do risco integral.

O Estado é responsável, isto é, tem também o dever de reparar, de restaurar ou de indenizar, caso o poluidor não o faça. Essa responsabilidade é subsidiária e decorre do inequívoco e indisponível dever de controle e fiscalização urbanístico-ambiental do Poder Público, pois em razão do mandamento constitucional o Estado brasileiro é o guardião-garantidor do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No Direito brasileiro existe um inequívoco *dever-poder de controle e fiscalização ambiental*, de natureza vinculada, indisponível, irrenunciável e imprescritível.

5.11 Risco ambiental e responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil evoluiu para acomodar as necessidades da sociedade moderna. Do direito romano, passando pelo direito medieval, com a influência do direito canônico e chegando até aos tempos atuais, o instituto tem se adaptado de modo a propiciar uma resposta jurídica às lesões causadas aos indivíduos, à coletividade e à sociedade.

De qualquer forma, a transformação e evolução da responsabilização civil, já referida neste texto, advindas com a Constituição de 1988 e com o Código Civil de 2002, entre outros institutos legais, não são suficientes para enfrentar e tutelar, ainda que pela via repressiva, a degradação e a poluição ambiental moderna, que tem potencial para alcançar vastos territórios, quiçá todo o planeta, e atingir a atual e as futuras gerações.

Nessa linha de raciocínio, faz-se necessário compreender que a sociedade de risco, expressão cunhada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck,³⁰⁴ aqui utilizada para identificar a produção de riscos globais e invisíveis, demanda uma nova formatação para a responsabilidade civil, que possa considerar o risco do dano ambiental e não apenas o próprio dano, quando constatado.

Essa é a ideia de Délton Winter de Carvalho³⁰⁵, que defende a necessidade de se elaborar uma Teoria do Risco que considere os vínculos com o futuro, de modo a possibilitar a tutela ambiental das futuras gerações. Enfatiza que o aspecto preventivo do Direito Ambiental é potencializado caso se passe a considerar o dano ambiental futuro.

5.12 Responsabilidade civil pelo dano futuro

Annelise Monteiro Steigleder observa que o conceito de dano ambiental será mais ou menos amplo conforme os interesses preferencialmente tutelados em uma determinada sociedade. A expressão “dano ambiental”, esclarece, tem um conteúdo ambivalente, pois, “conforme o ordenamento jurídico em que se insere, a norma é utilizada para designar tanto as alterações nocivas como efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses”³⁰⁶

O dano ambiental futuro representa uma discussão entre o Direito e os demais ramos da ciência, pois para a sua caracterização, ainda que potencial, faz-se necessário a utilização de técnicas e de conhecimentos estranhos ao ambiente jurídico, como informa Annelise Monteiro Steigleder, chamando atenção para a “necessidade de se redefinir o tempo do dano”.³⁰⁷ de modo a se valorizar os eventos futuros que poderão ser produzidos em razão de uma contaminação ambiental.

³⁰⁴ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998.

³⁰⁵ CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁰⁶ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 99.

³⁰⁷ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 121.

O dano ambiental futuro está associado à ideia de uma sociedade de risco, na expressão de Beck³⁰⁸, na qual há uma evidente percepção e, por consequência, uma preocupação com os riscos que a atividade industrial contemporânea gera, tendo em vista todo o seu potencial de degradação, poluição e contaminação ambiental.

Délton Winter de Carvalho³⁰⁹ traça uma comparação entre essa sociedade contemporânea e as funções da responsabilidade civil, observando que as mutações ocorridas na sociedade, num primeiro momento, formataram o instituto conforme as tradições do direito romano, influenciado pelo direito canônico. Posteriormente, informa, após as revoluções burguesas, com o resgate dos institutos romanos na sua versão codificada, principalmente através do estudo do *Corpus Juris Civilis*, a responsabilidade civil, respondendo também às ideias do liberalismo econômico, se desenvolveu baseada na ideia da culpa – responsabilidade civil subjetiva.³¹⁰

A modernidade simples, na expressão de Nelson Rosenvald³¹¹, se afirma no século XVIII e a responsabilidade civil fornece uma resposta para a sociedade e as atividades da época. Alteração jurídica surge apenas no século XIX, tendo em vista os riscos concretos da sociedade industrial.

Carvalho³¹² afirma que no século XIX, com o surgimento da Sociedade Industrial e a massificação das relações sociais, com a exposição das pessoas aos riscos e perigos que surgiram em razão do industrialismo e a consequente proliferação dos acidentes de trabalho, o instituto da responsabilidade civil evoluiu para abarcar, também, a modalidade objetiva, pois a comprovação da culpa inviabilizava a sua aplicação uma vez que os acidentes e lesões ocorriam em razão da própria atividade social e econômica, não sendo possível, muitas vezes, identificar um responsável pela lesão.

Conforme explica Carvalho, a responsabilidade civil objetiva, com base na teoria do risco, é uma resposta do “Direito às mutações havidas na sociedade em decorrência de

³⁰⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.

³⁰⁹ CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³¹⁰ CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³¹¹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9.

³¹² *Ibidem*.

processos de industrialização e desenvolvimento tecnológico“. Acrescenta que o entendimento unânime da doutrina é que a “principal razão para o surgimento da responsabilidade civil objetiva foi a Revolução Industrial”.³¹³

Abordando a teoria do risco e a sua relação com a responsabilidade civil, esclarece o autor:

A Teoria do Risco, utilizada pelo Direito como critério para a incidência da responsabilidade civil sem culpa, é dogmaticamente construída e sedimentada segundo a compreensão de que a atribuição da responsabilidade civil independe da prova de culpa do agente. Portanto, quando o agente causador do dano exercer atividade prevista em lei ou que tenha em sua natureza a produção de riscos, quando houver a configuração da relação de causa e efeito entre a atividade arriscada e o dano, a responsabilidade civil é aplicada objetivamente (sem a avaliação dos elementos subjetivos ou interiores ao sujeito, tais como a negligência, a imprudência, a imperícia ou o dolo).³¹⁴

Annelise Monteiro Steigleder³¹⁵ leciona que a existência de riscos invisíveis – caracterizados pela imprevisibilidade - e a preocupação do futuro impõe uma ruptura com o pressuposto da contemporaneidade do dano para fins de responsabilização civil, especialmente em relação ao dano ambiental que afeta muitas vezes todo um ecossistema ou grandes áreas.

Para Carvalho, a teoria do risco pode ser sintetizada no fato de que “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.”³¹⁶ Alerta, contudo, que a mutação da sociedade, de industrial para uma sociedade de risco, exige do instituto da responsabilidade civil mais uma evolução, compatível com o Estado Socioambiental e um sistema jurídico ambientalizado:

A passagem desta Teoria do Risco (concreto) para uma Teoria do Risco abstrato (proveniente das teorias sociais de autores tais como Niklas Luhmann, Raffaele De Giorgi e Ulrich Beck) decorre da própria mutação da sociedade, ou seja, da transição de uma Sociedade Industrial para uma Sociedade de Risco, na qual as indústrias química e atômica demarcam uma produção de riscos globais, invisíveis e de consequências ambientais imprevisíveis.³¹⁷

³¹³ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 121.

³¹⁶ *Ibidem*.

Nelson Rosenvald faz advertência semelhante, ao clamar por uma teoria da responsabilidade civil que atenda às novas exigências sociais e econômicas:

Definitivamente, o direito civil clássico – tributo ao código napoleônico – não pode servir de modelo para aquilo que se pretenda da responsabilidade civil nos próximos tempos. Em uma sociedade plural e democrática, premida por questionamentos éticos que vão da biotecnologia à natureza, culminando na própria preservação da espécie humana, seria risível recorrer ao oráculo do legislador e ao direito privado dos contratos interindividuais e da propriedade privada, alicerçado no conceito de sujeito de direito como pessoa capaz de assumir direitos e obrigações, tal e qual ainda se lê no artigo 1º do Código Civil de 2002.³¹⁸

Registra, Carvalho, que a sociedade de risco representa a passagem da modernidade simples para uma “modernidade reflexiva”, na qual a atividade capitalista tem como consequência o “surgimento de riscos globais, imprevisíveis, incalculáveis, invisíveis, transtemporais, tais como é o caso paradigmático de Chernobyl.”³¹⁹

O problema posto é o de preventivamente impedir os danos ambientais e ainda os danos futuros, responsabilizando o poluidor pelos danos concretos e responsabilizando-o para que não produza danos futuros.

Nesse sentido, afirma Annelise Monteiro Steigleder:

Se, por um lado há consenso no sentido de que medidas preventivas devem ser valorizadas, como forma de evitar o dano ambiental, o qual é frequentemente irreversível, por outro lado, discute-se como se dará a imputação da responsabilidade por essas providências de natureza acautelatória, que escapam à tutela reparatória, contemplada no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, já que o seu objetivo não é restaurar danos, mas sim evitá-los.³²⁰

Para tentar solucionar esse problema – qual seja, a responsabilização pelo dano futuro, incerto mas provável - enfatiza Carvalho a transição na sociedade de risco, da Teoria do Risco concreto para a Teoria do Risco abstrato, com o surgimento de riscos imperceptíveis,

³¹⁷ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 121.

³¹⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 122.

invisíveis e imprevisíveis, situação diferente na sociedade industrial, na qual o risco era passível de alguma previsibilidade e calculabilidade dos seus efeitos danosos.³²¹

Maria Helena Diniz³²² leciona que a ação de responsabilidade civil, no caso de dano ambiental, será fundada no risco integral e tem como objetivo a recomposição, a reconstituição ou a recuperação do ambiente lesado, a interrupção da atividade depredatória e, caso seja impossível a restauração, a indenização por dano moral e patrimonial que possa satisfazer as vítimas e desestimular comportamentos semelhantes do próprio poluidor ou de terceiros.

Reafirma Diniz que, em se tratando de atividade de risco, é dupla a função da responsabilidade civil: "a) garantir o direito do lesado à segurança; e b) servir como sanção cível, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos ao meio ambiente."³²³

Destaca Carvalho³²⁴ a necessidade de uma evolução na Teoria do Risco concreto, que fundamenta a responsabilidade civil objetiva, baseada na prova da existência do dano concreto, para uma Teoria do Risco abstrato, através da qual poderá haver responsabilização sem a existência de um dano concreto, bastando a comprovação da existência de uma situação de risco e perigo.³²⁵

A responsabilização civil, nesse contexto, continuará a ser objetivo, mas poderá ser uma resposta do Direito Ambiental, ainda que não haja um dano concreto:

Assim, à responsabilidade civil objetiva por danos ambientais acresce-se a importância do surgimento e da utilização da responsabilidade civil sem dano

³²¹ CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³²² DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente in NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 391.

³²³ DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente in NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 397.

³²⁴ CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³²⁵ Para Délton Winter de Carvalho "O risco consiste nas conseqüências indesejadas e danos futuros decorrentes dos processos de tomada de decisão" e o perigo descreve "situações em que as conseqüências indesejadas são provenientes do ambiente (externas ao sistema observador)."

(Teoria do Risco abstrato), como resposta do Direito Ambiental às novas formas de riscos produzidos na sociedade.³²⁶

O Supremo Tribunal Federal, em 2009, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF número 101, relatora a Ministra Cármen Lúcia, de modo expresse abordou a questão do dano ambiental futuro, relacionando-o ao princípio da precaução e o da prevenção:

Há de se considerar e precaver contra riscos futuros, possíveis, que podem decorrer de desempenhos humanos. Pelo princípio da prevenção, previnem-se contra danos possíveis de serem previstos. Pelo princípio da precaução, previnem-se contra riscos de danos que não se tem certeza que não vão ocorrer.³²⁷

No julgamento da ADPF nº 101, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da precaução para evitar degradações possíveis e prováveis, não se restringindo a dogmática tradicional, que exige a ocorrência da conduta, nexos de causalidade e dano concreto, configuração que não mais atende aos reclamos e às necessidades da sociedade de risco, como adverte Carvalho³²⁸ citando a explosão de reatores nucleares de Chernobyl, a chuva ácida, o crescimento populacional e o aquecimento global como fatos que caracterizam os sintomas da Sociedade de Risco.

O Supremo Tribunal Federal, na ADPF 101, estabeleceu ainda um relevante marco para a interpretação das normas de proteção ambiental, pois elevou a proteção à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a um valor superior ao do princípio da livre concorrência e da livre iniciativa:

O argumento dos Interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações.³²⁹

³²⁶ CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³²⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://bit.ly/1pA3Pvy>> Acesso em: 29 nov. 2014.

³²⁸ CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³²⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://bit.ly/1pA3Pvy>> Acesso em: 29 nov. 2014.

Explica Carvalho que, aos riscos típicos da industrialização, acrescentam-se os riscos abstratos e complexos, de natureza pós-industrial. Nesse contexto, esclarece, a responsabilidade civil é utilizada não apenas como instrumento para a reparação de danos, sua feição clássica baseada na Teoria do Risco Concreto, mas também para a gestão de riscos ecológicos (Teoria do Risco Abstrato), com incidência em momento anterior ao da efetivação dos danos ambientais.³³⁰

Carvalho³³¹ observa que o dano ambiental futuro, cuja existência é embasada no artigo 225, da Constituição Federal de 1988, especialmente quanto à previsão do compromisso intergeracional, ainda não tem muitas descrições teóricas e, os Tribunais brasileiros, apegados às tradições do direito individual e privado, não o reconhecem na maioria dos casos, preferindo trabalhar apenas com o dano passado ou o dano presente.

Lucarelli aborda o que denomina o “problema do dano futuro”, informando que na Itália a legislação permite a inclusão na sentença da condenação pelo dano provável:

Pelas próprias características do dano ambiental, verifica-se que não pode, de forma alguma, ser excluído do ressarcimento devido o prejuízo causado que só se manifestará em tempo futuro e incerto, impondo-se questionar-se da potencialidade de vir a consolidar-se dano às pessoas ou às coisas. Na Itália, a legislação permite que seja incluída na sentença, em análise do montante efetuada de maneira equitativa, o dano que não pode ser provado ou quantificado, mas é provável. Porém, esta possibilidade é vinculada à certeza ou alta probabilidade de ocorrência deste dano, o que, em se tratando de dano ambiental, é de rara demonstração.³³²

Carvalho relembra as conclusões da comissão do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA que prevê a necessidade de um novo regime de responsabilidade civil, incluindo o dano futuro:

É necessário um novo regime de responsabilidade civil que estabeleça tanto os danos previsíveis quanto os imprevisíveis, assim como os danos presentes e futuros. Deveriam ser indenizados igualmente o dano emergente e o lucro cessante, bem como o dano moral.³³³

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://bit.ly/1pA3Pvy>> Acesso em: 29 nov. 2014.

³³² LUCARELLI, Fabio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 247.

³³³ *Ibidem*.

As conclusões acima citadas constam de uma publicação de 1986, do PNUMA, denominada *La responsabilidad por el daño ambiental*³³⁴, originado de um projeto que consistiu em se examinar a legislação ambiental sobre responsabilidade pelo dano ambiental de vários países da América Latina e do Caribe, em comparação com a legislação do Canadá e dos Estados Unidos da América. Como resultado do trabalho, foram formuladas algumas conclusões e recomendações de reformas legislativas.

Dentre as várias recomendações, no tocante à responsabilidade civil, além da acima transcrita, destacam-se aquelas relativas à responsabilidade coletiva:

A responsabilidade coletiva deve ocupar um lugar de destaque na nova legislação. Em casos de grupos de risco claramente identificados, deve-se estabelecer a seu respeito um sistema de responsabilidade objetiva e solidária no qual, ademais, se presume a relação de causalidade entre a atividade de risco e o dano, salvo prova em contrário³³⁵. (tradução livre)

Carvalho defende que “a caracterização do dano ambiental futuro faz-se possível a partir de uma Nova Teoria do Risco (Teoria do Risco Abstrato) em diferenciação ao seu sentido dogmático clássico (Teoria do Risco Concreto).”³³⁶ Prossegue lecionando a responsabilidade que, nesse caso, seria caracterizada apenas com a alta probabilidade ou a probabilidade determinante de comprometimento da possibilidade de utilização dos recursos ambientais.

Em síntese, o dano ambiental futuro é a expectativa de dano de caráter individual ou transindividual ao meio ambiente. Por se tratar de risco, não há, necessariamente, dano atual nem necessariamente a certeza científica absoluta de sua ocorrência futura, mas tão-somente a probabilidade de dano às futuras gerações. Nestes casos, a constatação de alta probabilidade ou probabilidade determinante de comprometimento futuro da função ecológica ou da capacidade de uso humano do bens ecológicos, ensejaria a condenação do agente às medidas preventivas necessárias (obrigações de fazer ou não fazer) a fim de evitar danos ou minimizar as conseqüências futuras daqueles já concretizados.³³⁷

³³⁴ Disponível em: <<http://bit.ly/1zx2DJt>> Acesso em: 27 nov. 2014.

³³⁵ 10º La responsabilidad colectiva debería ocupar un lugar preferente en la nueva legislación. En los casos de grupos de riesgo perfectamente identificados, debería establecerse a su respecto un sistema de responsabilidad objetiva y solidaria en la que, además, se presume la relación causal entre actividad riesgosa y daño, salvo prueba en contrario.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ CARVALHO, Délton Winter de Carvalho. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 193.

Em razão da ausência de critérios para uma classificação do dano ambiental futuro como fonte de responsabilização civil pelo risco ambiental, Carvalho propõe que sejam divididos em: a) danos ambientais futuros propriamente ditos; b) consequências futuras de danos ambientais já concretizados.³³⁸

Em defesa de suas ideias, faz também o autor uma crítica à Teoria do Risco Concreto que, segundo afirma, consiste numa “falácia quando aplicada a muitos casos de Direito Ambiental, uma vez que exige a existência concreta, certa e atual do dano ambiental, não levando em consideração a dimensão futura deste.”³³⁹

Esclarece Carvalho as diferenças que devem ser observadas na transição da Teoria do Risco (Concreto) para a Teoria do Risco Abstrato: a teoria do risco concreto se baseia na comprovação do dano, pois sem dano, conforme a doutrina tradicional, não há reparação; a teoria do risco abstrato tem como base a probabilidade do dano ambiental, que autoriza a juridicização da situação de risco, de modo a se impor obrigações preventivas aos potenciais degradadores.

A responsabilização civil, lembra Carvalho, na sua origem romana abrangia as penas punitivas às condenações ressarcitórias. Foi o desenvolvimento do Direito Penal nos países do *civil law*, observa, que realizou a separação entre a pena, deixada para o direito penal, e o caráter indenizatório, que permaneceu na seara do direito civil.³⁴⁰

Registra Carvalho que há uma tendência de ressurgimento da aplicação da pena privada:

No entanto, uma tendência de ressurgimento da pena privada, diagnosticada nas últimas décadas, acarreta na expansão da responsabilidade civil para além dos "muros" dos danos patrimoniais, renascendo o caráter punitivo para a tutela pedagógica e preventiva de determinados interesses jurídicos. O ponto de partida da aplicação da pena privada (responsabilidade civil com ou sem dano) parte da desvinculação entre o ilícito civil e seus pressupostos tradicionais, isto é, a concretização de um dano e a comprovação da culpabilidade.³⁴¹

³³⁸ CARVALHO, Délton Winter de Carvalho. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 193.

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ CARVALHO, Délton Winter de Carvalho. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 193.

Anota Carvalho que a doutrina identifica quatro situações nas quais a pena privada poderia ser aplicada: quando o dano não é necessariamente patrimonial; quando o mero ressarcimento não é proporcional ao lucro que o responsável pela lesão auferiu; se o custo social decorrente da lesão é superior aos danos individuais; quando há microlesões criminais, as que não ensejam a sanção criminal, por serem considerados de menor potencial ofensivo.³⁴²

Relaciona, Carvalho, o princípio da precaução com a responsabilização civil sem a concretização do dano, afirmando que é esse o princípio de Direito Ambiental que justifica a implementação da responsabilidade civil preventiva:

A principal justificativa para a implementação da responsabilidade civil para atividades potencialmente poluidoras sem que haja a necessidade da concretização do dano, mas tão-somente a indicação de sua previsibilidade (alta probabilidade de sua ocorrência), por meio da imposição de medidas preventivas, decorre de forma lógica e direta do princípio-chave em Direito Ambiental, o da Precaução.³⁴³

É possível registrar, como conclusão sobre a responsabilidade ambiental na sociedade de Risco, ou no Estado Socioambiental, que a sua evolução e transformação é uma exigência constitucional em face do compromisso ambiental intergeracional e de toda a proteção legal que recebeu o meio ambiente, especialmente depois da Constituição de 1988. Esse entendimento, ademais, atende sugestão do PNUMA para a defesa ambiental.

Evidencia-se, por outro lado, que a dogmática tradicional, ainda fortemente baseada nas relações privadas e na defesa da propriedade individual, não atendem as necessidades de proteção do bem ambiental.

³⁴² CARVALHO, Délton Winter de Carvalho. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 193.

³⁴³ *Ibidem*.

6 PUNITIVE DAMAGES

Os *punitive damages*, instituto jurídico típico da família da *common law* é no Brasil traduzido muitas vezes como “indenização punitiva”, expressão que não representa exatamente o seu significado, pois não se trata propriamente de uma “indenização”, compreendida como reparação por dano causado via ato lícito ou ilícito.

Os *punitive damages* são a quantia em dinheiro, adicionada ao valor de outras indenizações, a ser paga a uma vítima pelo ofensor que agiu com dolo, malícia ou negligência.

Mallor e Roberts³⁴⁴ citam que os *punitive damages* são conhecidos nos Estados Unidos como *exemplary damages*, *vindictive damages*, *punitory damages*, *smart money* ou *presumptive damages*, e representam valores em dinheiro, concedidos a alguém que sofreu um dano, independentemente de qualquer valor pago a título de compensação, reparação ou restituição, geralmente como uma punição ou para impedir condutas graves que possam causar danos semelhantes, praticados pelo mesmo culpado ou por outros que tenham potencial para atos igualmente lesivos.

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler³⁴⁵ conceituam os *punitive damages* com base na tradição anglo-saxão:

Também chamado de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.

Marshall e Fitzgerald³⁴⁶ adotam o conceito de *punitive damages* publicado pela *The American Law Institute*³⁴⁷ na sua compilação sobre os danos jurídicos no direito

³⁴⁴ MALLOR, Jane; ROBERTS, Barry. **Punitive Damages: Toward a Principled Approach**. 31 Hastings L.J. 639, 1979-1980, p.639.

³⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n. 28. Brasília: CEJ, 2005, p. 16.

³⁴⁶ MARSHALL, Kevin S; FITZGERALD, Patrick. **Punitive damages and the supreme court's reasonable relationship test: ignoring the economics of deterrence**. 19 St. John's J. Legal Comment. 237, 2004-2005, p, 239-240.

³⁴⁷ Disponível em: <www.ali.org> Acesso em: 02 dez. 2014.

estadunidense: os *punitive damages* são a condenação, além da reparação ou restituição, imposta a uma pessoa para punir a sua conduta ultrajante e impedir que ele próprio e outros tenham um comportamento semelhante no futuro.

A definição, segundo os autores, encerra três relevantes pontos: as condenações a título de *punitive damages* são diferentes de indenizações compensatórias ou reparatórias; eles abordam os objetivos de punição e de dissuasão; os *punitive damages* são devidos em razão de uma conduta ultrajante.

McKown³⁴⁸ esclarece que as funções do *punitive damages* nos Estados Unidos da América são duas: a primeira função é a de punir os que causam um dano; a segunda função é a de influenciar condutas, dissuadindo comportamentos que tenham potencial para causar danos semelhantes. O *punitive damages*, salienta, não tem como objetivo compensar os demandantes pelos danos que sofreram.³⁴⁹

Não se trata, portanto de uma indenização, mas sim de uma punição pelo dano causado. A nomenclatura não corresponde ao significado do instituto, mas é muito utilizada, assim como a expressão “danos punitivos” que, do mesmo modo, não expressa exatamente o que seja o instituto.

A rigor, o dano perpetrado contra uma pessoa ou contra a coletividade é indevido, não é previsto e não é desejado pelo sistema jurídico. Ao contrário, o dano ocorre apesar de ser vedado. A sua reparação e, em alguns casos, as consequências punitivas decorrentes, representam a resposta possível do sistema jurídico em face da sua ocorrência.

Dessa forma, mostra-se também inapropriada a identificação do *punitive damages* como um “dano punitivo”. Não existe o dano punitivo no sistema jurídico brasileiro, uma vez que não existe a previsão de se impor a alguém um dano como penalidade. O dano é uma eventualidade jurídica, não uma resposta pré-ordenada.

³⁴⁸ MCKOWN, James R. 14 Rev. **Punitive Damages: State Trends and Developments**. Litig. 419, 1994-1995, p. 422-423.

³⁴⁹ Punitive damages are not intended to compensate plaintiffs for their injuries and damages.

6.1 As origens do *punitive damages*

Do livro do Êxodo: “Se alguém furtar boi ou ovelha, e o degolar ou vender, por um boi pagará cinco bois, e pela ovelha quatro ovelhas”.³⁵⁰

Gonsoulin³⁵¹ menciona que a origem do *punitive damages* seria bíblica, e a passagem acima, do livro do Êxodo, comprova a tese. Afirma que o instituto surgiu no século XVIII e, no final do século XIX, já era reconhecido em todo Estados Unidos.

Michael Rustad e Thomas Koenig³⁵² afirmam que a história da evolução da *punitive damages* é uma parte da luta das pessoas para preservar os seus direitos contra os poderosos e informam que a sua doutrina procede de uma antiga linhagem: o Código de Hamurabi, o Código de Manu e a Bíblia contêm precedentes para o formato moderno da indenização punitiva; a lei romana previa várias espécies de indenizações punitivas como um remédio para conter a elite romana rica; do mesmo modo, a lei das Doze Tábuas, datada de 450 d.C.

Tessie Leal Garabis³⁵³ informa que a origem dos *punitive damages* está associada aos sistemas de direito das antigas civilizações, pois na Babilônia, no século XVIII a.C., o Código de Hamurabi, conhecido como o primeiro Código de Direito, sistematizou e organizou os costumes da região em aproximadamente 300 dispositivos legais, entre eles a indenização punitiva utilizada para punir e castigar as ações ou omissões de cidadãos poderosos quando usavam do seu poder ou da sua influência para cometer abusos contra os mais fracos e miseráveis.

Posteriormente, durante o reinado de Jorge III (King George, Rei da Grã-Bretanha e Irlanda de 1760 até 1801, e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda de 1801 até 1720)³⁵⁴ os *punitive damages* foram incorporados à *common law* do sistema inglês para

³⁵⁰ BIBLIA. Êxodo. Capítulo 22, versículo 1. Disponível em <http://www.bibliaon.com/exodo_22/> Acesso em: 02 dez. 2014.

³⁵¹ GONSOULIN, Dewey J. **Is an award of punitive damages covered under an automobile or comprehensive liability policy?** 22 Sw. L. J. 1968, p. 433

³⁵² RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. **The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers.** 42 Am. U. L. Rev. 1269 1992-1993, p. 1285-1295.

³⁵³ GARABIS, Tessie Leal. **Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos.** 37 Rev. Der. P.R. 429, 1998, p. 430-431.

³⁵⁴ O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda foi um estado monárquico constitucional criado em 1 de Janeiro de 1801. O período começou com o recém-formado Reino Unido derrotando a França nas Guerras Napoleônicas.

reforçar o Direito Penal através da concessão de indenização punitiva às vítimas de graves abusos de autoridades governamentais.³⁵⁵

Michael Rustad e Thomas Koenig³⁵⁶ relatam que no século XVIII, na Inglaterra, para a concessão do *exemplary damages*, era requisito demonstrar uma má conduta intencional. Conforme afirmam, a doutrina da indenização punitiva foi exportada para os Estados Unidos assim que surgiu na Inglaterra, sendo que o primeiro caso registrado nos Estados Unidos ocorreu em 1784, processo *Genay v. Norris*, julgado pela Suprema Corte da Carolina do Sul.

Nesse processo, o réu foi condenado a um pagamento de quantia a título de *vindictive defendant* uma vez que, maliciosamente, ofereceu ao autor uma taça de vinho como forma de se reconciliar de anterior discussão, cuja solução ajustada seria um duelo. Mas serviu o vinho com um poderoso fármaco que provocou dores atrozes na vítima.

Para Garabis³⁵⁷, os *punitive damages* foram adaptados e aplicados pela primeira vez nos Estados Unidos em 1791, pela Corte Suprema de New Jersey em razão de descumprimento de uma promessa de casamento, como um incremento da condenação, para servir de exemplo para a sociedade. Nesse processo (*Cotyell v. Colbaugh*) o juiz instruiu o júri a fixar uma condenação que não levasse em consideração a dor ou o sofrimento da vítima, cuja intenção de se casar fora frustrada pela quebra da promessa feita pelo réu, mas como um exemplo para a sociedade, o *exemplary damages*.

Victor B. Levit³⁵⁸, em artigo intitulado *Punitive Damages: Yesterday, Today and Tomorrow*, narra que no sistema jurídico da *common law* há registro dos *punitive damages* no ano de 1278, no Estatuto de Gloucester, uma das mais importantes normas criadas pelo Parlamento da Inglaterra durante o reinado de Eduardo I. Na década de 1760, prossegue, houve vários julgamentos na Inglaterra com a aplicação do *punitive damages* denominado à

Como resultado direto deste, o Império Britânico se tornou o poder mundial mais importante no próximo século. Disponível em: <<http://bit.ly/1w2nww2>> Acesso em: 05 dez. 2014.

³⁵⁵ GARABIS, Tessie Leal. *Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos*. 37 Rev. Der. P.R. 429, 1998, p. 430-431.

³⁵⁶ RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. *The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers*. 42 Am. U. L. Rev. 1269 1992-1993, p. 1285-1295.

³⁵⁷ GARABIS, Tessie Leal. *Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos*. 37 Rev. Der. P.R. 429, 1998, p. 430-431.

³⁵⁸ LEVIT, Victor B. *Punitive Damages: Yesterday, Today and Tomorrow*. Ins. L.J. 257, 1980, p. 258.

época de *exemplary damages*, cujo objetivo era compensar a vítima e punir o ofensor, em casos considerados de maior gravidade.

Levit³⁵⁹ também faz alusão à Bíblia como fonte dos *punitive damages*, citando o capítulo 22, versículo 9, do Livro do Êxodo, trecho diferente daquele que foi acima mencionado.

Uma tradução livre do apontado versículo revela a previsão de uma punição para aquele que reivindica, em uma disputa, bem sobre o qual não tem direito, no caso, o pagamento em dobro do valor em litígio:

Suponha que haja uma disputa entre duas pessoas que tanto afirmam possuir um boi, um burro, uma ovelha, um artigo de roupa, ou qualquer propriedade. Ambas as partes devem chegar diante de Deus, e que a pessoa a quem Deus declara culpado deve pagar uma indenização em dobro para o outro.³⁶⁰

A origem romana do *punitive damages* e a sua utilização como instrumento privado para a punição é destacada por Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler³⁶¹ que demonstram a preocupação recente da doutrina com novos ramos do direito, como o direito do consumidor e o direito ambiental, que impulsionaram o estudo e a defesa da aplicação da indenização punitiva nas relações jurídicas atuais, coletivas e difusas.

Esclarecem que as penas privadas no direito romano não se confundem com a justiça privada e que, no direito romano clássico, “a sanção deriva de um ato privado resultando numa aflição ao réu derivada da imposição de diminuição patrimonial imposta como caráter punitivo e não ressarcitório”, subvertendo assim a ideia geral vigente de que a indenização por um dano deve ser apenas de caráter reparatório ou compensatório, cabendo o papel de punir ao juízo penal, exclusivamente nas hipóteses previamente tipificadas em lei.³⁶²

Com alguma pequena variação quanto a datas, os autores citados informam, em síntese, que a origem do *punitive damages* é antiga, está registrada na Bíblia, tem antecedentes

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ Disponível em: <<http://bit.ly/12wb65J>> Acesso em: 02 dez. 2014.

³⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n. 28. Brasília: CEJ, 2005, p. 16.

³⁶² *Ibidem*.

no Código de Hamurabi e em outros textos legais antigos e, da Inglaterra, no século XVIII, foi exportado para os Estados Unidos e passou a ser utilizado pelas Cortes Americanas como punição, como exemplo para a sociedade e como elemento dissuasório de condutas semelhantes.

O histórico do *punitive damages* merece destaque não apenas para uma melhor compreensão do próprio instituto, mas também para melhor aquilatar a ideia de que a teoria do desestímulo através da condenação de pagamento de certo valor em dinheiro, que não tenha relação direta com o valor do dano (patrimonial ou extrapatrimonial), já foi e é usada como forma de resolução de pacificação social, produzindo bons resultados para a proteção individual e social.

6.2 Os *punitive damages* no STJ e no STF

Uma pesquisa direta no repositório eletrônico de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça³⁶³ e do Supremo Tribunal Federal³⁶⁴ revela a utilização da expressão “*punitive damages*” e “indenização punitiva” no mesmo sentido, qual seja a condenação para que se pague um valor a título de punição pelo dano causado, além do que é fixado como compensação ou reparação.

Considera-se mais adequada a identificação e relação do instituto do *punitive damages* com a “Teoria do Valor do Desestímulo” ainda que esta seja utilizada de modo mais restrito apenas no caso de dano moral, enquanto que no sistema da *common law* os *punitive damages* são usados de modo amplo, como acréscimo de condenação em julgamentos que envolvam danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Entretanto a ideia de uma condenação ao pagamento de um valor que desestímule condutas danosas semelhantes se aproxima mais do que sejam os *punitive damages* do que as expressões acima mencionadas.

³⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 0262377-1**. Disponível em: <<http://bit.ly/1rRBfBG>> Acesso em: 02 dez. 2014.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo convertidos em agravo regimental nº 641487**. Disponível em: <<http://bit.ly/11MjEo4>> Acesso em: 02 dez. 2014.

Em decisão monocrática de 11 de outubro de 2004, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o agravo de instrumento 455.846, utilizou-se das expressões “*punitive damages*”, “*exemplary damages*” e “função de desestímulo ou de sanção” para designar o valor da condenação por dano moral que representava uma punição pela conduta ilícita causadora do dano.

Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal 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.³⁶⁵

A decisão e a respectiva ementa do julgado consignam o caráter punitivo ou inibitório da indenização por dano moral: “Dano moral. Ressarcibilidade. Dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): (a) caráter punitivo ou inibitório (“*exemplary or punitive damages*”) e (b) natureza compensatória ou reparatória.”³⁶⁶

O Superior Tribunal de Justiça³⁶⁷, no Recurso Especial n. 295.175-RJ, julgado em 13 de fevereiro de 2001, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, adotou a tese, conforme se lê na respectiva ementa, de que o valor a ser fixado na condenação por dano moral “deve também contribuir para desestimular a repetição de atos desse porte”.

No voto do aludido recurso especial, o ministro relator consignou: “Certo é, por outro lado, que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, além de seu escopo reparatório, deve também contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato.”

Em outras oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça, especialmente através da sua quarta turma, tem rejeitado o uso de *punitive damages* de forma irrestrita, de modo a não se caracterizar o enriquecimento sem causa.

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento nº 455846**. Disponível em: <<http://bit.ly/1AaiP4t>> Acesso em: 02 dez. 2014.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 295.175-RJ. Disponível em: <<http://bit.ly/1zMdpMf>> Acesso em: 02 dez. 2014.

São exemplos dessa posição as decisões no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 850273/BA³⁶⁸, julgado em 03 de agosto de 2010, o Recurso Especial 401358/PB³⁶⁹, julgado em 05 de março de 2009. Nos dois casos, e em outros da mesma turma, a fundamentação registrada no voto e na ementa é a seguinte:

Ressalte-se que aplicação irrestrita das "*punitive damages*" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa com princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.³⁷⁰

Esses dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, que acatam a ideia de impossibilidade de uso irrestrito da *punitive damages*, com base no postulado da vedação do enriquecimento sem causa, admitem, *contrario sensu*: a) a utilização do instituto em alguns casos, desde que não seja de uso irrestrito; b) a utilização da *punitive damages* caso não haja enriquecimento sem causa.

Outrossim, a confrontação de todas as decisões relacionadas, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, demonstram que a condenação ao pagamento de um valor para dissuadir ou desestimular a reiteração de condutas lesivas, é ideia em alguns momentos adotada como fundamento dos julgados.

Observe-se ainda que todas as decisões tratam conflitos interindividuais. Como já demonstrado anteriormente, em se tratando de dano ambiental, os interesses são difusos e intergeracionais e dizem respeito a bens jurídicos (meio ambiente) tutelados constitucionalmente através de um microssistema de proteção.

Se, em conflitos interindividuais, os tribunais superiores brasileiros admitem a utilização de condenações que ultrapassem o simples valor do dano mensurado, a título de punição, dissuasão ou valor pedagógico, com muito mais razão e fundamentos devem aplicar os mesmos preceitos em face de danos ambientais que, pela sua repercussão territorial e temporal, atingem uma quantidade indeterminada de pessoas.

³⁶⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://bit.ly/15NQVBy>> Acesso em: 02 dez. 2014.

³⁶⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://bit.ly/12kTx7L>> Acesso em: 02 dez. 2014.

³⁷⁰ *Ibidem*.

Raciocinar de modo diferente é inverter a escala de valores jurídicos e o sistema de proteção que a Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo 225, construiu para o meio ambiente, visando não apenas evitar a sua degradação, mas também possibilitar a sua reparação e a punição administrativa, cível e penal dos que de qualquer modo contribuam para o dano ambiental. Tal situação se analisará adiante.

6.3 Algumas diferenças do *punitive damages* em países do *common law*

A condenação de se pagar determinada quantia em dinheiro como punição por um dano produzido em outra pessoa – os *punitive damages* – na sua origem histórica é utilizada com objetivos diferentes: exemplificar ou simplesmente punir; compensar a dor moral ou dissuadir.

Como já salientado, para fins de estudo e comparação, será analisado em especial a utilização do *punitive damages* nos Estados Unidos, a maior economia mundial, com uma extensão territorial maior do que a do Brasil, um país altamente industrializado, com uma grande judicialização dos conflitos sociais e, como consequência de todos esses quadros, com uma cultura e uma tradição jurídica sólida na aplicação da indenização punitiva em todas as espécies de responsabilização civil, incluindo as delineadas por danos ambientais.

A aplicação do *punitive damages*, em geral e especialmente por consequência do dano ambiental, tem como premissa o fato de que as condenações compensatórias representam, na sua grande maioria, um valor muito pequeno quando comparado com o proveito real ou potencial que a atividade poluidora traz para a empresa ou para o empresário.

Presume-se que em certos ilícitos, a indenização pelo dano causado é insuficiente para, efetivamente, compensar os efeitos danosos da conduta, sobretudo quando quem causa o dano o faz deliberadamente, com a finalidade de obter um benefício.³⁷¹

Gotanda³⁷² relata que, entre os mais desenvolvidos países do sistema jurídico da *common law*, incluindo o Canadá, a Inglaterra, Nova Zelândia, Austrália e Estados Unidos, os *punitive damages* são largamente utilizados, com algumas diferenças especialmente no

³⁷¹ CHACÓN, Mario Peña. Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos delimitaciones y alcances en materia ambiental. In: **Revista de direito ambiental**, v. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 107.

³⁷² GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. 42 Colum. J. Transnat'l L. 391 2003-2004, p. 393-395.

tocante a sua admissibilidade em razão da natureza do pedido e critérios para a fixação do valor da condenação. Em comum, os *punitive damages*, nesses países, têm a função primordial de punir e desencorajar ou dissuadir (*to punish and deter*).

Andrade³⁷³ ensina que a Suprema Corte do Canada reconheceu os *punitive damages* em 1886, mas a sua utilização mais intensa começou em 1970. A sua aplicação depende da configuração de um comportamento que seja considerado malicioso, opressivo ou arrogante, de modo a ferir o “decoro da corte”.

Informa o autor que a Nova Zelândia é o país que mais admite a indenização punitiva em face da natureza do pedido, praticamente em toda ação cível é possível requerer a indenização punitiva, mas, por outro lado, é o que tem o menor valor médio de condenações. Enquanto nos Estados Unidos, uma única condenação pode chegar a milhões de dólares, na Nova Zelândia raramente ultrapassa o valor médio de dezoito mil dólares americanos, isso graças ao entendimento dos tribunais neozelandeses de limitar o valor das condenações para evitar recursos em razão da alegação de excesso e desproporcionalidade do valor.³⁷⁴

Chacón³⁷⁵ faz uma análise do *punitive damages* em confronto com o dano social ambiental e sua subespécie, o dano moral coletivo, conforme a legislação de Costa Rica. A sua análise permite uma primeira verificação das funções da indenização punitiva nos Estados Unidos, em confronto com a realidade brasileira, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro também reconhece a existência do dano ambiental e do dano moral coletivo.

Afirma que a responsabilização pelo dano social ambiental e pelo dano moral coletivo possuem uma finalidade compensatória, reparatória ou ressarcitória, enquanto que a indenização punitiva tem como objetivo apenas punir, castigar e sancionar a título de sanção civil, encontrando semelhança com outros institutos jurídicos punitivos, próprios do direito civil e comercial, tais como a cláusula penal, perda de garantia em medidas cautelares, multa por temeridade processual e outros.

³⁷³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 208.

³⁷⁴ GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. 42 Colum. J. Transnat'l L. 391 2003-2004, p. 440-444.

³⁷⁵ CHACÓN, Mario Peña. Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos delimitaciones y alcances en materia ambiental. In: **Revista de direito ambiental**, v. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 110.

Desse modo, observa, enquanto o ressarcimento e a compensação pelo dano ambiental ou moral coletivos são buscados com a responsabilização por danos na primeira hipótese, na segunda hipótese, a dos *punitive damages*, o que se busca é castigar condutas graves, prevenir futuras condutas semelhantes, em vista do temor da sanção, e estabelecer o equilíbrio emocional das vítimas.³⁷⁶

Não é função dos *punitive damages* a reparação de dano, patrimonial ou extrapatrimonial. A indenização para esse objetivo é a compensatória ou a ressarcitória, essa última, nas hipóteses em que é possível ressarcir o patrimônio afetado pela conduta danosa.

Os *punitive damages* têm a função primordial de impor uma pena, uma sanção. Não corresponde a uma reparação e tampouco a uma compensação, embora seja calculado muitas vezes como múltiplo do valor da indenização compensatória ou ressarcitória.

Andrade³⁷⁷ relata a existência de institutos semelhantes aos *punitive damages* no sentido de se caracterizarem, da mesma forma, como instrumento punitivo, a despeito de serem previstos em lei, que além do mais, fixa e limita o valor da indenização, usando um múltiplo do valor devido a título de compensação. Tais institutos são os *multiple damages*, os *double damages* e o *treble damages (triple damages)* utilizados para elevar o valor da indenização em alguns casos mais graves. Eles têm como diferença básica do *punitive damages* o fato desse não ter indenização previamente fixada.

Gotanda³⁷⁸ informa que, em todos os países nos quais o *punitive damages* é utilizado, há normas vedando o excesso de condenação. O problema, porém é a definição do que seja um valor excessivo, considerando que não há regras claras para se fixar valores razoáveis e proporcionais.

Conforme registra Andrade³⁷⁹, se o excesso no valor da condenação é motivo para o controle da decisão, de outro lado há o instituto do *aggravated damages*, usado na Inglaterra exatamente para proporcionar à vítima uma compensação adicional, nos casos em que a

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 107.

³⁷⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 185.

³⁷⁸ GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. 42 Colum. J. Transnat'l L. 391 2003-2004, p. 440-444.

³⁷⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 185.

motivação ou a conduta do agente tenha-lhe infligido especial angústia e sofrimento.

Nos Estados Unidos, valores de até dez vezes o valor da condenação reparatória ou compensatória são razoáveis, na Inglaterra, na maioria dos casos, a condenação não ultrapassa três vezes o valor do dano. Em contrapartida, na Austrália e no Canadá, os tribunais rejeitam o uso do valor do dano como base para a fixação da condenação punitiva, sob o argumento de que essa abordagem foca sobre as perdas e não sobre a conduta reprovável do réu.³⁸⁰

Os exemplos do Canadá e Austrália, em confronto com os critérios de fixação do valor da condenação utilizados nos Estados Unidos e na Inglaterra, demonstram que os dois principais objetivos da indenização punitiva, quais sejam, punir e dissuadir, recebem em cada país um peso diferente.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra dissuadir é o mais relevante, por essa razão a condenação é fixada tendo em vista o valor do dano.

No Canadá e na Austrália, punir pode ser o mais importante, conforme o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor e, por essa razão, o valor da condenação leva em conta a atitude e a intenção do responsável pelo dano.

O equilíbrio emocional das vítimas advém da constatação de que o ofensor foi punido, e não do recebimento de certa quantia a título de *indenização punitiva*. O conforto se dá pela sensação de reequilíbrio social, pela existência de uma resposta que vai além da mera compensação e ressarcimento, atingindo também a intenção ou a culpa pela ofensa.

Chacón anota esse aspecto do *punitive damages*, a sua função básica sancionatória, acrescentando que, por essa razão, as indenizações podem se acumular, caso o sistema jurídico em consideração assim o autorize, pois atendem a diferentes aspectos e finalidades de responsabilidade civil.³⁸¹

Para Garabis³⁸², a condenação ao pagamento de uma indenização punitiva tem o propósito de castigar o responsável pela sua conduta maliciosa ou gravemente culposa e

³⁸⁰ GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. 42 Colum. J. Transnat'l L. 391 2003-2004, p. 440-444.

³⁸¹ CHACÓN, Mario Peña. Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos delimitaciones y alcances en materia ambiental. In: **Revista de direito ambiental**, v. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 107.

³⁸² GARABIS, Tessie Leal. **Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos**. 37 Rev. Der. P.R. 429, 1998, p. 431-432.

consequentemente proteger os consumidores e o público em geral, uma vez que castigar o autor de uma conduta antissocial e antijurídica é um exemplo para não mais se repetir a mesma prática.

6.4 *Punitive damages* e o direito penal

Muitos autores e juristas, especialmente oriundos do sistema jurídico do *civil law*, defendem que apenas no âmbito do direito penal seria possível a imposição de castigos e penas, enquanto os pagamentos indenizatórios, no campo do direito civil, devem se limitar, unicamente, à compensação ou ressarcimento pelos danos, observando-se a extensão desses danos.

Garabis refuta esse argumento, avaliando que esse entendimento não leva em consideração que muitos atos poluidores, praticados com malícia ou negligência, embora atos antissociais e ilícitos, não são atos criminosos, desde que desprovidos de tipicidade.³⁸³

No Brasil, pode-se acrescentar a essa alegação de atipicidade de vários atos poluidores, a morosidade processual, a previsão de penas pequenas, que em razão da legislação processual são convertidos em penas alternativas ou multas, a dificuldade de se responsabilizar penalmente pessoas jurídicas, como demonstrado neste trabalho.

Assim, percebe-se que a resposta punitiva pelo dano ambiental, que poderia ser atendida pelo Direito Penal, em muitas hipóteses será melhor atendida pelo Direito Civil, através do *punitive damages*.

Nos Estados Unidos, anota Gotanda³⁸⁴, os *punitive damages* servem tipicamente a dois propósitos: punir uma parte (responsável) que praticou ato ilícito, malicioso ou ultrajante; impedir que a parte (responsável) e outros (terceiros) pratiquem atos semelhantes no futuro. Acrescenta que, em alguns estados americanos, é possível a condenação punitiva quando os danos são de difícil quantificação. A condenação punitiva (cível) independe da condenação e do processo penal na maioria dos estados americanos, ou seja, é possível a acumulação de

³⁸³ GARABIS, Tessie Leal. **Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos**. 37 Rev. Der. P.R. 429, 1998, p. 431-432.

³⁸⁴ GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. 42 Colum. J. Transnat'l L. 391 2003-2004, p. 440-444.

sanções, isto porque a vedação de dupla condenação só se aplica a processos penais, não havendo restrição quanto às condenações em campos diferentes, cível e penal. Ademais, as condenações cíveis atendem a um propósito diferente ao da condenação penal.

6.5 Critérios para a fixação da condenação

No que diz respeito à fixação do montante das indenizações punitivas, a prática tem sido dar ao júri ampla discricionariedade. O júri determina a quantidade considerando a gravidade do dano e a necessidade de impedir o comportamento indevido similar. A determinação do júri é então analisada pelo juiz de primeira instância e tribunais de apelação.³⁸⁵

Gotanda³⁸⁶ informa que o uso mais comum de indenização punitiva é nos Estados Unidos da América, onde a possibilidade das condenações punitivas são previstas na legislação federal e em leis estaduais, com a limitação de valor que a cláusula constitucional do devido processo legal impõe, conforme a interpretação da Suprema Corte Americana.

Essa limitação pode ocorrer quando a fixação do valor da condenação não segue o devido processo e o devido procedimento na fixação do valor da condenação, conforme os critérios fixados pela Suprema Corte (precedentes).

No Canadá, a Suprema Corte, em 2002, no caso *Whiten v. Pilot*, estabeleceu alguns princípios para a aplicação dos *punitive damages*, quais sejam, os *punitive damages* são uma exceção e não uma regra; sua aplicabilidade depende de um comportamento arrogante, malicioso, arbitrário ou muito reprovável do agente; a fixação do valor deve ser proporcional a todas as circunstâncias do caso; multas e penalidades aplicadas ao agente devem ser consideradas; são usados subsidiariamente, quando as outras medidas se revelam ineficazes para dissuadir, retribuir e repreender publicamente; não tem o propósito de apenas compensar a vítima; seus objetivos são a punição, o desestímulo, a dissuasão e a desaprovação social; o valor da indenização não deve ser superior ao necessário para atender os objetivos; o valor da condenação será entregue à vítima; condenações moderadas que demarquem a

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 422-427.

³⁸⁶ GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. 42 Colum. J. Transnat'l L. 391 2003-2004, p. 421.

reprovação social já são suficientes.³⁸⁷

Ainda sobre a fixação do valor da condenação, registra Gotanda³⁸⁸ que, por mais de 200 anos, a Suprema Corte Americana se recusou a fixar limites constitucionais para os valores dos *punitive damages*, deixando tal missão para o júri, baseado nessa política de não intervenção no reconhecimento da tradição e da evolução histórica dos danos punitivos nos Estados Unidos e na Inglaterra. Todavia, a partir de meados da década de 1990, a Suprema Corte proferiu uma série de decisões que limitam a concessão de indenizações punitivas e estabelecem procedimentos e parâmetros para os tribunais revisarem tais condenações.

O primeiro caso foi no processo da BMW of North America, Inc. v. Gore, no qual um júri no estado do Alabama concedeu ao Gore quatro mil dólares a título de compensação por não ter sido avisado que o carro que comprara de uma revenda autorizada da BMW havia sido danificado e tivera a sua pintura recuperada. O júri condenou a BMW a pagar quatro milhões de dólares pela conduta maliciosa e pelo seu comportamento em outros estados. Ao julgar o recurso, a Suprema Corte do Alabama rejeitou a alegação da BMW de que o valor da condenação fora excessivo.³⁸⁹

Priest³⁹⁰ explica que, no processo BMW v. Gore, a Suprema Corte Americana estabeleceu alguns critérios para o cálculo dos valores das condenações punitivas: o grau de censurabilidade da conduta; a magnitude das perdas a serem compensadas; as sanções penais por semelhantes ofensas. Tais parâmetros, critica o autor, servem muito mais para restringir as condenações do que propriamente para fixar os seus valores.

A Suprema Corte Americana, ao julgar o caso, após ter fixado os parâmetros constitucionais para o cálculo do valor da indenização punitiva, anulou a decisão sob o principal argumento de que o valor da condenação fora fixado principalmente pela conduta da parte ré em outros estados, fato que não tinham sido apreciados pelo júri e devolveu o

³⁸⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 209-210.

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ PRIEST, George L. **Punitive Damages Reform: The Case of Alabama**. 56 La. L. Rev. 825, 1995-1996, p. 838.

processo para o estado do Alabama para que outro valor de *punitive damages* fosse estabelecido com base nos critérios que fixara.³⁹¹

6.6 A crescente utilização do *punitive damages* nos Estados Unidos

Os valores das condenações nos casos de *punitive damages* chamam a atenção e criam a imagem de que há uma indústria de indenizações nos Estados Unidos, argumento muito utilizado por aqueles que são contrários à aplicação desse instituto jurídico no Brasil e contra as condenações por dano ambiental em valores mais expressivos.

George Priest³⁹² em artigo intitulado *Punitive Damages Reform: The Case of Alabama*, publicado em 1996, adverte para o crescimento do *punitive damages* nos Estados Unidos. Relata que nas décadas anteriores, as condenações punitivas eram muito raras em todas as jurisdições americanas e aplicadas apenas quando a ação danosa era extremamente grave. Mas, nos anos 90, houve um crescimento vertiginoso do número de ações e dos valores das condenações, especialmente no estado do Alabama.

Em 2010, quatro professores dos Estados Unidos, Theodore Eisenberg, Michael Heise, Nicole L. Waters e Martin TI Wells³⁹³, publicaram um estudo com base em dados estatísticos sobre o número percentual de causas nas quais eram requeridos os *punitive damages*, a natureza do pedido e o percentual de pedidos julgados procedentes. Usaram os dados de 156 municípios de todos os estados americanos, no ano de 2005. Foi a primeira pesquisa com tamanha abrangência nos Estados Unidos.

Os resultados foram surpreendentes, conforme afirmaram, pois desmentiu a ideia geral de que os *punitive damages* eram muito requeridos e deferidos. De fato, apenas em aproximadamente 10% das ações cíveis a indenização punitiva foi requerida e destas, em

³⁹¹ GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. 42 Colum. J. Transnat'l L. 391 2003-2004, p. 422-427.

³⁹² PRIEST, George L. **Punitive Damages Reform: The Case of Alabama**. 56 La. L. Rev. 825, 1995-1996, p. 826.

³⁹³ EISENBERG, Theodore et al. **The decision to award punitive damages: an empirical study**. 2 J. Legal Analysis 577, 2010, p. 578-579.

28,5% o pedido foi deferido. Isso significa que, na amostra estudada, estatisticamente representativa da jurisdição cível americana 2005, houve condenação de pagamento de indenização punitiva em 2,85% dos processos julgados.³⁹⁴

A pesquisa revelou, para surpresa dos juristas americanos, que as indenizações punitivas são raramente requeridas, muito pouco deferidas e, quando o são, estão na maioria das vezes associadas ao valor da indenização compensatória, quanto maior o valor, maior o percentual de condenação em *punitive damages*.³⁹⁵

O resultado da pesquisa realizada em 2005, no país que mais aplica os *punitive damages*, é relevante para demonstrar que a mera previsão normativa para uma indenização punitiva ou para a condenação pelo dano moral individual ou coletivo, como no caso brasileiro, não transforma o Poder Judiciário em mero chancelador de pretensões condenatórias das partes.

Ao contrário da ideia comum, o estudo revelou que o percentual de deferimento de condenações punitivas no campo cível é proporcionalmente muito baixo, bem menos do que a metade dos pedidos que, por sua vez, também são em número percentualmente baixos em face do universo de pedidos cíveis nos quais seria possível o requerimento de indenização punitiva.

Andrade³⁹⁶ traz a notícia de uma pesquisa promovida pelo *Institute for Civil Justice (ICJ)*, com base em julgados de 1985 a 1995 em 15 jurisdições diferentes dos Estados Unidos da América indicando que os *punitive damages* são deferidos em menos de 4% das decisões proferidas em casos de responsabilidade civil.

Sem dúvida, algumas condenações milionárias, no sentido de ultrapassarem a casa dos milhões de dólares despertam a atenção e têm gerado a falsa ideia de que há um descontrole judicante na aplicação da punição civil.

A sua utilização, contudo tem sido muito regrada por leis, pela jurisprudência da Suprema Corte Americana e pelos tribunais estaduais, como revelaram os dados.

³⁹⁴ EISENBERG, Theodore et all. **The decision to award punitive damages: an empirical study.** 2 J. Legal Analysis 577, 2010, p. 578-579.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 615-617.

³⁹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 217-2018.

A alegação da existência de uma indústria de indenizações nos Estados Unidos e o risco de se criar algo semelhante no Brasil, com a utilização dos *punitive damages*, deve ser analisada com cautela e com base em dados mais amplos do que notícias de casos isolados, que chamam a atenção exatamente pela discrepância ou desproporcionalidade das condenações.

O fenômeno da desinformação sobre os *punitive damages* é comum, consoante relata Michael Rustad³⁹⁷, em trabalho denominado *The incidence, scope, and purpose of punitive damages unraveling punitive damages: current data and further inquiry*, publicado em 1998. Nesse trabalho, o autor adverte sobre a existência de uma crise de informação sobre os *punitive damages* nos Estados Unidos. De forma bem humorada, o autor compara a indenização punitiva com o “Homem de Piltdown”, descoberta arqueológica na Inglaterra em 1912 que, por algumas décadas, enganou os cientistas que acreditavam terem encontrado o elo perdido entre o homem e o macaco. A fraude foi descoberta apenas em 1953 e era composta por um crânio humano de mais de 600 anos e uma queixada de orangotango.³⁹⁸

Segundo o autor, da mesma forma que o “Homem de Piltdown” atrasou a arqueologia, a desinformação sobre os *punitive damages* ameaça atrasar o desenvolvimento do sistema contencioso civil americano. Notícias e reportagens demonstrando que os *punitive damages* levam ao declínio da economia, reduzem a competitividade internacional, elevam as taxas de seguro e aumentam a litigiosidade, são comuns e equivocadas. Reitera que, antes de qualquer medida ou opinião, é necessário trabalhar com dados confiáveis sobre a dinâmica da jurisdição cível americana.³⁹⁹

6.7 O dano ambiental: conduta a ser prevenida e reprimida

Em outra linha de raciocínio, uma comparação entre as famílias jurídicas do *common law* e do *civil law*, mais especialmente no caso estadunidense e no caso brasileiro,

³⁹⁷ RUSTAD, Michael L. *The incidence, scope, and purpose of punitive damages unraveling punitive damages: current data and further inquiry*. 1998 Wis. L. Rev. 15, 1998, p. 15-16.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ *Ibidem*

revelam uma grande similitude de percepção e valoração social e jurídica de certas condutas que devem ser repelidas, reprimidas e punidas.

Do lado dos Estados Unidos, como dos demais países citados, que utilizam o *punitive damages*, há dois objetivos básicos na utilização do instituto, a punição do ofensor e o efeito dissuasório em relação ao próprio responsável e em relação a outras pessoas que podem provocar ou causar danos semelhantes.

No caso brasileiro, no tocante ao bem ambiental, a Constituição prevê no *caput* do artigo 225, a sua proteção e a sua defesa. A aplicação da punição civil, pelo seu elevado potencial dissuasório, desde que o valor seja fixado de modo a efetivamente desestimular condutas semelhantes, atende ao mandamento constitucional de defesa do meio ambiente.

A semelhança acima mencionada diz respeito ao problema ou a determinados fatos que cada sociedade pretende impedir. No caso brasileiro, a análise do artigo 225 da Constituição, conforme estudos precedentes, revelam que a degradação, a poluição, a destruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado merece toda a repulsa do sistema jurídico nacional. A proteção do bem ambiental e compromisso intergeracional autorizam e determinam a aplicação de todas as medidas possíveis para que esse objetivo seja alcançado.

Nos Estados Unidos, onde os *punitive damages* são largamente utilizados, em se tratando de danos ambientais e outros danos de massa ou difusos, o professor Brittan Bush⁴⁰⁰ propõe uma evolução na sua aplicação, de modo que o valor das condenações levem em consideração essa espécie de dano e as desigualdades sociais que provocam.

Defende a necessidade de se prever dispositivos que promovam uma equalização na sociedade após a ocorrência de um dano social e difuso, tese que encontra justificativa na teoria da igualdade social.⁴⁰¹

A tese do professor Bush aproxima os *punitive damages* da responsabilização pelo dano ambiental futuro e do compromisso intergeracional. A sua premissa é a de que alguns danos difusos, pela sua natureza e extensão, são incalculáveis ou imensuráveis, embora possa se aferir que têm o potencial para desequilibrar as relações sociais, gerando desigualdade social.

⁴⁰⁰ Bush, Brittan J. **The overlooked function of punitive damages**. 44 Rutgers L.J. 161, 2013-2014, p. 15-16.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

Esse desequilíbrio é caracterizado pela existência de pessoas que serão privadas imediatamente de conforto, utilidades ou essencialidades em razão do dano causado e, potencialmente, serão privadas por um tempo muito além, indeterminado e indeterminável.

Além disso, em apoio à tese do desequilíbrio social, em se tratando de dano ambiental, por exemplo, o Estado, nos anos subsequentes, terá que despender recursos para recuperar o meio ambiente, o que significa retirar um capital que deveria atender a sociedade em outra área, para promover a recuperação ambiental causada por uma pessoa (responsável).

Para evitar essas consequências danosas, a proposta do professor Bush é da reconfiguração do *punitive damages* para que se alcance a restauração social. Tal ideia tem relação com as novas funções da responsabilidade civil, conforme detalhado por Nelson Rosenvald na sua obra “As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.”⁴⁰²

Nos Estados Unidos e no Brasil, como se nota, há juristas pretendendo reconfigurar a responsabilidade civil, de modo a proteger mais do que a mera reparação de um dano patrimonial ou extrapatrimonial mensurável.

⁴⁰² ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2.ed. São Paulo: 2014.

7 A APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL

No Brasil há um panorama propício para as atividades poluidoras e para a exploração ambiental: dificuldades técnicas na apuração de danos ambientais de grandes proporções; falta de critérios legais para o cálculo da indenização compensatória que possa considerar os danos atuais e futuros, em respeito ao compromisso intergeracional; o excesso de prazo até que o degradador ou poluidor seja efetivamente condenado, com sentença transitado em julgado; a demora na execução da sentença, que admite um sem número de recursos protelatórios; a ausência de um marco teórico, legal e jurisprudencial estabilizado para a caracterização da responsabilidade civil pelo dano ambiental.

O princípio do poluidor-pagador em um panorama como o acima descrito, pode ser compreendido como um sistema que permite poluir e degradar para depois pagar, se e quando houver condenação e efetiva execução, o que será quase sempre em valor ínfimo, em face do lucro obtido com a exploração e degradação de recursos naturais.

Em outras palavras, seria a ideia do “pagar para poluir”. Ainda assim, através de um pagamento hipotético, pois dependente de um conjunto de circunstâncias legais, jurídicas e temporais que podem, inclusive, não ocorrer.

Andréa Gouthier Caldas defende a possibilidade de aplicação da teoria dos *punitive damages* nas ações civis públicas brasileiras⁴⁰³.

A autora explica a razão de abordar a ação civil pública para a análise da aplicabilidade dos *punitive damages* no Brasil. Destaca que nessa ação os resultados “são infinitamente maiores que os efeitos irradiados, quando a ação é promovida pela pessoa individualmente identificada”.⁴⁰⁴ pois é o instrumento hábil para a tutela de interesses difusos coletivos e, por essa razão, “combate potencialmente o dano que o ato possa trazer aos bens e valores culturais pertencentes à sociedade.”⁴⁰⁵

A defesa é pertinente e necessária uma vez que o cenário hoje existente de responsabilização civil não atende as necessidades da sociedade. Pela ausência de avanço

⁴⁰³ SOUZA, Adriano Stanlei Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano moral & punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 74.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 74.

mais significativo na doutrina e na jurisprudência, o que temos em termos de efetividade é o nada jurídico, nas palavras de Adalmo Oliveira dos Santos Júnior:

A jurisprudência teve a cautela de fazer uma massa amálgama composta de normas de institutos diversos que resulta numa construção teratológica. Entende que o juiz, na fixação do *quantum* indenizatório, observar-se-á o seguinte: deve fixar a indenização com o fito de compensar o dano suportado pela vítima, mas concomitantemente deve punir exemplarmente o ofensor de modo que o iniba de praticar condutas análogas, e ainda por cima, o valor do montante não pode fazer a vítima enriquecer. Uma elucubração cerebrina fantasmagórica, pois na mesma equação deve conciliar o inconciliável. Resulta que uma regra anula a outra, até que se chega ao nada.⁴⁰⁶

7.1 A ação civil pública como instrumento de aplicação do *punitive damages*

A Constituição Federal de 1988 prevê a ação civil pública no seu artigo 129, ao estabelecer entre as funções institucionais do Ministério Público, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.⁴⁰⁷

A Lei 7.347⁴⁰⁸, de 24 de julho de 1985, disciplina a ação civil pública no Brasil. Alguns dos seus artigos interessam diretamente aos temas deste trabalho e por essa razão serão a seguir comentados.

Inicialmente deve-se anotar o artigo primeiro, o qual trata da responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente;”⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de direito privado**, v. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

⁴⁰⁷ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <<http://bit.ly/ZChEh1>> Acesso em: 17 nov. 2014.

⁴⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 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 e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/1siiVpS>> Acesso em: 06 dez. 2014.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

É importante destacar esse artigo e inciso para que não haja qualquer dúvida sobre a existência, no plano infraconstitucional, do dano moral ambiental difuso e a pertinência da responsabilização do seu causador.

O artigo terceiro da Lei de Ação Civil Pública especifica que a condenação poderá ter como objeto uma obrigação de fazer ou não fazer ou a condenação em dinheiro. Importante esse dispositivo para a teoria dos *punitive damages* em razão da expressa previsão de condenação ao pagamento em dinheiro: “Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”⁴¹⁰

O artigo 13 da Lei é importante por permitir afastar uma das mais comuns alegações contra a adoção dos *punitive damages* no Brasil, qual seja, a vedação do enriquecimento ilícito. Segundo os críticos, a condenação ao pagamento de indenizações punitivas daria à vítima a oportunidade de se enriquecer ilicitamente.

O argumento poderia ser contestado com a discussão sobre a ilicitude do chamado enriquecimento, pois o que o sistema jurídico brasileiro veda é a ilicitude do enriquecimento, não o próprio enriquecimento.

Caso contrário não poderiam existir licitamente jogos como a megassena que podem pagar ao vencedor prêmios de mais de cem milhões de reais, como nos jogos especiais que ocorrem no fim do ano. Não há vedação alguma dos vencedores desses jogos se enriquecerem.

A ilicitude é vedada, mas receber uma indenização punitiva em razão de uma sentença transitada em julgado após a regular tramitação de um processo, que observe todas as garantias constitucionais e legais, não configura qualquer ato ilícito. Do mesmo modo, não há ilicitude em executar e receber multas processuais e a cláusula penal em contratos, para citar dois exemplos de punições civis.

No entanto, em se tratando de dano ambiental difuso, a Lei de Ação Civil Pública estabeleceu uma solução que evita essa discussão sobre a licitude ou ilicitude do possível enriquecimento da vítima com o recebimento de uma indenização punitiva:

⁴¹⁰ BRASIL. **Lei nº 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 e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/1siiVpS>> Acesso em: 06 dez. 2014.

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.⁴¹¹

No caso de dano ambiental difuso, o valor da condenação é revertido para um fundo, para que os recursos sejam utilizados na reconstituição do meio ambiente. No caso, foi criado o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, regulado pelo Decreto nº 1.306, de 9 de novembro de 1994.⁴¹²

O artigo 17 da Lei de Ação Civil Pública merece comentário porque trata de uma hipótese de *punitive damages*, prevista e executada pelo judiciário brasileiro: “Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.”.

Para melhor compreensão, o artigo 17 da Lei da Ação Civil Pública deve ser combinado com os artigos 35 e 739-B do Código de Processo Civil⁴¹³:

Art. 35. As sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventários pertencerão ao Estado.

Art. 739-B. A cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução.

A combinação desses dispositivos é necessário para que se constate que, no caso de punição imposta a litigante que procede com má-fé processual, o valor da condenação será revertido para a parte contrária.

As funções básicas do *punitive damages* nos Estados Unidos da América e nos demais países da família jurídica do *commom law*, como já visto, são duas: a de punir a conduta juridicamente repreensível e que ultrapasse um juízo de reprovabilidade, conforme fixado em casos já conhecidos (precedentes) ou consoante a avaliação discricionária de um

⁴¹¹ *Ibidem*.

⁴¹² BRASIL. **Decreto 1.306, de 9 de novembro de 1994**. Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Disponível em: <<http://bit.ly/1u2mFqQ>> Acesso em: 06 dez. 2014.

⁴¹³ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://bit.ly/11vfMI7>> Acesso em: 06 dez. 2014.

júri no caso concreto; e desencorajar condutas semelhantes do próprio responsável ou de pessoas que possam ocupar a mesma posição.

No caso do artigo 17, há a previsão de punição para aquele que age com má-fé processual, conduta que a lei considera reprovável o suficiente para impor uma condenação que ultrapassa as perdas e danos, conforme a parte final do dispositivo.

Ou seja, a lei prevê o ressarcimento dos danos e o pagamento de uma punição que não é acoimada como enriquecimento ilícito, e não poderia ser, pois, além de ser prevista legalmente, é fixada após o exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

A propósito do tema, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial nº 1011733/MG⁴¹⁴ em 01 de setembro de 2011, relator o Ministro Massami Uyeda, através da sua terceira turma, reiterou que a multa imposta pela litigância de má-fé tem caráter punitivo e é aplicada sem prejuízo da indenização compensatória em razão dos danos causados pelo litigante de má-fé.

No mesmo sentido, o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal em 30 de outubro de 2012, no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 693253, relator o Ministro Luiz Fux: “Conduta de má-fé processual repudiada e reprimida pela legislação, com imposição de sanção de caráter ressarcitório e punitivo”⁴¹⁵

As diferenças entre as famílias jurídicas, *common law* e *civil law*, já registradas neste trabalho, não impedem a comparação do artigo 17 da Lei de Ação Civil Pública com o *punitive damages*. O objetivo de punir e dissuadir são alcançados nos dois sistemas, apesar de, no caso brasileiro, existir uma conhecida ineficiência quanto ao efeito desencorajador, em razão do baixo valor das custas processuais, que resultará em uma punição de valor relativamente pequeno.

Mas esse fato não é importante neste momento, pois o objetivo em registrar o artigo 17 da Lei de Ação Civil Pública foi o simplesmente demonstrar que punições civis por condutas juridicamente repreensíveis existem e são aplicadas pelo sistema jurídico brasileiro,

⁴¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1011733/MG**. Disponível em: <<http://bit.ly/1vyjb4R>> Acesso em: 06 dez. 2014.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 693253**. Disponível em: <<http://bit.ly/1z6q5PO>> Acesso em: 06 dez. 2014.

sem prejuízo da reparação pelas perdas e danos, isto é, sem prejuízo da indenização compensatória.

Para fins dessa comparação foi utilizado apenas o artigo 17, da Lei de Ação Civil Pública, não obstante a existência de vários outros dispositivos legais que poderiam ser comentados, a começar pelo Código de Processo Civil.

Andréa Gouthier Caldas⁴¹⁶ ao analisar a Ação Civil Pública defende que a aplicação da teoria da indenização civil punitiva é possível, pois na sociedade moderna, em várias hipóteses, os danos perpetrados não são passíveis de restauração, sendo a condenação ao pagamento de valor expressiva, a título de punição, a forma de se evitar a repetição da conduta.

Complementa a autora, tecendo considerações sobre a função a ser perseguida com a aplicação do *punitive damages*, que deve ser de cunho ético e pedagógico-preventivo, tendo como base a dignidade da pessoa humana, coletivamente considerada:

Entende-se que o instituto da responsabilidade civil punitiva ao permitir a aplicação da teoria dos *punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio, deve observá-la como de uma teoria de cunho ético, com função pedagógica-preventiva, quando ela busca dissuadir o ofensor de qualquer prática ofensiva ou de grande potencial lesivo que possam ser praticados contra a dignidade da pessoa humana, coletivamente.

7.2 *Punitive damages* na Ação Civil Pública e nas *class action*

No Brasil a utilização do *punitive damages* mal começou o seu processo de discussão e implementação, com divergências doutrinárias e jurisprudenciais, muito mais conduzido pelos danos ambientais de grande extensão e gravidade do que pela evolução da ciência jurídica, que, nesse particular, continua a reboque dos fatos da vida, com as exceções que apenas confirmam a regra e justificam o “complexo de avestruz” apontado por Benjamin em lição transcrita neste trabalho. Enquanto o mundo desaba pela falta de água ou pelo seu excesso, em poluição de rios e mares, em destruição de biomas e sítios naturais, os juristas

⁴¹⁶ CALDAS, Andréa Gouthier. A possibilidade de aplicação da teoria dos *punitive damages* nas ações civis públicas. In: SOUZA, Adriano Stanlei Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano moral & punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 90.

continuam a discutir os fatos com a ótica do direito romano, ainda que travestida com uma roupagem moderna.

A ação civil pública tem sido o campo processual mais adequado para as discussões sobre a aplicação de condenações civis pelo dano ambiental. Isso se justifica porque a lei prevê um conjunto sistematizado de dispositivos que permitem a condenação sem os óbices comumente observados: previsão de fundo para o valor de indenizações que ultrapassam o valor da reparação; previsão expressa do dano moral coletivo; coisa julgada erga omnes e outros.

Nos Estados Unidos, as *class actions* começam a sofrer limitações quanto ao pedido de *punitive damages*, tendo em vista a posição da Suprema Corte Americana. Tal quadro é informado pelo professor Francis E. McGovern⁴¹⁷, que, em artigo de 2010, intitulado *Punitive Damages and Class Actions*, anuncia que o casamento entre a indenização punitiva e as ações de classe havia acabado em divórcio, tendo em vista a jurisprudência das cortes de apelação e da Suprema Corte Americana que admitem poucos casos de *class action* nos quais é possível requerer o *punitive damages*, incentivando, desse modo, os advogados a buscarem outros caminhos processuais para os pedidos de indenização exemplar ou punitiva.⁴¹⁸

7.3 Responsabilidade objetiva e *punitive damages*

No mesmo livro⁴¹⁹, a hipótese de aplicação do *punitive damages* em cenários de responsabilização objetiva é enfrentada, posicionando-se os autores contra essa possibilidade no caso brasileiro, diversamente do que ocorre nos Estados Unidos, quando comprovado a gravidade da conduta de fabricantes, produtores ou fornecedores de bens ou serviços.

⁴¹⁷ MCGOVERN, Francis E. **Punitive Damages and Class Actions**. Louisiana Law Review, n. 70, 2010, p. 435-462.

⁴¹⁸ The marriage of punitive damages and class actions has almost inevitably ended in divorce. There are few cases approved by appellate courts that have allowed a class action to include punitive damages, and under existing Supreme Court jurisprudence there are only a limited number of discrete factual situations where any future class action may include punitive damages. In addition, this jurisprudence has disincentivized both plaintiffs and defendants from even attempting to use the class action device in this context and has encouraged lawyers to look to alternative procedural paths for seeking additional, exemplary, or punitive damages.

⁴¹⁹ SOUZA, Adriano Stanlei Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano moral & punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 70.

Como exemplo a ser evitado, citam a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo de Instrumento nº 455.846 / RJ, relator o Ministro Celso Mello.⁴²⁰ Na decisão o relator determina o pagamento de uma indenização por dano moral que deve atender a uma dupla função: a) caráter punitivo ou inibitório (*exemplary* ou *punitive damages*); b) natureza compensatória ou reparatória.

Os autores defendem que se tratando de responsabilização objetiva é inadequada a condenação punitiva, uma vez que nesses casos não se analisa a culpabilidade do agente para a definição da responsabilidade civil. Embasam a sua afirmação, como se pode observar, na premissa de que sem a análise e a definição de culpabilidade é impossível a condenação civil punitiva.

No entanto, a questão merece uma reflexão tendo em vista as funções principais que os *punitive damages* exercem, quais sejam, punir e desencorajar, e o fato da jurisprudência brasileira avançar, como já exposto, para o entendimento de que no dano ambiental a responsabilidade é objetiva amparada na teoria do risco integral.

O sistema constitucional e infraconstitucional de proteção ao meio ambiente, como evidenciado, possibilita a interpretação jurisprudencial de que a responsabilização pelo dano ambiental é objetiva e integral visando a sua máxima proteção, para a atual e para as futuras gerações.

O bem ambiental e o direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado são especialmente tutelados pelo sistema jurídico brasileiro, conforme demonstrado neste trabalho. A proteção é objetiva. O que se quer evitar em primeiro lugar é a lesão, a degradação ou a poluição ao meio ambiente. Demais consequências da responsabilização penal, administrativa ou civil, são secundárias.

A concepção não é a de pagar para poluir, ou degradar e posteriormente sofrer os efeitos de uma condenação penal ou de uma sanção administrativa. Em outras palavras, todas as respostas que o sistema jurídico proporciona, cumprem um papel instrumental diante do bem jurídico ambiental, que deve ser preservado e protegido.

⁴²⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de instrumento. n. 455.846. Disponível em: <<http://bit.ly/1AaiP4t>> Acesso em: 02 dez. 2014.

Não importa portanto a culpabilidade do poluidor para fins de caracterização da sua responsabilidade. O que importa é a extensão do dano e o seu potencial lesivo ao longo do tempo. Desse modo, punir para dissuadir ou para desencorajar comportamentos semelhantes do próprio ofensor ou de terceiros, independe de aferição da culpabilidade. Basta a comprovação objetiva do dano, da sua gravidade e da sua transtemporalidade, além dos elementos tradicionais da ação ou omissão e do nexo de causalidade.

A lição de José Rubens Morato Leite e Marina Demaria Venâncio, no tocante à juridicidade da danosidade ambiental é adequada ao raciocínio exposto:

Infelizmente, houve uma demora de muitos anos para que esta nova interpretação viesse a ter sua eficácia compreendida pelos magistrados e operadores jurídicos como um todo. Isso vale também para outras temáticas da juridicidade da danosidade ambiental no âmbito da sociedade de risco, tais como a complexidade de sua causalidade, a transdisciplinariedade de sua abordagem, a transtemporalidade dos seus efeitos contaminantes, o significado do bem ambiental e a operacionalidade e efetividade do direito ambiental frente ao direito tradicional, de caráter interindividual.⁴²¹

As decisões do Superior Tribunal de Justiça são analisadas por Morato e Venâncio, que, de modo didático, sintetizam os elementos da juridicidade do dano ambiental e a posição da jurisprudência brasileira, em lição que merece ser registrada, já que tem relação com a aplicabilidade dos *punitive damages* no direito brasileiro, especialmente quando se destaca a função dissuasória da responsabilidade civil.

Os autores começam por destacar que há uma hermenêutica do direito ambiental visando maior eficácia e concretude das normas de proteção ambiental.

Essa faceta do direito ambiental, proveniente do microsistema constitucional ambiental, deve ser bem destacado, pois a quase totalidade dos argumentos contrários à aplicação da função punitiva na responsabilização pelo dano ambiental advém da prática, quase um vício, de se interpretar normas publicistas através da ótica privatista, entretanto, como ensinam: “vigora na hermenêutica do direito ambiental princípios estruturantes que

⁴²¹ LEITE, José Rubens Morato; VENÂNCIA, Marina Demaria. O dano moral ambiental na perspectiva da jurisprudência do STJ: uma nova hermenêutica ambiental na sociedade de risco. **Revista de Direito Ambiental**, v. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

trazem uma linguagem específica e diferente dos vários ramos tradicionais do direito, com vistas a trazer mais eficácia e concretude”.⁴²²

A natureza objetiva da responsabilidade civil, embasada na teoria do risco integral, é informada pelos autores: “a responsabilidade civil na matéria é objetiva ou por risco. Visa, assim, à reparação mais integral possível do dano, incluindo danos patrimoniais e extrapatrimoniais.”⁴²³

Do mesmo modo, comenta-se a imprescritibilidade e a possibilidade de inversão do ônus da prova: “Destaca-se que a jurisprudência dominante prevê a imprescritibilidade da lesão ambiental e um afrouxamento da prova, possibilitando, inclusive, a inversão do ônus face ao princípio da precaução.”⁴²⁴

A fundamentalidade do direito ambiental e o dano moral ambiental, social ou coletivo, são igualmente mencionados: “a Constituição Federal de 1988 não restringiu a possibilidade do dano moral à esfera individual e fortaleceu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”; “o valor intrínseco da natureza, o valor social e o coletivo *lato sensu* constituem as dimensões da Reparação do Dano Moral ou Extrapatrimonial Ambiental.”

⁴²⁵

A solidariedade dos poluidores e a função dissuasória da responsabilidade civil são destacadas:

- f) na perspectiva da jurisprudência dominante é possível cumular a obrigação de fazer com indenização pecuniária;
- g) vige na jurisprudência e na fundamentação legal a solidariedade entre os que lesaram o bem ambiental;
- h) por fim, enaltece-se que a responsabilidade civil ambiental também exerce uma função dissuasória.⁴²⁶

⁴²² LEITE, José Rubens Morato; VENÂNCIA, Marina Demaria. O dano moral ambiental na perspectiva da jurisprudência do STJ: uma nova hermenêutica ambiental na sociedade de risco. **Revista de Direito Ambiental**, v. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

⁴²³ *Ibidem*.

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ *Ibidem*.

⁴²⁶ LEITE, José Rubens Morato; VENÂNCIA, Marina Demaria. O dano moral ambiental na perspectiva da jurisprudência do STJ: uma nova hermenêutica ambiental na sociedade de risco. **Revista de Direito Ambiental**, v. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

Defender que não se pode aplicar a indenização punitiva nos casos de responsabilidade civil objetiva por dano ambiental implica em se excluir completamente a função dissuasória da condenação, pois conforme já assentado na jurisprudência e na doutrina, a responsabilidade pelo dano ambiental é sempre objetiva.

A posição não mais corresponde ao entendimento predominante da doutrina e da jurisprudência brasileira, que já admitem a função dissuasória ou pedagógica da indenização pelo dano ambiental moral coletivo, sempre presente no dano ambiental, ainda que de modo reflexo, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.367.923/RJ: “A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, degradação a meio ambiente dá ensejo a dano moral coletivo.”⁴²⁷

No julgamento desse recurso especial, relator o Ministro Humberto Martins, o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela existência de dano moral coletivo em qualquer lesão ambiental, sob argumento de que haveria uma contradição “na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetado, os danos são passíveis de indenização.”⁴²⁸

Outro ponto relevante, consolidado nesse mesmo julgamento, foi o princípio do *in dubio pro natura*, que deve orientar a interpretação e a aplicação das normas jurídicas de proteção ambiental: “As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*.”⁴²⁹

No voto, o relator faz alusão ao Recurso Especial 145.083⁴³⁰, julgado em 27 de setembro de 2011. Nesse julgamento, no qual foi relator o Ministro Herman Benjamin, vários aspectos pertinentes aos temas deste trabalho foram delineados, razão pela qual os pontos da

⁴²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.367.923/RJ**. Disponível em: <<http://bit.ly/1wcNmk2>> Acesso em: 02 dez. 2014.

⁴²⁸ *Ibidem*.

⁴²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.367.923/RJ**. Disponível em: <<http://bit.ly/1wcNmk2>> Acesso em: 02 dez. 2014.

⁴³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.145.083 – MG**. Disponível em: <<http://bit.ly/12omrjh>> Acesso em: 02 dez. 2014.

ementa e do voto que apresentam maior relevância para este estudo serão a seguir comentados.

7.4 Julgamento do Recurso Especial nº 145.083

O princípio *in dubio pro natura* é fundamentado da seguinte forma: “A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma de fundo e processual.”

A possibilidade de acumulação de condenações é do mesmo modo abordado: “A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que, nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*, admite-se a condenação, simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar.”

O caráter dissuasório e pedagógico da responsabilidade civil ambiental é bem caracterizado e o seu desrespeito é um dos fundamentos para o provimento do recurso. Destaca-se a crítica à prática empresarial de mensurar o dano ambiental como um risco ou custo normal do negócio, em razão da posição do judiciário brasileiro não estar ainda aplicando integralmente os princípios da máxima proteção ambiental:

A recusa de aplicação, ou aplicação truncada, pelo juiz, dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo normal do negócio”. Saem debilitados, assim, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental (= prevenção geral e especial), verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do degradador premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério.⁴³¹

A ideia de dano ecológico se impõe como mais uma razão para a condenação, mesmo que haja uma restauração imediata e completa do meio ambiente lesado. Apesar de não se mencionar expressamente, o raciocínio exposto se aproxima da concepção do dano futuro.

⁴³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.145.083 – MG**. Disponível em: <<http://bit.ly/12omrjh>> Acesso em: 02 dez. 2014.

Se o meio ambiente lesado for *imediate e completamente* restaurado ao seu estado original (*reductio ad pristinum statum*), não há falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica e futura de restabelecimento *in natura* (= juízo prospectivo) nem sempre se mostra suficiente para, no terreno da responsabilidade civil, reverter ou recompor por inteiro as várias dimensões da degradação ambiental causada, mormente quanto ao chamado *dano ecológico puro*, caracterizado por afligir a Natureza em si mesma, como bem inapropriado ou inapropriável. Por isso, a simples restauração futura – mais ainda se a perder de vista – do recurso ou elemento natural prejudicado não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.⁴³²

Do voto respectivo, colhe-se o seguinte trecho elucidativo sobre o aspecto multifacetário do dano ambiental, abrangendo o compromisso intergeracional:

Cabe lembrar que o dano ambiental é multifacetário – ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, mas também quanto à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados.⁴³³

Os novos contornos da responsabilidade civil no Estado Socioambiental são demarcados no julgamento, conforme o trecho da ementa:

A responsabilidade civil, se realmente aspira a adequadamente confrontar o caráter expansivo e difuso do dano ambiental, deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo.⁴³⁴

O relator, Ministro Benjamin Herman, no voto ressalta ser um malferimento da base ética do Direito o fato de não se levar em conta na responsabilização pelo dano ambiental as externalidades ambientais negativas, subsidiando, com essa omissão, a atividade ilícita do infrator:

Tanto a não internalização como a internalização truncada ou imperfeita das externalidades ambientais negativas, além de funcionarem como subsídio social e intergeracional para a atividade ilícita do infrator – o que, sincronicamente, fere a base ética do Direito e desmoraliza a autoridade de suas normas – afastam-se, ou fazem caso, de elemento-chave da pós-modernidade: a *noção de risco*.⁴³⁵

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.145.083 – MG**. Disponível em: <<http://bit.ly/12omrjh>> Acesso em: 02 dez. 2014.

No voto, o relator detalha esse novos contornos da responsabilidade civil, fazendo a necessária associação com a noção de risco na sociedade pós-moderna e o papel preventivo que deve assumir no Estado Socioambiental, uma função já exercida pelo instituto jurídico, que precisa agora ser resgatada na implementação da proteção ambiental:

Ora, assim como o risco esteve na base da transição da responsabilidade estribada em culpa para a responsabilidade objetiva (inclusive no campo ambiental), também haverá que orientar as preocupações mais amplas do secular instituto, na perspectiva de resgatar seu importante mas esquecido ou desdenhado papel de prevenção especial e geral, uma referência central que não pode ser ignorada na implementação judiciária do dever de reparar os danos causados ao meio ambiente (cf., sobre a vocação da responsabilidade civil, Stéphanie Grayot, *Essai sur le Rôle des Juges Civils et Administratifs dans la Prévention des Dommages*, Paris, L.G.D.J., 2009, pp. 5-16).⁴³⁶

A função dissuasória da responsabilidade civil é enfatizada e dividida em prevenção especial, endereçada ao ofensor, para desestimulá-lo a reincidir ou a agravar o dano e a prevenção geral endereçada à sociedade, para que não incorram na mesma conduta. Evidente a semelhança de funções com o *punitive damages* e com o *exemplary damages*:⁴³⁷

Logo, a responsabilidade civil, se realmente aspira a adequadamente confrontar a natureza expansiva e difusa do dano ambiental, deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo. Não cabe descuidar que, além de sua função estritamente reparatória, a responsabilização civil do degradador visa a responder, de maneira direta e eficaz, à sua conduta, evitando que nela reincida ou agrave o dano já causado (= prevenção especial), e, simultaneamente, a desestimular comportamentos assemelhados de terceiros (= prevenção geral).⁴³⁸

Citando a doutrina de Délton Winter de Carvalho, cujas lições encontram-se anotadas neste trabalho, o relator sublinha a existência de uma função preventiva da responsabilidade civil ambiental: “um certo dever de preventividade objetiva”. Tal dever amplia as fronteiras da prestação jurisdicional de responsabilização por incluir a lesão

⁴³⁶ *Ibidem.*

⁴³⁷ *Ibidem.*

⁴³⁸ *Ibidem.*

existente e a futura (dano pretérito e dano futuro). Conclui: “Numa palavra, sai-se do paradigma do dano causado para o paradigma do ilícito causado.”⁴³⁹

7.5 *Punitive damages* e responsabilização objetiva: pressupostos

Algumas premissas devem ser compiladas para que a discussão a seguir seja bem delimitada. São premissas relativas à responsabilização civil pelo dano ambiental, conforme o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça e consoante a doutrina abalizada de André Augusto de Andrade, Nelson Rosenvald, Délton Winter de Carvalho, José Rubnes Morato Leite, Herman Benjamin, entre outros.

Em síntese podem-se estabelecer as seguintes bases, já expostas neste trabalho:

- a) no Estado Socioambiental, a responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva e integral;
- b) em qualquer lesão ambiental, há um dano moral coletivo, direto ou reflexo;
- c) o STF e o STJ admitem a existência e a aplicabilidade do *punitive damages*, em alguns casos;
- d) o sistema de proteção ambiental impõe uma hermenêutica ambientalizada e uma aplicação efetiva das normas de proteção ambiental;
- e) todo o sistema de proteção ambiental visa a sua preservação, objetivo principal e primário, as medidas repressivas, nesse sentido, são objetivos secundários;
- f) o compromisso intergeracional e os efeitos deletérios e imponderáveis do dano ambiental determinam a consideração do dano ambiental futuro;
- g) de todo o sistema constitucional e infraconstitucional é possível compreender que há um mandamento de orientação e adequação para a interpretação e aplicação das leis, qual seja, o princípio da máxima efetividade da proteção ambiental;
- h) a configuração do dano e a caracterização da responsabilidade ambiental admitem a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental;
- i) a responsabilidade civil assume, ou resgata, na atualidade a sua função dissuasória e preventiva;

⁴³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.145.083 – MG**. Disponível em: <<http://bit.ly/12omrjh>> Acesso em: 10 dez. 2014.

j) os *punitive damages* têm como objetivo principal a punição, o desencorajamento e a dissuasão;

k) nos Estados Unidos, no Canadá e nos demais países da família do *common law*, o uso do *punitive damages* é limitado e condicionado à gravidade da conduta e da lesão;

l) os *punitive damages* são aplicados usualmente nos casos em que há dano extrapatrimonial, mas podem ser empregados em situações de dano patrimonial como instrumento para coibir o lucro ilícito e algumas outras situações;

m) a sua aplicação independe de outras indenizações e de condenação penal;

n) a macrocomparação dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, permitem verificar a compatibilidade do ordenamento social e valorativo, que elege o direito como o sistema básico de contenção social e de resolução de conflitos;

o) a Lei de Ação Civil Pública é uma derivação das *class actions* norte-americanas e aqui no Brasil sofreu as necessárias adaptações para se compatibilizar com as regras essenciais do sistema do *civil law*;

p) a microcomparação entre o *punitive damages* e a indenização punitiva ou a teoria do desencorajamento, revela que o objetivo comum é evitar a lesão a bem jurídico tutelado;

q) a punição civil não é novidade no direito brasileiro, o CPC, a Lei de Ação Civil Pública, entre outras, preveem a punição por atos de má-fé,

r) a aplicação do *punitive damages* no direito brasileiro, em casos ainda não regras já está sendo feito pelos tribunais superiores, STF e STJ, que reconhecem na condenação pelo dano moral a existência de parcela dissuasória, exemplar ou desencorajadora, além da punitiva;

s) não se aplica ao microssistema ambiental, a legislação civil, exceto subsidiariamente, uma vez que as relações publicistas ambientalizadas possuem regramento, princípios e sistema próprio.

A questão seguinte diz respeito à possibilidade de condenação punitiva no caso de responsabilização objetiva. Duas são as posições possíveis. A primeira, vai da já ultrapassada impossibilidade de aplicação do instituto no Brasil (ultrapassada porque, ainda que com outra denominação, já é aplicado) até a ressalva da exceção de aplicabilidade nos casos de

responsabilização objetiva, sob o argumento da impossibilidade de mensuração da conduta, pressupondo que apenas o dolo ou a culpa grave a autorizariam.

André Gustavo Corrêa de Andrade aborda essa temática no seu livro “Dano moral e Indenização Punitiva” afirmando que “mesmo em caso de responsabilidade objetiva será aplicável a indenização punitiva, se o ofensor, comprovadamente, tiver atuado com culpa grave ou dolo.”⁴⁴⁰

O argumento do autor é de que na responsabilização objetiva, o dolo ou a culpa do ofensor seja demonstrada para fins de agravante da condenação, “Afinal, a responsabilidade objetiva não é sinônimo de responsabilidade sem culpa, mas de responsabilidade civil que prescinde da culpa e, conseqüentemente, dispensa, a princípio, a prova da culpa”.⁴⁴¹

Com efeito, para a configuração da responsabilização objetiva quanto à indenização compensatória ou reparatória, é suficiente a comprovação da conduta, do nexo de causalidade e do dano.

Não se perquire a culpa ou o dolo para caracterizar a responsabilidade do ofensor, mas em várias hipóteses o comportamento culposo ou doloso do ofensor é evidenciado pelas provas obtidas ou pode ser compreendido pela gravidade dos fatos.

Danos decorrentes de atividades proibidas ou não licenciadas exemplificam bem a hipótese. Nesse caso, o dolo evidencia-se pelo impedimento legal da atividade: pela sua vedação absoluta ou pela ausência de deferimento administrativo, o que implicaria em tese no atendimento de requisitos mínimos de proteção ambiental.

Essas situações, quando envolvem danos ambientais de grande extensão, como a poluição ou o envenenamento das águas dos rios e mares, a contaminação do solo, a destruição de um bioma, entre outros.

Para fins de caracterização da responsabilidade ambiental, conforme já assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, há a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental, o que significa dizer que em casos de danos de maior extensão, causados principalmente pela ação exploratória e degradadora de grandes empresas, tais como

⁴⁴⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 270.

⁴⁴¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 271.

petrolíferas, mineradoras e construtoras, que pela própria natureza das suas atividades causam grande impacto ambiental, a culpa é presumida e agravada pela extensão do dano.

O voto, cujos trechos seguem abaixo transcritos, de julgado do Superior Tribunal de Justiça, ilustram a tese da responsabilidade presumida (objetiva). Trata-se do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.133.842-PR, relator o Ministro Sidnei Beneti, agravante a Petrobrás.⁴⁴²

No voto foi consignado que a notoriedade do fato, derramamento de óleo na baía de Paranaguá, era suficiente para demonstrar a responsabilidade da Petrobrás: “O julgamento antecipado se viabilizou pela notoriedade dos fatos, não deixando dúvidas que o vazamento partiu do poliduto da Petrobrás.”⁴⁴³

A danosidade ambiental, de gravíssima proporção, foi demonstrada pelo próprio fato e por laudos técnicos: “Desta forma, pode-se concluir que o evento em questão é considerado gravíssimo, uma vez que os ecossistemas atingidos são de extrema fragilidade e complexidade, abrigando espécies endêmicas e características dos biomas da floresta, ombrófila densa (floresta atlântica), ecossistemas associados a mangue.”⁴⁴⁴

Na condenação pelo dano moral, reconheceu-se que deveria ser atendida a equação representada pela vedação de enriquecimento ilícito versus o desestímulo da conduta do ofensor:

Quanto ao dissídio jurisprudencial, no que se refere ao valor arbitrado a título de danos morais, não obstante e o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.⁴⁴⁵

Foi registrado no voto outro acidente ambiental provocado pela Petrobrás, no Rio de Janeiro em 2000, fato de notório conhecimento e amplamente divulgado. Usando mais esse argumento, o relator defendeu que a recomposição a ser determinada pelo Poder Judiciário,

⁴⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.133.842-PR**. Disponível em: <<http://bit.ly/1w7ukJV>> Acesso em: 08 dez. 2014.

⁴⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.133.842-PR**. Disponível em: <<http://bit.ly/1w7ukJV>> Acesso em: 08 dez. 2014.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

além de um viés repressivo, deve ser educativo e pedagógico para evitar que acidentes da mesma natureza ocorram outras vezes.

Não se trata do primeiro acidente e, a exemplo do acidente ocorrido no Rio de Janeiro em 2000, de notório conhecimento público pela ampla veiculação na mídia, com conseqüências e enormes prejuízos econômico, social e ambiental. Houve, nesse caso, imputação da responsabilidade à Petrobrás na recomposição material e moral aos pescadores atingidos.

Logo, compete ao Poder Judiciário, por meio da indenização recompor o patrimônio lesado, sob pena de enriquecimento sem causa, para além do papel repressivo, ser também, educativo e pedagógico, a fim de que a Apelante promova ações no sentido de se evitar que novos acidentes dessa natureza venham a acontecer.⁴⁴⁶

A gravidade da conduta, a ensejar uma condenação de efeitos educativos e pedagógicos, para evitar outros acidentes semelhantes, foi considerada não apenas pelo fato em julgamento, mas pelo histórico da empresa, que já se envolvera em acidentes da mesma natureza.

A conduta ultrajante ou maliciosa, requisito para a fixação de *punitive damages* nos Estados Unidos e no Canadá, entre outros, caracterizada no sistema jurídico brasileiro como a negligência, a fraude ou dolo, foi considerada existente pela repetição das condutas e pela extensão do dano.

Apesar de não ter sido mencionado em nenhum momento do voto a expressão *punive damages* ou qualquer outra no mesmo sentido, é evidente que todos os pressupostos para a indenização punitiva, conforme adotada nos países do sistema do *common law*, estiveram presentes.

O processo diz respeito a uma ação individual, razão pela qual não se enfrentou a questão da fixação da indenização punitiva em casos de dano moral coletivo, como foi feito no Recurso Especial nº 1.145.083, acima comentado.

Apesar da falta de sistematização, o cotejo das várias decisões até agora analisadas demonstram que o Superior Tribunal de Justiça, e o Supremo Tribunal Federal, com menos

⁴⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.133.842-PR**. Disponível em: <<http://bit.ly/1w7ukJV>> Acesso em: 08 dez. 2014.

exemplos, em razão das competências de cada um, endossam e aplicam o *punitive damages* com a roupagem que o sistema constitucional brasileiro exige.

7.6 Leis brasileiras que preveem a aplicação de indenização punitiva

Além do Código de Processo Civil e da Lei de Ação Civil Pública que preveem a indenização punitiva, nos casos de litigância de má-fé, outros dispositivos legais têm a mesma previsão, embora não seja comumente citados ou debatidos conforme adverte Andrade.⁴⁴⁷

A Lei nº 4.117 de 1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações, no seu artigo 84 (revogado em 1967) , previa a condenação por dano moral, determinando a utilização de critérios tais como a intensidade e o ânimo de ofender e a situação econômica do ofensor, parâmetros que não têm qualquer relação com o ofendido e com a mensuração do dano que lhe é imposto.

Os parágrafos do citado artigo, igualmente, devem ser transcritos uma vez que estabelecem valores mínimo e máximo para a indenização, demonstrando mais uma vez que o valor não seria fixado tendo em vista a extensão do dano; a possibilidade de se majorar a condenação ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor, mais uma demonstração do caráter punitivo da condenação; a mesma elevação caso a ofensa tenha sido perpetrado para o proveito econômico ou objetivos antinacionais, uma punição e um desencorajamento para a repetição da conduta:

Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

§ 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 2º O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio fôr.

§ 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 234-235.

⁴⁴⁸ BRASIL. **Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <<http://bit.ly/1AYzw33>> Acesso em: 10 dez. 2014.

A Lei de Imprensa, Lei nº 5.250 de 1967, da mesma forma, ao prever no seu artigo 53 os parâmetros para a fixação do dano moral atende a um critério punitivo ao estabelecer, no inciso segundo desse artigo, que deve ser observado a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, a sua situação econômica e o seu histórico.

A Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130⁴⁴⁹ Essa decisão não tem qualquer relação com a fixação do valor do dano moral prevista no artigo 53.

Art . 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.⁴⁵⁰

A Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279 de 1996, estabelece no seu artigo 210 que no cálculo dos lucros cessantes, causados por atos de violação do direito de propriedade industrial ou de concorrência desleal, será observado o melhor critério para o ofendido, dentro de um rol de três hipóteses, dentro das quais o valor do benefício auferido pelo responsável pela violação. Ao prever essa hipótese, o legislador contemplou um dos objetivos dos *punitive damages*, qual seja, o de impedir o lucro ilícito do causador da lesão, uma evidente punição para o que pretendia se locupletar ilicitamente.

Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido;

ou

II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130. Disponível em: <<http://bit.ly/1wu9hn1>> Acesso em: 10 dez. 2014.

⁴⁵⁰ BRASIL. **Lei n. 5.250 de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <<http://bit.ly/1yxPgHe>> Acesso em: 10 dez. 2014.

III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.⁴⁵¹

Serpa⁴⁵² relaciona no Código Civil vários dispositivos que contemplam condenações punitivas.

Na parte geral do código exercem funções punitivas o artigo 33, parágrafo único e o artigo 150. O primeiro dispositivo prevê uma pena de perdimento de bens, o segundo, a perda de um direito, qual seja, a de anular negócio jurídico:

Na parte especial, são exemplos de função punitiva as disposições sobre a inversão do risco de deterioração da coisa, prevista no artigo 339; os juros de mora do artigo 407; a cláusula penal, conforme o artigo 416; as arras confirmatórias do artigo 417 a 419, ou as arras penitenciais do artigo 420; na parte geral do código exercem funções punitivas o artigo 33, parágrafo único e o artigo 150.

Em relação aos contratos, para citar poucos, há a previsão de penalidade nas hipóteses dos artigos 555 e 557, que tratam da revogação da doação por ingratidão; artigo 575, denominado de “aluguel pena”; artigo 582, ao prever o “aluguel pena” para o comodatário que incorre em mora.

Há exemplos no âmbito da responsabilidade civil, como é o caso dos artigos 939 e 940 do Código Civil e o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, relativos à cobrança indevida de dívida, que sujeita o cobrador a pagar em dobro. O pagamento em dobro que indevidamente cobrou ou exigiu é uma típica indenização punitiva, fixada para coibir comportamentos semelhantes e punir o responsável.

Em nenhum dos casos seria possível a alegação de enriquecimento ilícito. Conforme observado neste trabalho, não há ilicitude no enriquecimento quando este ocorre conforme previsão legal ou judicial, seja o prêmio de um jogo de azar como a megassena ou uma indenização que tenha componente punitivo e dissuasório.

⁴⁵¹ BRASIL. **Lei nº 9.279 de 1996**. Lei de Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://bit.ly/1zHQ1jc>> Acesso em: 10 dez. 2014.

⁴⁵² SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação de Mestrado. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP, 2011, p. 192-196. Disponível em: <<http://bit.ly/1D359NN>> Acesso em: 10 dez. 2014.

7.7 Indenização punitiva em face do Código Civil

Conforme Nelson Rosenvald⁴⁵³, a função preventiva da responsabilidade civil significa uma quebra de paradigma mais ampla do que a ocorrida com o fortalecimento da responsabilidade civil objetiva.

Para Andrade⁴⁵⁴, a resistência de parte da doutrina à indenização punitiva tem base na dificuldade que os doutrinadores têm de pensar a responsabilidade civil com a função punitiva, função que seria atendida no nosso sistema jurídico apenas na seara do direito penal. Conforme essa visão tradicional, na área civil, a resposta ao dano deve ser apenas a reparação.

Rosenvald⁴⁵⁵ defende que o sistema de responsabilidade civil não pode se manter neutra diante das exigências da sociedade de risco, devendo assumir as suas funções basilares de punição, precaução e compensação.

O Código Civil em vigor no Brasil é de 2002 e incorporou no seu texto, em oposição ao Código Civil de 1916, preceitos e princípios constitucionais. No que diz respeito à responsabilidade civil, o atual código inovou ao prever a responsabilidade objetiva no parágrafo único do artigo 927 e no artigo 931:

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.

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.⁴⁵⁶

Nelson Rosenvald, tendo em vista a configuração da responsabilidade civil no Código Civil, escreve que “ao invés de uma responsabilidade civil de roupage

⁴⁵³ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 80.

⁴⁵⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 220.

⁴⁵⁵ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

⁴⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Insitui o Código Civil. Disponível em: <<http://bit.ly/1drzx5j>> Acesso em: 10 dez. 2014.

individualista, reativa e patrimonialista, novas tendências podem superar este déficit de regulação normativa”.⁴⁵⁷

Para o autor, urge um modelo de responsabilidade civil que possa atender as complexidades e demandas da sociedade brasileira: “O tecido social brasileiro se esgarça. As relações interprivadas se amesquinham, com a proliferação de condutas maliciosas. Por que motivo devemos negar a adequação da responsabilidade civil à sociedade em que estamos inseridos?”.⁴⁵⁸

Após a questão, Rosenvald finaliza com uma afirmativa que se sobressai, em se tratando de danos ambientais, com todos os recentes desastres ambientais ocorridos no Brasil e no mundo: “A diretriz de eticidade que norteia o Código Civil não pode se transformar em letra morta no universo dos atos ilícitos.”⁴⁵⁹

A advertência do professor Nelson Rosenvald, enseja um exercício hermenêutico de alguns dos artigos do Código Civil que tratam da responsabilidade civil.

Como anota Diogo Leonardo Machado de Melo,⁴⁶⁰ “a interpretação, estudo e desenvolvimento da responsabilidade (como de outros temas do direito) estão intimamente ligados à análise dos programas estabelecidos na Constituição da República, em que encontramos as soluções hermenêuticas aos problemas analisados.”

Desse modo, as observações a seguir devem se consideradas tendo em vista a hermenêutica ambiental, como preconizada por José Rubens Morato Leite e Benjamin, entre outros.

O primeiro dispositivo a ser considerado é o artigo 944 do Código Civil, apontado como um fator de limitação para a aplicação do *punitive damages*.

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.

⁴⁵⁷ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82.

⁴⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 256.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do Código Civil de 2002). In: **Revista de direito privado**, v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 106.

A primeira observação diz respeito a interpretação literal do dispositivo. Pretende-se que a interpretação seja no sentido de limitação da indenização ao dano. Contudo “medir” não tem o mesmo sentido de “limitar”. A indenização mede-se pela extensão do dano, não se limita ao dano. Tal raciocínio é reforçado pelos dispositivos que preveem o cálculo do valor da indenização pela multiplicação do valor do dano.

O segundo esforço hermenêutico diz respeito à natureza do dano previsto no artigo 944. Considerando-se a natureza do dano moral e a do dano patrimonial, pode-se defender que o dano previsto no artigo 944 é apenas o dano patrimonial, que pode ser mensurado, calculado, aferido.

O terceiro exercício, refere-se à palavra “indenização”. A indenização no caso do artigo 944 é a compensatória ou reparatória. O *caput* trata apenas da função compensatória. O parágrafo único trata da função preventiva. A função punitiva não é tratada, e nem é vedada. Nesse sentido, o enunciado 379, das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal: “379 – O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”⁴⁶¹

A quarta tentativa hermenêutica refere-se ao parágrafo único do artigo 944. A culpa do ofensor pode ser considerada pelo juiz para adequação equitativa da indenização. Significa dizer que pode ser feito um juízo de reprovabilidade da conduta do ofensor. Logo, a indenização não depende apenas do dano, mas também da conduta do ofensor.

Por fim, merece comentário o artigo 931, que ao prever a responsabilidade objetiva dos empresários individuais e das empresas, faz menção a outros casos a serem previstos em lei especial.

O artigo 883, parágrafo único, do Código Civil, deve ser mencionado, pois prevê a possibilidade do juiz destinar valores de uma condenação para instituições de beneficência. A utilização desse dispositivo é defendida para que não se configure, no caso de uma condenação punitiva, o enriquecimento ilícito:

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

⁴⁶¹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados**. Brasília, 2012, p. 59. Disponível em: <<http://bit.ly/1B9OmUG>> Acesso em: <10 dez. 2014>

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

No caso de dano ambiental, no entanto, a previsão da lei de ação civil pública, de se utilizar o Fundo de Defesa de Direitos Difusos é mais adequada.

Andrade⁴⁶² leciona que a indenização punitiva encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e que, ademais, é consectário da consagração constitucional dos direitos de personalidade e da previsão de indenização por dano moral.

Explica que a “ideia de indenização punitiva surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil, que assume um papel complexo determinado pelo próprio desenvolvimento da sociedade moderna.”⁴⁶³

No caso da proteção ambiental, direito humano especialmente tutelado na Constituição brasileira, a interpretação das respostas que o sistema jurídico prevê para a sua prevenção, reparação e punição, devem ser interpretados e aplicados visando a sua máxima efetividade. Nesse sentido, as interpretações dos dispositivos do Código civil relativos à responsabilidade civil, quando aplicados ao dano ambiental devem se curvar ao paradigma da ambientalização do direito brasileiro no Estado Socioambiental.

7.8 Propostas de alteração legislativa

Serpa⁴⁶⁴, na sua dissertação, apresentada em 2011, noticia a existência de vários projetos de lei, arquivados ou em tramitação, visando a introduzir a indenização punitiva, de modo expresso, no Código Civil. Cita os projetos de lei 6.960/02 e 277/07, da Câmara dos Deputados, e o projeto 413/07, do Senado, entre outros.

Mais recentemente, em 2012, foi apresentado mais um projeto com objetivos semelhantes. Trata-se do Projeto de Lei número 3.880/2012, que altera os artigos 186 e 194 do Código Civil, de autoria do Deputado Domingos Neto (CE), em tramitação na Câmara dos

⁴⁶² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 315.

⁴⁶³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 314.

⁴⁶⁴ SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação de Mestrado. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP, 2011, p. 192-196. Disponível em: <<http://bit.ly/1D359NN>> Acesso em: 10 dez. 2014.

Deputados após o apensamento ao projeto de lei 669/2011, que trata de várias alterações no Código Civil. A alteração proposta aos artigos 186 e 194 são as seguintes:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente material, moral ou social, comete ato ilícito.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano em todos os seus aspectos, seja ele moral, material, estético ou social.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização ou aumentá-la com o intuito de atingir a função punitiva e pedagógica da indenização.⁴⁶⁵

O projeto apresentado, especialmente em referência ao parágrafo único do artigo 944, apesar das eventuais críticas doutrinárias que ensejaria, poderia ser um grande avanço ao prever de modo inequívoco as funções pedagógicas e punitivas da responsabilidade civil.

Entretanto, melhor seria que houvesse no Brasil uma lei de responsabilidade civil, que não apenas regresse a responsabilidade pelo dano ambiental, mas também a do Estado, regulando o artigo 37, §6º da Constituição Federal.

⁴⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n. 3.880 de 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1we12ta>> Acesso em: 10 dez. 2014.

8 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou o direito ambiental à categoria de direito fundamental, criando um sistema de proteção que impõe ao Estado e à sociedade um conjunto de medidas cujo objetivo final é a proteção e preservação do meio ambiente. Nesse contexto, a repressão à poluição, à degradação e à destruição do bem ambiental, que se faz na seara penal, administrativa e cível, é uma consequência desse sistema de proteção e preservação, um imperativo para o Estado Socioambiental que tem o dever de otimizar e dar a máxima efetividade à tutela do meio ambiente, sob pena de desatender o mandamento constitucional.

No Estado Socioambiental, conforme defende parte da doutrina e consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva e integral e, em qualquer lesão ambiental, há um dano moral coletivo, direto ou reflexo.

De um modo geral, as respostas que o sistema jurídico brasileiro vem oferecendo, não têm sido suficientes para deter a degradação ambiental. No caso da responsabilização civil, em particular, as respostas meramente compensatórias ou ressarcitórias não atendem o imperativo de prevenir e preservar o meio ambiente. Ao contrário, o fato das indenizações serem limitadas à extensão do dano, avaliadas conforme critérios que não consideram integralmente a danosidade ambiental, presente e futura, e executadas após um longo curso processual, transmitem para a sociedade a concepção de que degradar compensa. Em razão disso, o princípio do poluidor-pagador passou a ser considerado, de fato, o princípio da vantagem poluidora.

O Estado Socioambiental é chamado a atuar para conter efetivamente a degradação ambiental, garantindo um desenvolvimento que seja ambientalmente sustentável. Nessa perspectiva, o instituto da responsabilidade civil atravessa mais uma grande mudança, após a evolução da teoria da responsabilidade objetiva, que é o resgate da sua função punitiva e preventiva, conforme aplicado no direito romano.

Nos países da família jurídica da *common law*, a responsabilização civil contempla há séculos, a função punitiva através dos *punitive damages* utilizados precipuamente para a punição por danos jurídicos, cuja reprovabilidade autorizam a condenação, e para desencorajar o mesmo ofensor ou terceiros que potencialmente possam causar danos semelhantes. Além dessas funções básicas, esse instituto jurídico, também conhecido como indenização punitiva, desempenha outras funções relevantes para o cenário ambiental brasileiro, como a de evitar o lucro ilícito, obtido através da degradação ambiental. Outra função relevante é a de compensar o valor da indenização de danos de difícil mensuração.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em vários dos seus julgados, fazem menção aos *punitive damages* e, em alguns casos têm determinado, a sua aplicação com a finalidade de dissuadir os comportamentos delituosos. O Superior Tribunal de Justiça, no caso de dano ambiental, considerando a existência direta ou reflexa de dano moral coletivo, julga que parcela do valor a ser paga pelo dano moral pode ter um objetivo pedagógico ou de desencorajamento de condutas semelhantes.

A legislação brasileira, ao contrário do que comumente se poderia pensar, é rica em exemplos de função punitiva na esfera cível. O Código Civil apresenta vários exemplos nos quais a condenação imposta é uma punição pela conduta ilícita. Do mesmo modo, há previsão de punições no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Ação Civil Pública, na Lei de Propriedade Industrial, entre outras. Não é possível, portanto, afirmar que o sistema jurídico brasileiro não contempla a função punitiva na esfera cível e que a imposição de punições é atribuição apenas do direito penal.

No Estado Socioambiental há uma principiologia e uma hermenêutica ambiental que não pode ser olvidada na interpretação e aplicação das normas jurídicas, sob pena de não se observar o mandamento constitucional de máxima proteção ambiental. Na repressão ao dano ambiental de grandes proporções, causados por atividades econômicas, deve-se necessariamente impor aos responsáveis sanções pecuniárias a título de desencorajamento e de punição, de modo que, ao ponderar o lucro possível e a sanção jurídica, o responsável, e todos os que possam cometer o mesmo dano, verifiquem a desvalia de degradar.

Em casos de responsabilidade objetiva pelo dano ambiental é possível a aplicação do *punitive damages* quando houver comprovação do dolo, ou da culpa grave, ou quando a natureza da lesão e o histórico do ofensor indicarem a pertinência da condenação. Em desastres ambientais de grandes proporções, causados por grandes empreendimentos, embora responsabilização objetiva, como regra geral para todos os danos ambientais, prescindida de culpa ou dolo, esses elementos podem ser verificados para fins de condenação punitiva.

Caso não haja condenações expressivas, do ponto de vista do poluidor, haverá vantagem econômica na atividade econômica poluidora ou degradadora. O ordenamento jurídico brasileiro não se coaduna com esse raciocínio.

Nos países da família do *common law* a condenação em *punitive damages* pode ocorrer de maneira excepcional em casos de dano patrimonial, nas hipóteses de lucro ilícito, equilíbrio contratual entre outros. No caso brasileiro, o raciocínio é igual, considerando que os valores sociais e jurídicos que se quer preservar são os mesmos, quais sejam a preservação ambiental, a censura expressa ao ato ilícito e o exemplo para outros que queiram auferir lucros da mesma forma.

Os entraves opostos à aplicação da função preventiva da responsabilidade civil e contra a aplicação dos *punitive damages* no Brasil são no campo da danosidade ambiental, que tem um regime jurídico de proteção especial, de ordem política e cultural e não de ordem técnica.

Em síntese, os *punitive damages* não incrementam a chamada indústria das indenizações ao incentivar a litigiosidade, pois qualquer condenação excessiva estará sujeita ao rígido e excessivo controle processual brasileiro; ademais no Brasil, diferente do que ocorre em alguns casos nos Estados Unidos, os valores de condenação e os seus parâmetros são fixados por juiz togado e não por um júri leigo.

O sistema jurídico do *civil law* admite a fixação de penas na esfera cível, além da esfera penal, como ocorre em várias hipóteses já mencionadas.

Não há enriquecimento ilícito na condenação de se pagar indenização punitiva, pois, no Brasil, há expressa previsão de um fundo financeiro que recebe as condenações que excedam a reparação; além disso, não há que se falar em ilicitude do enriquecimento ocorrido em razão de um processo judicial, razão jurídica mais do que suficiente para justificar o recebimento de parcela indenizatória, ainda que exceda o valor da reparação.

A incerteza quanto ao valor da condenação, na fixação da indenização punitiva, é um dos fatores que a tornam eficaz para a proteção do meio ambiente, pois evita que o poluidor contumaz possa, com antecedência, calcular os riscos econômicos para as suas ações poluidoras.

O código civil, no dispositivo que prevê que a indenização se mede pela extensão do dano (art. 944), não é óbice para a fixação de indenização punitiva ambiental, por três razões: a primeira porque a danosidade ambiental tem sistema de proteção própria de natureza constitucional, reconfigurado pelo Estado Socioambiental, sendo impossível pretender interpretar e aplicar normas constitucionais pela ótica de regras infraconstitucionais que, ao contrário, recebem o seu significado e legitimidade da Constituição; em segundo lugar, é possível interpretar o artigo 944, num exercício hermenêutico ambientalizado, de modo a se concluir que a medição, aludida no artigo, não significa uma limitação, mas sim um critério de mensuração; é possível compreender o dano, conforme previsto no dispositivo, como sendo apenas o de natureza patrimonial; por fim, o *caput* do artigo 944 apenas trata da indenização compensatória e ressarcitória, não se aplicando aos casos de função punitiva e dissuasória. Sendo possível a interpretação, em face da máxima proteção ambiental, deve ser ela compatibilizada, por impositivo constitucional, como aliás vem fazendo o Superior Tribunal de Justiça, conforme acórdão apresentado, ainda que sem enfrentar todas as questões acima mencionadas.

A interpretação de que o artigo 944, do Código Civil, não se aplica à indenização punitiva, está de acordo com o enunciado 379 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, conforme já registrado.

A exemplo dos projetos de lei mencionados, a proteção ambiental demanda, com urgência, um marco regulatório que não cause dúvidas ou insegurança jurídica, ao prever com mais rigor e detalhes as hipóteses de responsabilização civil pelo dano ambiental.

Enquanto não houver essa produção legislativa, caberá ao Poder Judiciário, atento ao sistema constitucional de proteção ambiental, evoluir na aplicação da norma protetiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. Edição Kindle. Coimbra: Almedina, 2013.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ASBAHR, Péricles. Da responsabilidade civil por dano ambiental nuclear. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AYALA, Patrick de Araújo. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARACHO Júnior, José Alfredo de Oliveira, **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARROSO, Lucas Abreu, **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **A proteção coletiva dos direitos na brasil e alguns aspectos da class action norte-americana, doutrinas essenciais de processo civil**. Disponível em: <<http://bit.ly/1vpL54P>> Acesso em: 19 nov. 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34. 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A citizen action norte-americana e a tutela ambiental. In: **Revista de processo**, v. 16, n. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado.** Disponível em: <<http://bit.ly/11kGS4B>> Acesso em: 21 nov. 2014.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BETIAL, Luciana Stocco. **Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BIBLIA. **Êxodo.** Capítulo 22, versículo 1. Disponível em: <http://www.bibliaon.com/exodo_22/> Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 3.880 de 2012.** Disponível em <<http://bit.ly/1we12ta>> Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <<http://bit.ly/1drzx5j>> Acesso em: 21 nov. 2014.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados.** Brasília, 2012. Disponível em <<http://bit.ly/1B9OmUG>> Acesso em <10 dez. 2014>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <<http://bit.ly/ZChEh1>> Acesso em: 17 nov. 2014.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Insitui o Código Civil. Disponível em: <<http://bit.ly/1drzx5j>> Acesso em: 10 dez. 2014.

BRASIL. **Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962.** Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <<http://bit.ly/1AYzw33>> Acesso em: 10 dez. 2014.

BRASIL. **Lei n. 5.250 de 1967.** Regula a liberdade de rmanifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <<http://bit.ly/1yxPgHe>> Acesso em: 10 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.938/81.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/1qwlbmH>> Acesso em: 28 nov. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.279 de 1996.** Lei de Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://bit.ly/1zHQ1jc>> Acesso em: 10 dez. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 2006/0262377-1.** Disponível em: <<http://bit.ly/1rRBfBG>> Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 2006/0262377-1.** Disponível em: <<http://bit.ly/1rRBfBG>> Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.133.842-PR.** Disponível em: <<http://bit.ly/1w7ukJV>> Acesso em: 08 dez. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://bit.ly/155Ncip>> Acesso em: 23 nov. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://bit.ly/1AqenRR>> Acesso em: 21 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.071.741.** Disponível em: <<http://bit.ly/1pyG3tT>> Acesso em: 21 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 295175.** Disponível em: <<http://bit.ly/1zMdpMf>> Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 295175.** Disponível em: <<http://bit.ly/1zMdpMf>> Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4029.** Disponível em: <<http://bit.ly/1uuuCdA>> Acesso em: 16 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento nº 455846.** Disponível em: <<http://bit.ly/1AaiP4t>> Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130.** Disponível em: <<http://bit.ly/1wu9hn1>> Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 101.** Disponível em: <<http://bit.ly/1pa3pvy>> acesso em: 29 nov. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://bit.ly/1ucqREm>> Acesso em: 19 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo convertidos em agravo regimental nº 641487**. Disponível em: <<http://bit.ly/11MjEo4>> Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo convertidos em agravo regimental nº 641487**. Disponível em: <<http://bit.ly/11MjEo4>> Acesso em: 02 dez. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo código de processo civil comparados e anotados: senado federal pls n. 166/2010 e câmara dos deputados pl n. 8.046/2010**. Saraiva: São Paulo, 2014.

BUSH, Brittan J. **The overlooked function of punitive damages**. 44 Rutgers L.J. 161, 2013-2014.

BUTTEL, Frederick H. **Environmentalization: Origins, Processes, and Implications for Rural Social Change**. Disponível em: <<http://bit.ly/1xBZNkr>> Acesso em: 01 jul. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. In: **Revista de Estudos Politécnicos**, v. VIII, n. 13, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1tkIkPU>> Acesso em: 12 maio 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri Boratti (org). **Estado de direito ambiental: tendências**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Délton Winter de Carvalho. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CHACÓN, Mario Peña. Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos delimitaciones y alcances en materia ambiental. In: **Revista de direito ambiental**, v. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

COELHO, Luiz Fernando. O renascimento do direito comparado. In: **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 162, 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/11kHkzg>> Acesso em: 17 nov. 2014.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. In: **Revista veredas do direito**. v. 08. n. 15. Belo Horizonte: Dom Helder Câmara, 2011.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Beatriz Souza; NACUR, Elcio. Neoconstitucionalismo brasileiro: o giro paradigmático de proteção ambiental. In: PADILHA, Norma Sueli; SOUZA, Maria Claudia S. Antunes (coords). **Direito ambiental I**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1x7FPkS>> Acesso em: 16 nov. 2014.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito a vida: Brasil, Portugal e Espanha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. Campinas: Millenium, 2006.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Avaliação de custos ambientais em ações jurídicas de lesão ao meio ambiente**. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DANNEMANN, Gerhard. Comparative law: study of similarities or differences ?. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. New York: Oxford University Press, 2008.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente** In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUPREE, JR, Thomas H. **Punitive Damages and the Constitution**. 70 La. L. Rev. 421 2009-2010.

FERREIRA, Heline Sivini Ferreira; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos objetivos do estado de direito ambiental na Constituição Federal de 1988. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; CAETANO, Matheus Almeida (orgs.). **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRAGA, Jesús Jordano. **La aplicación del derecho ambiental de la Unión Europea en España: Perspectivas de evolución y desafíos del IU Commune Ambiental Europeo**. Disponível em <<http://goo.gl/n1rNUe>> Acesso em 01 maio 2015.

GARABIS, Tessie Leal. **Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos**. 37 Rev. Der. P.R. 429, 1998.

GIDI, Antonio. **A Class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GONSOULIN, Dewey J. **Is an award of punitive damages covered under an automobile or comprehensive liability policy?** 22 Sw. L. J. 1968.

GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. 42 Colum. J. Transnat'l L. 391 2003-2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. In: **Revista de processo**, v. 157. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Vocação de diálogo do artigo 225 da Constitui o Federal no conflito ambiental. In: **Revista veredas do direito**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v. 9, n. 17, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1zspeHN>> Acesso em: 16 nov. 2014.

INDIA. Supreme Court of India. **Writ Petition (civil) n. 562 of 2009**. Samaj Parivartana Samudaya & ors. vs. State of Karnataka & ors. J. 18.04.2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1tZ0Nwf>> Acesso em: 16 nov. 2014.

JANSEN, Nils. Comparative law and comparative knowledge. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. New York: Oxford University Press, 2008.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; CAETAMP, Matheus Almeida. Breves reflexões sobre os elementos do estado de direito ambiental brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; CAETANO, Matheus Almeida (orgs.). **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi. Recepção de tratados internacionais ambientais como norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direito ambiental II**. Florianópolis: FUNJAB: 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1u5LF1x>> Acesso em 01 dez. 2014.

LEVIT, Victor B. **Punitive Damages: Yesterday, Today and Tomorrow**. Ins. L.J. 257, 1980.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCARELLI, Fabio Dutra. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/1zx2DJt>> Acesso em: 27 nov. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MALLOR, Jane; ROBERTS, Barry. **Punitive Damages: Toward a Principled Approach**. 31 Hastings L.J. 639, 1979-1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARSHALL, Kevin S; FITZGERALD, Patrick. **Punitive damages and the supreme court's reasonable relationship test: ignoring the economics of deterrence.** 19 St. John's J. Legal Comment. 237, 2004-2005.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n. 28. Brasília: CEJ, 2005.

MCGOVERN, Francis E. **Punitive Damages and Class Actions.** Louisiana Law Review, n. 70, 2010.

MCKOWN, James R. 14 Rev. **Punitive Damages: State Trends and Developments.** Litig. 419, 1994-1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do Código Civil de 2002). In: **Revista de direito privado**, v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 106.

MICHAELS, Ralf. The functional method of comparative law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law.** New York: Oxford University Press, 2008.

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

MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. In: **Revista de direito constitucional e internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano.** Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, v. 7, p. 435. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PADILHA, Norma Sueli. **O compromisso constitucional brasileiro com a sustentabilidade Ambiental**. Disponível em: <<http://bit.ly/1pBxstd>> Acesso em: 01 ago. 2014.

PIOVESAN, Flávia. O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988. In: BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coords.). **Direito Ambiental e as Funções Essenciais à Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2002.

PRIEST, George L. **Punitive Damages Reform: The Case of Alabama**. 56 La. L. Rev. 825, 1995-1996.

REZENDE, Elcio Nacur; BIZAWU, Kiwonghi. Responsabilidade civil por danos ambientais no brasil e em Angola: um estudo panorâmico comparado da teoria do risco criado versus a teoria do risco integral nos ordenamentos positivados do brasil e angola. In: PADILHA, Norma Suel; CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; FREITAS, Vladimir de Passos (coords). **Direito ambiental I**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/11nqHmX>> Acesso em: 20 nov. 2014.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; MACHADO JÚNIOR, José Carlos. A ambientalização do direito penal: a tutela do ambiente pela terceira via. In: CUNHA, Belinda Pereira da; ALBURQUEQUE, Letícia; SOUZA, Leonardo da Rocha de (coords.) **Direito ambiental III**. Florianópolis: FUNJAB, 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1x8iPCk>> Acesso em: 16 nov. 2014.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. **The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers**. 42 Am. U. L. Rev. 1269 1992-1993.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SAMPAIO, José Adercio Leite. Responsabilidade ambiental e ação civil pública. In: SOARES Junior, Jarbas; ALVARENGA, Luciano José (Cord.); **Direito Ambiental no STJ**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos punitive damages norte-americano no direito brasileiro. **Revista de direito privado**, v. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação de Mestrado. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP, 2011, p. 192-196. Disponível em: <<http://bit.ly/1D359NN>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção ambiental. In: DAIBERT, Arlindo (org). **Direito Ambiental Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

STACZUK, Bruno Laskowski; FERREIRA, Helene Sivini. A dimensão social do estado de direito Ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus Almeida (org). **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TESSLER, Marga Inger Barth, **Teoria Geral da Responsabilidade Ambiental**. Disponível em: <<http://bit.ly/1IISY8i>> Acesso em: 21 nov 2014.

THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. Salvador: Juspodivm, 2014.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

VULCANIS, Andréa. Direitos Fundamentais e meio ambiente. In: PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2010.

WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**. In: **Revista de processo**, v. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ZEKOLL, Joachim. Comparative Civil Procedure. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. In: **The oxford handbook of comparative law**. New York: Oxford University Press, 2008.