



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AMANDA CAMBUÍ PEREIRA

O INVERSO DA ANÁLISE DA CULPA:
LEITURA DA TEORIA DO RISCO A PARTIR DO ROMPIMENTO DE
BARRAGEM EM MARIANA/MG

Salvador
2018

AMANDA CAMBUÍ PEREIRA

O INVERSO DA ANÁLISE DA CULPA:

LEITURA DA TEORIA DO RISCO A PARTIR DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM
EM MARIANA/MG

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Emanuel Lins Freire Vasconcellos

Salvador

2018

AMANDA CAMBUÍ PEREIRA

O INVERSO DA ANÁLISE DA CULPA:

LEITURA DA TEORIA DO RISCO A PARTIR DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM
EM MARIANA/MG

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 28 de fevereiro de 2018.

Emanuel Lins Freire Vasconcellos – Orientador _____
Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia.

Tagore Trajano de Almeida Silva _ _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia.

Técio Spínola Gomes _____
Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia.

PEREIRA, Amanda Cambuí. **O inverso da análise da culpa**: leitura da teoria do risco a partir do rompimento de barragem em Mariana/MG. 67 p. 2018. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho estuda a evolução da responsabilidade civil, calcada como contemporânea, e seus reflexos na teoria do risco integral, tendo como ponto de partida as legislações e princípios gerais do direito que desembocaram numa compreensão jurisprudencial moderna. Na nova face da responsabilidade civil, optou-se, enquanto fios condutores, pelo estudo das obras de Alvino Lima, Nelson Rosenvald e Geneviève Viney. Nesse ínterim, o objetivo deste estudo foi o de verificar a possibilidade de delimitar a teoria do risco integral a partir da compreensão contemporânea do “direito de danos”, conforme expressão emplacada por Nelson Rosenvald. A pesquisa efetivada indicou que esta teoria possui bases antigas e consolidadas pela jurisprudência atual, mas padece de robustez técnica em determinados aspectos. Todavia, o arcabouço jurídico-teórico conferido pelos entendimentos atuais da responsabilidade civil pode ser viabilizado por meio da teoria do risco integral, aplicável, especialmente, aos danos praticados em face do meio ambiente.

Palavras-chave: Responsabilidade civil contemporânea; Teoria do risco integral; rompimento de barragem.

PEREIRA, Amanda Cambuí. **The inverse of the fault analysis**: reading about the theory of risk from the dam failure. 67pp. 2018. Undergraduate thesis – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The thesis studies the evolution of civil responsibility, called as contemporary, and its reflexes in theory of integral risk, starting with the corresponding legislations and corresponding general principles of law that have created a modern vision of the jurisprudence. In the new face of civil responsibility, it was decided to study the works written by Alvino Lima, Nelson Rosenvald and Geneviève Viney. In the meantime, the objective of this study is to verify the possibility of delimiting the theory of integral risk from the contemporary understanding of the civil responsibility. The actual research indicated that this theory has old bases and it was consolidated by the current jurisprudence, but suffers from technical consistency in certain aspects. However, the legal bases provided by the current understandings of civil responsibility can be made via the theory of integral risk, applicable, especially, to the damages practiced against the environment.

Keywords: civil responsibility. theory of integral risk. dam failure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	08
2.1 SUPRESSÃO DA ANÁLISE DA CULPA NO DIREITO PRIVADO.....	08
2.2 ANÁLISE DO SISTEMA DE INDENIZAÇÃO BRASILEIRO.....	15
2.2.1 Arbítrio do montante indenizatório	16
2.2.1.1 <i>Função reparatória: o retorno do bem lesado ao status quo ante</i>	20
2.2.2 Indenização aos danos coletivos	22
3 DA “CULPA AO RISCO”	27
3.1 PERSPECTIVA PROGRESSIVA DAS TEORIAS DO RISCO.....	27
3.2 ANÁLISE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL.....	30
3.3 FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM BASE NA SOCIEDADE DE RISCOS.....	37
3.3.1 Do princípio da precaução aos danos ambientais	39
4 ANÁLISE FÁTICA E JURISPRUDENCIAL DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM EM MARIANA/MG	43
4.1 DOS EVENTOS DANOSOS OCORRIDOS EM MARIANA/MG.....	43
4.1.1 Dos termos de compromisso firmados em caráter emergencial e preliminar	45
4.1.2 Da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal	47
4.2 DO PRECEDENTE JUDICIAL OCORRIDO NA REGIÃO.....	51
4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA BASEADA NOS CASOS DE ROMPIMENTO DE BARRAGEM.....	55
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso pauta-se em estudo de caso, centrado nos acontecimentos perpetrados em Mariana, município localizado no estado de Minas Gerais, enquanto delimitação do objeto da pesquisa. Calcou-se em raciocínio dedutivo, visto que há relação com dados, leis e princípios gerais.

Ademais, conforme foi afirmado, a pesquisa demandou estudo de caso, no qual se emprega dados quantitativos e qualitativos, sobretudo mediante a análise de conteúdo documental, processual, legislativo. Tem o condão de apontar problemas em políticas governamentais, além de organizações em geral, a exemplo dos órgãos com competência ambiental.

Nesse sentido, o capítulo dois deste trabalho monográfico abordou as tendências contemporâneas da responsabilidade civil a partir das lições estipuladas por Geneviève Viney acerca dos problemas hodiernos constatados com base em uma leitura constitucional. Abordou-se que, no direito privado, para casos específicos, foi suprimida (doutrinária e jurisprudencialmente) a análise da culpa.

Por isto, efetivou leitura acerca do sistema indenizatório brasileiro – dando azo às percepções acerca da fixação do montante a ser conferido com objetivo compensatório; em soma, à existência de danos de massa. Possibilitou, dessa forma, reflexões atinentes ao comportamento adotado pelos tribunais estaduais e superiores, além da análise de divergências doutrinárias existentes no Brasil.

O terceiro capítulo, atento às modificações relacionadas tanto à culpa, quanto às teorias de risco, baseou-se na célebre obra de Alvino Ferreira Lima, publicada em 1938. Assim, foi desenvolvido estudo em perspectiva histórica acerca da teoria objetiva em âmbito nacional, assim como das teorias do risco que, após, foram firmadas por doutrina e jurisprudência.

Pesquisou-se acerca da teoria do risco integral, que ocupa centralidade neste trabalho em virtude de sua relação com o acidente ambiental estudado. Em paralelo, o direito material correspondente foi pontuado; bem como, o princípio da precaução.

Acerca da análise das funções da responsabilidade civil, desenvolvidas nos dois capítulos anteriores, como também no último, escolheu-se como fio condutor a

tese de doutoramento de Nelson Rosenvald. Para tanto, analisou-se as vertentes preventiva, precaucional e reparatória.

Por fim, o último capítulo, estudo de caso efetuado com base nos ensinamentos de Miracy Gustin e Maria Teresa Dias, analisou os eventos danosos ocorridos no referido município de Mariana, assim como as ações civis públicas que foram ajuizadas e os institutos jurídicos inerentes, abordados no capítulo antecedente. Centralizaram-se as reflexões na responsabilidade objetiva com base na teoria do risco integral conforme delimitação pautada nas tendências contemporâneas da responsabilidade civil.

Busca-se compreender de forma mais cristalina, questões fundamentais com às funções reparatória e precaucional, evidenciando a atuação do Judiciário brasileiro, assim como dos órgãos ministeriais e fiscalizatórios. Ademais, a compreensão do alcance da proteção jurídica conferida aos interesses metaindividuais, assim como a relevância destes para os interesses da sociedade civil.

Além disto, objetiva-se verificar a viabilidade de ampliar os limites de interpretação do direito privado no sentido de reformulá-lo com fulcro nas tendências contemporâneas. E, verificar a relação dos danos ambientais ocorridos no município de Mariana, Minas Gerais, com as tendências mencionadas e de que forma estas incidem na práxis jurídica, de modo a evitar a repetição dos danos já ocorridos, além de compreender de que forma podem ser dirimidos os danos já constatados.

A pesquisa é realizada com o fito de contribuir com a transformação da responsabilidade civil, considerando os ditames da Constituição Federal de 1988 e a necessidade de humanização das relações privadas. Em consonância a isto, almeja verificar o papel do sistema jurídico brasileiro na tutela dos interesses metaindividuais. Em suma, quer-se um Direito que atue de modo ativo, ainda que imparcialmente (no caso de medidas adotadas pelo Poder Judiciário), e que colabore com a construção de um Estado Social.

2 TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Transformações nas sociedades contemporâneas provocadas por mudanças tecnológicas assim como econômicas marcaram o instituto da responsabilidade civil, levando-lhe a modificações constantes e proporcionando-lhe consequências diversas. A exemplo, tecnologias complexas e sofisticadas trouxeram consigo perigos às pessoas, aos bens e ao meio ambiente.¹

Vive-se em momento no qual o medo reside na contingência dos danos que ameaçam ocorrer em virtude das tantas tecnologias construídas, sobretudo pensando em ilícitos que se perpetram nas relações de direito privado. De forma inteligível, o produto dos novos transportes, novas máquinas, que foram sendo construídos, com base nas invenções anteriores, tornou-se mais complexo.

Os riscos foram sendo gradativamente conhecidos e melhor controlados, de forma retroativa, isto é, é possível controlar aquilo que já existe após a construção do conhecimento da coisa; de modo que novos perigos continuam surgindo - e cada vez mais robustos.

2.1 SUPRESSÃO DA ANÁLISE DE CULPA NO DIREITO PRIVADO

Há uma concepção inicial do direito civil que é base para outras visões (tradicional ou clássica, que pode ser melhor vislumbrada ao ser denominada como inicial, originária), consideradas como contemporâneas (ou ainda como tendências), visto que, desta visão clássica, conceitos foram modificados em virtude do novo contexto de relações jurídicas instalado (ou mesmo, em desenvolvimento). Nesse sentido, compreendendo o Direito Civil de forma ampla e transformadora; não sedimentado no passado, atento às dinâmicas sociais e as mudanças que são necessárias em virtude da própria transformação da inteligência humana. Este cenário atual, tido como novo, diferente do originário, contou com fatores sócio-econômicos.

¹ VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. TEPEDINO, Gustavo (org.). In: **Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 42-43.

Do ordenamento social ao jurídico, compreendem-se muitos deveres. Caio Mário da Silva Pereira ensejou a ideia de que, na órbita política, os deveres fazem-se presentes "do cidadão para com a sua pátria"; e, em esfera social ampla, vê-se que o indivíduo tem de cumprir deveres perante a sociedade, sejam morais, "espirituais ou de cortesia".²

Quando esses deveres alcançam o ambiente jurídico – tornando-se as denominadas obrigações³ – trazem consigo compromissos de natureza patrimonial (em um sentido positivo, prestacional), relacionados ao respeito aos bens jurídico alheios (sob uma ótica de que o indivíduo tem de se abster da prática de comportamentos violadores) e que são atinentes também à integridade física, moral ou econômica de outrem.

Do inadimplemento dessas obrigações podem decorrer efeitos variados. Mas, há de ter ocorrido algum dano. Assim, o resultado danoso é fator determinante para constituir o dever de indenizar. É por esta razão que é vislumbrado como fato constitutivo de ato que consiste em cumprir coação judicial.⁴

O inadimplemento de uma obrigação faz nascer, para o credor, a faculdade de obter um provimento judicial. O devedor deve executar aquilo que se obrigou, "entregando a *res debita* ou realizando o fato, ou desfazendo o de que se devia abster"⁵ conforme aludiu Caio Mário. Todavia, estas hipóteses podem não se concretizar como possibilidades para o devedor, seja parcial, seja integralmente. Restará, portanto, ao Judiciário, converter (ou cumular) o inadimplemento em perdas e danos.

Após ter sido constatado o erro de conduta do agente, que agiu contrariamente à uma norma, com culpa ou dolo, verifica-se que houve ofensa a determinado bem jurídico (o dano). Desta forma, deverá ser analisada a relação de causalidade entre a ação que se firmou como antijurídica e o dano causado. São

2 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 3.

3 "A palavra obrigação tem [...] sentido técnico e restrito, que se cultiva desde as origens da especialização jurídica, guardado nos tratados e conservado nas legislações". PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 3.

4 Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 315. Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 100.

5 Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 315.

estes os pressupostos considerados como essenciais para determinar o dever de reparar conforme concepção clássica do direito civil: culpa, o dano e nexo de causalidade.

O que então se objetiva com este raciocínio jurídico é pôr em equilíbrio uma relação que foi afetada pela antijuridicidade – sem extrapolar os limites do dano para que não se concretize enriquecimento ilícito. Nesta senda, ressalta-se que a indenização foi criada para ser simétrica ao bem lesado, inatingível (no todo ou em parte) e corresponde, portanto, a uma quantia monetária.

Historicamente, conforme pesquisa efetivada por John Gilissen, a responsabilidade civil existente era coletiva e consistia em vingança familiar ímpar: especificamente porque abarcava as solidariedades passiva e ativa dos grupos familiares dos quais faziam partes a vítima e o agente causador do dano.⁶ O sistema reparatório assim operou, e de modo mais aviltado entre os séculos XII e XIII no continente europeu, quando, lentamente, à medida em que se avolumava o período iluminista, os indivíduos escolheram as liberdades individuais como marcos do período em que viviam.

De lado grego e oriental, as influências tinham conotação moral, individualista e forneceram teor subjetivo para a análise da culpa. O Estado Romano contribuiu com critérios objetivos por ser relacionado, sobretudo, à ideologia cristã; a qual remonta especificamente ao aspecto moral (disseminado à época). Propugnava-se o livre arbítrio de todos os homens e mulheres, os quais deveriam agir em paralelo à ética estabelecida pela Igreja Católica. Então, na formação da culpa, a ideia de má utilização do livre-arbítrio teve manifesta influência no ideário jurídico.

Como salientou Anderson Schreiber, assegurou-se “uma justificativa ética ao próprio dever de indenizar”⁷. A bíblia trouxe diversos dogmas, inclusive, o que proíbe que seja desejado mal a outro praticante da religião católica. Praticar ato eivado de pecado significava causar prejuízo perante a Deus e aos demais, o que também ensejaria responsabilidade.

A partir de análises efetivadas pela doutrina francesa da obra de Jean Domat, restou evidente que, dentre os pressupostos da responsabilidade civil moderna, a

6 GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, trad. portuguesa de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, p. 751.

7 SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

culpa é o elemento central. O mencionado jurista influenciou de modo significativo o Código Napoleônico, que veio a inspirar, inclusive, outras codificações nacionais; ademais, seus escritos, foram perquiridos e construtivamente criticados pelo douto Teixeira de Freitas. Percebe-se que o direito brasileiro possui base de formação romano-germânica, dependendo de seu desenvolvimento pretérito para ser construído em terras nacionais, visto que influenciou as teses jurídicas brasileiras pelo referido expoente do Direito Privado brasileiro.⁸

Nesse sentido, o ápice do processo que erigiu o direito natural como laico ocorreu no iluminismo. Os direitos naturais passaram a independender de crenças religiosas. Foi defendido o direito de resistir às autoridades, calcado na vontade dos indivíduos, bem como o direito à integridade corporal, já nos séculos XVI e XVII. Neste âmbito, repercute-se os nomes de Samuel Pufendorf, H. Grócio e Thomas Hobbes. John Milton, a exemplo, deu voz aos direitos de autodeterminação do homem, ilustrando que a Inglaterra no século XVII firmou a concepção contratualista da sociedade.

A “Bill of Rights”, implementada pelo parlamento inglês em 1689, protegeu o patrimônio dos particulares ao estipular que os tributos poderiam ser cobrados observando o período e a forma autorizados pelo parlamento; assim, o Estado Liberal foi gradativamente sendo efetivado. O Lord Edward Coke transmitiu a proteção necessária ao direito de propriedade, formulando pensamento com vertente burguesa e individualista através do tripé “vida, liberdade e propriedade”.⁹

Conforme lecionou Geneviève Viney (1995, apud SCHREIBER, 2013, p. 12), a culpa não se resumia a uma condição para determinar a responsabilidade civil, pois elencava-se como medida para auferir a reparação.¹⁰ Eis que, dentre as causas da ilicitude, tem posição de relevância. Instituiu-se como baliza para determinar a responsabilidade dos particulares de modo que o uso equivocado de liberdades individuais tinha de ser atestado objetivamente, como também comprovado

8 SUZART, Joseane. **Teixeira de Freitas, o jurista que sedimentou o Direito Privado em prol da sociedade**. Acesso em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-23/teixeira-freitas-jurista-sedimentou-direto-privado>>.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 39 e 40.

10 VINEY, Geneviève. Introduction à la responsabilité in Jacques Ghestin (dir.). *Traité de Droit Civil*. Paris: LGDJ, 1995, p. 14. In: SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

subjetivamente.

A noção jurídica de culpa, portanto, consubstanciou-se em elementos anímicos e psicológicos. Pontes de Miranda a distinguiu do dolo com base no critério da falta de devida atenção¹¹. Entender este pressuposto enquanto gênero do qual se compreende negligência, imprudência e imperícia confere-lhe teor demasiado relativo visto que se tratam de conceitos indeterminados, dependendo de construção doutrinária, sobretudo.¹²

Remonta-se ao dito acima: o elemento central da responsabilidade civil é a culpa, proposta pelo ilegítimo exercício da liberdade individual. A ideologia que se consolidou, liberal e individualista, defendeu a ampla atuação dos particulares com base na ideia de liberdade. Desta forma, tem-se a ideia correspondente de que exercer mal a liberdade individual concedida pelo Estado engendraria o raciocínio de responsabilidade.

“Que juiz poderia sondar os rins e os corações? Seria isto verdadeiramente justiça?”. Reverberando a ideia de bases mais sólidas para o direito privado, Philippe le Tourneau e Loic Cadiet¹³, juristas franceses renomados, formularam saber corriqueiro no sistema de responsabilidade civil brasileiro: a subtração da culpa para infirmar o dever de indenizar.

A conotação anímica da culpa, nesse esteio, que foi desenvolvida conforme preceitos morais e cristãos, tornou difícil a sua própria comprovação. Não havia responsabilidade que não pudesse ser combatida; isto é, teria de ser refutada pela suposta culpa do agente para se concretizar. O que, *prima facie*, liga-se, inclusive-se, a uma visão comum de justiça¹⁴.

Porém, para os atos ilícitos que produzem danos em grandes escalas, é difícil para a vítima provar a culpa do agente que causou o prejuízo. Aliás, pode-se dizer que, em alguns casos, é inviável pretender-se à identificação do autor porque o evento pode ser inesperado ou pode ter acarretado consequências em ampla

11 MIRANDA, Pontes. Paulo de Lacerda (coord.). **Manual do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: 1929, p. 130.

12 ALTAVILLA, Enrico. La culpa. Torino: UTET, 1957, p. 42. In: SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

13 LE TORNEAU, Philippe. CADIET, Loic. Droit de la Responsabilité. Paris: Dalloz, 1998, p. 754. In: SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17.

14 ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e Pena Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

escala. Por isto que a compreensão originária não oferta aos sujeitos de direitos instrumentos capazes de mitigar eficazmente os efeitos danosos gerados por meio de condutas antijurídicas.

Deste cenário, restou diminuída a análise do elemento atinente à culpabilidade do indivíduo no sistema de responsabilidade civil nacional. Da concepção clássica da responsabilidade civil, sobrelevaram-se institutos, pautados em necessidades sociais, por se contemplar que o Direito é, em sua práxis, compreendido como área dotada de “concretismo instrumental”, pois busca conferir a cada um aquilo que, por dever, lhe cabe, como informa o princípio do “alterum non laedere (neminem laedere)” sedimentado pelo jusfilósofo Ulpiano.¹⁵

Atreladas às instituições de direito civil, estão as normas constitucionais. A Lei de Introdução às Normas Brasileiras informa, no artigo 5º, que o Judiciário deve atender aos fins sociais, bem como às exigências do bem comum, os quais estão delimitados no texto constitucional. Como bem salientou Maria Celina Bodin¹⁶,

a interpretação das normas jurídicas, ainda que importe sempre na sua recriação pelo Juiz, não resta submetida ao livre arbítrio do Magistrado ou dependente de sua exclusiva bagagem ético-cultural, encontrando-se definitivamente vinculada aos valores primordiais do ordenamento jurídico

As atividades que criem a possibilidade de lesionar a segurança das pessoas e dos bens incluem-se dentre aquelas que ensejam o dever de responsabilizar sem que, para tanto, tenha se analisado o elemento de culpabilidade do agente. Geneviève Viney cita, como exemplos, a exploração de minas, pedreiras, como também complexos industriais que distribuam energia e transportes aéreos.¹⁷

Por isto, o legislador, no Código Civil de 2002, instituiu cláusulas gerais de responsabilidade objetiva. Até então, se tinha no Código Civil de 1916, o que se pode esperar em virtude da época em que foi inserido no ordenamento pátrio: a culpa enquanto pressuposto solene. O artigo 159 da codificação civil passada

15 Nesse sentido, cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

16 MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**. Vol. I. 1991. p. 10.

17 VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. TEPEDINO, Gustavo (org.). In: **Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 45.

determinava que se por omissão voluntária, negligência, ou imprudência, direito de outrem fosse violado, ou prejuízo fosse causado, o agente seria obrigado a reparar o dano.

A construção europeia criou sistema intermediário, principalmente na Itália e em Portugal, no qual a culpa seria presumida e haveria inversão do ônus da prova. Igualmente, a natureza perigosa da atividade, ou os meios para sua consecução empregados, ascenderam como hipóteses amplas; todavia, nestas codificações específicas, relativiza-se a objetividade por meio da possibilidade de o agente provar que empregou todas as providências e medidas aptas a prevenir o dano.¹⁸

A sucessão de influências entre as codificações de direito privado, demonstra como os ordenamentos jurídicos nacionais são construídos de modo semelhante e, como, além disto, as situações danosas repetem-se globalmente. Corroborando, Milton Santos sinaliza que o espaço geográfico – mundializado – inserido no processo de globalização contém territórios nacionais transformados em espaços nacionais da economia internacional.

A sistemática constitucional ensejou diversas responsabilidades objetivas, como a concretização do Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei n. 8.078, promulgada em setembro de 1990. Ainda, a responsabilidade pautada por fato de terceiro e por fato de animal. Antes da Constituição Federal de 1988, o direito brasileiro também disseminou a responsabilidade objetiva em legislações especiais, a exemplo do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565 de 1986) e, ainda, anteriormente, a Lei de Estradas de Ferro – atividade acima mencionada como de risco –, consubstanciado no Decreto n. 2.681 de 1912.

A objetividade da análise jurisdicional foi também consagrada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil vigente, sendo de extrema importância – conforme asseverou Paulo de Tarso Vieira Sanseverino¹⁹ – pautada no risco emanado da

18 O Código Civil português inspirou o brasileiro ao determinar no artigo 493 que: “2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”. Já o Código Civil italiano: “Qualquer um que cause dano a outros no desenvolvimento de uma actividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado ao ressarcimento se não provar ter adotado todas as medidas idôneas a evitar o dano”. Evidentemente, influenciou mais à frente a norma portuguesa. Cf. SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22.

19 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. A cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores. **Superior Tribunal de Justiça. Doutrina. Edição comemorativa – 25 anos**. Brasília,

atividade que produziu o dano. A responsabilidade opera desta forma nos casos mencionados em lei ou quando a natureza da atividade criar riscos para direitos de terceiros.

Por isto, a importância de análise no caso concreto para enquadrar o fato à cláusula geral estipulada no dispositivo do Código Civil. A objetividade entra em sintonia com a ideia de preventividade da responsabilidade civil, visto que as atividades consideradas como de risco carregam a chance da ocorrência de danos.

No direito italiano, o artigo 2.050 do Código Civil é aplicado, pelos tribunais, aos casos de gestão de aeroportos²⁰. A jurisprudência expressamente entendeu que inexistente relação contratual entre a operadora aeroportuária e a companhia aérea, pois, em virtude da periculosidade da atividade aplica-se a norma do código civil. Em caso analisado por Matteo Dellacasa, um avião partindo de Gênova e direcionando-se a Sestri, cidades italianas, colidiu com gaivotas logo após a aeronave ter decolado, momento em que ascendia o vôo. Essa situação, por ser recorrente, ficou conhecida como “bird strike”. Resta evidente que empresa de companhia aérea sofreu prejuízos em virtude da complexa atividade desenvolvida em aeroportos.

A concessionária do aeroporto de Gênova, por sua vez, para conter as aves (que se assustavam frequentemente com o decolar dos aviões, ingressando em suas trajetórias, após alçar vôo vertical) enviava equipes com intervalos de trinta minutos para subtrair a espécie ali existente por meio de tiros disparados por rifles. O caso traz, como perquiriu o autor italiano, uma linha de tensão entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade contratual, demandando a interpretação do jurista. Prevaleceu, no entanto, a natureza perigosa da atividade – a qual demanda cautela maior para garantir a devida operação do transporte aéreo de passageiros – certificando a necessidade também de proteção à integridade corporal.

2.2 ANÁLISE DO SISTEMA DE INDENIZAÇÃO BRASILEIRO

O artigo 186 do Código Civil determina que aquele que viola e causa dano a

2014, p. 356.

20 DELLACASA, Matteo. Quando il gabbiano investe l'aereo: responsabilità private e pubbliche per mala gestio del servizio aeroportuale. **Dano e Responsabilità**. [Milano, Itália]: IPSOA, n. 2, 2002.

outro comete um ato ilícito que pode se concretizar tão somente em sua esfera extrapatrimonial. O Código Civil instituído em 2002 (pela Lei nº 10.406/02) criou espaço para desenvolver a ideia de dano moral e sedimentá-la.

2.2.1 Arbítrio do montante indenizatório

O Título IX do Código Civil contém dispositivos correspondentes à aspectos da indenização no Capítulo II. O artigo 944, nesse esteio, estabelece que a extensão do dano conduz-se como parâmetro de medida do valor a ser instituído como produto indenizatório, assim fixado pelo mister jurisdicional. Excetuando esta determinação, o parágrafo único informa que, sendo desproporcional a relação entre gravidade da culpa e dano, o juiz poderá instituir numerário, em termos de pecúnia, diminuído – dessa forma compreendendo-se em relação ao que habitualmente poderia ser estabelecido não fosse a relação de desproporcionalidade.

Nesse sentido, para que o valor seja reduzido no momento do arbítrio pelo juízo, deve-se restar evidente a incidência do parágrafo do artigo 944 citado. Em atenção ao que vem sendo aplicado pelos tribunais, tem-se o julgamento colegiado do Recurso de Apelação nº 0215080-93.2009.8.26.0005, analisado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo²¹, cuja decisão consistiu em provimento parcial ao instrumento processual apresentado.

O acórdão, datado de 16 de fevereiro de 2011, evidenciou que o valor a ser arbitrado a título de indenização por danos morais deve se pautar na “exata medida da extensão do dano e da culpa do ofensor”. O recurso foi interposto, em face de decisão de 1º grau que julgava ação com o fito de declarar inexistente débito oriundo de contrato de *leasing*, assim como de obter o reconhecimento de danos extrapatrimoniais.

21 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 14.414. Apelação Cível nº 0215080-93.2009.8.26.0005/SP. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Parcial procedência. Ausência de prova de que a celebração de contrato de leasing foi feita pelo autor. Inscrição indevida. Dano moral. Ocorrência. Indenização fixada no valor de R\$ 1.500,00. Majoração. Cabimento. Importância que não se mostra apta a reparar os danos causados. De rigor sua majoração para o correspondente a 50 (cinquenta) salários mínimos, vigentes à data do efetivo pagamento. Arbitramento em consonância com o que prescreve o art. 944 e parágrafo único do Código Civil. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. Relator: Desembargador Salles Rossi. São Paulo, 16/02/2011. Tribunal de Justiça de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, fl. 97.

As operações de leasing são resultado do desenvolvimento dos sistemas financeiros, incluindo o sistema de impostos, surgindo no Brasil na década de 70, após terem se disseminado em países desenvolvidos cerca de duas décadas anteriores. Segundo Rodrigo Lopes, como ramificação das operações de arrendamento, passaram a ser executadas em virtude da “intrínseca rentabilidade financeira”. Assim que, no ano de 1974, entrou em vigor a Lei nº 6.099, regulando o tratamento tributário a ser aplicado a estas transações comerciais.²²

O estabelecimento Santander Leasing S.A – Arrendamento Mercantil, réu da demanda, foi condenado, então, a título de indenização, a pagar R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). O autor impugnou a sentença para que fosse majorado o valor estabelecido.

Relatou-se, no acórdão, que foi ostensível “a culpa da ré pelo evento danoso” (fl. 2) em virtude da abertura de contrato de financiamento por meio dos prepostos da pessoa jurídica. Outrossim, entendeu-se que a despeito de ter sido configurada a culpa neste caso específico, diversos tribunais assimilam que os fornecedores são responsáveis sem análise de culpa, logo, objetivamente, no momento de “abertura de linhas de crédito, serviços e afins” (fl. 3).

Desta forma, dispensa-se que seja analisada culpa com base no risco, parte da essência dos serviços de financiamento. Complementando, mencionou-se que o arrendador tem o encargo de “adotar procedimento mais rigoroso na verificação dos documentos que lhe são apresentados ou dados fornecidos, a fim de prevenir a reiteração destas fraudes” (fl.3).

Os danos morais foram configurados, conforme entendeu o tribunal atinente, em virtude de dois fatores (de modo que o primeiro pode ser compreendido como causa): (1) ter sido incluído indevidamente o nome do autor em banco de dados de inadimplentes; (2) ter restado impedido, o autor, em obter crédito diverso.

No juízo *ad quem*, foi posto em evidência que inscrever dados pessoais de terceiros no sistema de órgãos com o objetivo de proteger o crédito gera “reflexos no conceito moral de alguém”. Da mesma forma que estes sistemas visam resguardar terceiros de boa-fé, inscrever o nome de outrem indevidamente, causando-lhe abalo

²² Aduziu-se que o leasing é operação “financeiramente mais favorável do que comprar a vista ou com financiamento bancário”. LOPES, Rodrigo P. P. **Análise da operação de leasing**. São Paulo: Revista de Administração de Empresas, 1973, p. 37-38.

indevido, atinge a ordem jurídica e configura a existência de danos morais (fl. 4).²³

Acerca do valor estabelecido para indenizar a parte autora, entendeu-se como montante inapto a “reparar os danos causados” (fl. 5). O acórdão foi preciso ao aduzir que, na fl. 5:

É sabido que, em se tratando de indenizações a esse título, não existe um critério determinado para seu arbitramento. A fixação fica ao livre arbítrio do julgador que deve observar a particularidade do caso que lhe é apresentado a decidir.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ademais, devem ser observados para que a reparação estabelecida seja condizente com o ato ilícito constatado. No esteio da percepção da decisão colegiada, se trata de parâmetro ligado à realidade.

Expôs-se que é crucial “ao mesmo tempo compensar a dor sofrida e desestimular o causador do dano a reiterar o ato praticado” (fl. 5). Os propósitos, portanto, de reparar e desestimular – como motes da atividade jurisdicional, que se perfaz, ainda, evitando enriquecimento ilícito para concretizar a intenção do legislador (conforme denota-se do acórdão supracitado).

Para tanto, este arquétipo de entendimento jurisprudencial (acórdão nº 14.414 que julgou a Apelação Cível nº 0215080-93.2009.8.26.0005/SP) evidencia que, além da culpa mensurada gradativamente, inquire-se o modo em que o indivíduo ora ofendido está inserido no meio sócio-econômico, assim como a capacidade financeira daquele que produziu o evento danoso.

A decisão proferida no acórdão consistiu em majorar de mil e quinhentos reais para cinquenta salários mínimos, vigentes no momento em que efetivado o pagamento, considerando a atualização do valor do salário mínimo como índice de correção monetária. No esteio do enunciado nº 54 do entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, os juros de mora são contados a partir do ato ilícito, qual seja, a inscrição da parte autora nos sistemas dos órgãos de proteção ao

23 Motivando a decisão, foram elencados outros julgados: Tribunal de Justiça de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação cível nº 53.176-4/SP. Relator: César Lacerda; Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado. Apelação cível nº 833.353-3/SP. Relator: Desembargador Torres Júnior.

crédito²⁴, a exemplo do “SERASA” e do “SPC”. Finalizando, aludiu-se que o arbítrio do valor deu-se conforme a “exata medida da extensão do dano e da culpa do ofensor, consoante prescrição do artigo 944 e parágrafo único do Código Civil.” (fl. 7).

Todavia, leitura da codificação mencionada atesta que se trata de aplicação ostensiva do *caput* do artigo 944, abstendo-se de levar em consideração o parágrafo único. Vislumbra-se que esta incidência foi significativa na medida em que, para o postulante, consolidar o montante indenizatório em valor a maior do que o que foi fixado por meio da decisão do juízo *a quo*, correspondia a adequar o numerário à zona de prolongamento do dano.

Nesse íterim, importante indagar onde começa e termina o dano; o acórdão referido levou em consideração (para mensurar a quantia de 50 salários mínimos) o valor da inscrição devida (R\$ 23.627, 52, conforme fl. 7), bem como a data do apontamento, no caso, 13 de junho de 2008. Apesar da sentença ter declarado a inexistência de relação jurídica entre as partes, o julgado ocorreu em fevereiro de 2011 e foi imperioso arbitrar novamente o montante indenizatório (a fim de contemplar a extensão do dano, conforme denota-se do relatório).

Houve voto contrário ao do relator²⁵, que compreendeu que a quantia de 50 salários mínimos, erigida a título de dano extrapatrimonial, padecia de “certas proporções” (consoante fl. 2 da declaração de voto vencido). Levou-se em consideração as lições da doutra Maria Helena Diniz acerca do artigo 884 da codificação civil.

24 Conforme se depreende da leitura do sítio eletrônico governamental, o denominado “serviço de proteção ao crédito” deve ser compreendido como “uma categoria de órgão cadastral dentro de um gênero maior que são os bancos de dados e cadastros dos consumidores”. Trata-se de “categoria de cadastro” em que são registrados nome, número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, ou, ainda, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica. SERASA, SPC E SCPC BRASIL, comum em relações de consumo, atuam em todo o território nacional e inclusão de nome de terceiro nestes serviços de proteção (não há necessidade de cumulatividade) gera, em face destes, o impedimento em realizar financiamentos novos quando a empresa concedente do crédito estiver vinculada ao respectivo serviço que negativou previamente. Nesse sentido, *SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO: O QUE É O SPC, SERASA E SCPC*. Disponível em: <<http://juventude.gov.br/paulonilopolis/blog/servico-de-protecao-ao-credito-o-que-e-o-spc-serasa-e-spc>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2018.

25 Voto que se sustentou no entendimento de outros julgados. Apelação Cível 556.502.4/6-00, em que foi Relator, o Des. Beretta da Silveira, julgado em 24.06.2008, pela Terceira Câmara de Direito Privado. E ainda, trecho do acórdão, do STJ, proferido no AgRg no Agravo de Instrumento nº 866.482-RS (2007;0032281-7), em que foi Relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

Este dispositivo estipula no *caput* que é vedado o enriquecimento ilícito do ofendido por estar desprovido de justa causa para tanto, sendo “obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”. Proíbe-se que haja enriquecimento sem causa, portanto. Em virtude disto, avaliou-se o montante indenizatório em 20 salários mínimos “com acréscimo de correção monetária desde a data do arbitramento ou do julgamento”, seguindo o enunciado 362 da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (e, os juros, desde o ato de citação).

A ausência de disposição legal específica e expressa acerca das regras atinentes à fixação do *quantum* indenizatório para danos extrapatrimoniais torna imprecisa a delimitação de parâmetros para arbitrar seu montante. Determinar formas para concretizar esta atividade desenvolvida pelos magistrados depende dos contornos do caso concreto e dos ensinamentos doutrinários.

2.2.1.1 *Função reparatória: o retorno do bem lesado ao status quo ante*

Em qualquer sociedade, o direito funciona atentando-se a determinadas direções, de modo que, dentre elas, pelo menos uma deve ser constatada no esteio do pensamento de Nelson Rosendal. Foram elencadas, nesse sentido, como orientações a serem seguidas pelo ordenamento jurídico, a repressão dos comportamentos, bem como prevenção destes, a criação e distribuição de poderes²⁶, e, a distribuição de bens²⁷. Analisadas em conjunto, permitem vislumbrar as funções que foram elencadas, pelo autor, para a responsabilidade civil, sendo elas: a reparatória, a punitiva e a precaucional; lastreadas, todas, pelo princípio da prevenção.²⁸

Considerada como “originária e primordial” da responsabilidade civil²⁹, a função reparatória consiste em transferir os danos sofridos por determinado indivíduo ao patrimônio do lesante a fim de que ocorra o reequilíbrio da relação jurídica deteriorada previamente. Busca-se que o bem lesado volte ao *status quo*

26 Na Constituição Federal, tem-se os artigos 44 a 135, com sinalização para o artigo 60, parágrafo quarto.

27 Consoante válida o artigo 3º, inciso III, do texto pátrio constitucional.

28 ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e Pena Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

29 FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: RS, v. 76, n. 1, 2010, p. 28.

ante através de pecúnia ou mediante a reintegração específica do bem.³⁰

O Código Civil, no artigo 927, *caput*, determina expressamente que deve ser reparado o direito atingido de outrem por ter sido praticado ato ilícito. Esta tutela pode ser especificamente restitutória, de modo que haja reprimenda ao estado anterior – com tendência a se concretizar mediante cumprimento *in natura*.

De forma subsidiária à tutela restitutória, tem-se a ressarcitória, em suma, compensando o lesado pelo dano cometido – ou, restituindo-o em complementariedade “quando a restauração da situação originária não elimine por completo o desequilíbrio econômico sofrido pela vítima” devido ao prejuízo econômico. Por fim, concretiza-se a reparação mediante tutela satisfativa com caráter *in natura*, reparando danos extrapatrimoniais.³¹

Assumindo a responsabilidade civil objetiva, em que não se analisa o grau de culpa do ofensor, função apenas reparatória, constata-se, consoante o escólio de Nelson Rosenvald, duas situações: (1) a incapacidade de desestimular a prática de atos ilícitos; e, de outro lado, (2) uma tutela voltada à garantia dos direitos do ofendido. Havendo dano moral, pautado em teoria objetiva, implementar função unicamente reparatória não gera a análise acerca da reprovabilidade da conduta do ofensor, seja em maior ou em menor grau, com base em circunstâncias que lhe são atinentes (como a existência de patrimônio avultado e eventuais proveitos ilícitos obtidos em virtude de sua conduta). A função punitiva não obtém espaço em razão de a responsabilidade civil ter se desenvolvido com base na ideia de equiparação entre as partes, apenas restituindo, ressarcindo ou entregando, à vítima, tutela satisfativa.³²

Acerca do arbítrio do montante indenizatório, Anderson Schreiber aduziu que não há respaldo legal para que seja conferido além dos limites correspondentes à extensão do dano, conforme a literalidade do artigo 944 do Código Civil. Asseverou que concretizar-se-á enriquecimento sem causa quando for fixada quantia superior ao valor do dano moral – que deve corresponder, em relação à vítima, “às suas condições pessoais e às reais consequências do dano sobre a sua personalidade”.³³

30 ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e Pena Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95-101.

31 Id. *Ibid.* p. 103.

32 Id. *Ibid.* p. 109-110.

33 SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 181-182.

Neste sentido, lecionou que “o debate sobre o dano moral centra-se, hoje, menos na sua reparabilidade e mais na sua quantificação”³⁴. A ausência de previsão legal acerca dos critérios para o arbítrio do dano moral propicia decisões com fundamentos controversos.

2.2.2 Indenização aos danos coletivos

Dano moral coletivo corresponde a lesão a interesse supraindividual, que é incorporado ao sistema jurídico por meio de opção legislativa. Motauri Ciocchetti de Souza lecionou que consiste em interesse do Estado, que objetiva a gerência da coisa pública, mas também detém o papel de atender à vontade de seu povo. Por isto, não é possível aduzir em vontade individual – para o autor, traduzida como desejo. Diz-se ser precípua equilibrar a vontade social e a administração desta *res publica*.³⁵

Dessa forma, os direitos sociais apenas seriam protegidos de forma íntegra pelo ente público. Assim, o dano moral coletivo não diz respeito a uma tutela coletiva de lesão individual à esfera moral.

A norma constitucional garante a possibilidade de indenização por dano à esfera moral, consoante texto do artigo 5º, inciso V. Por isto que é garantia fundamental. Tem-se que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Complementando a Constituição Federal, o Código Civil estabeleceu que é possível haver ato ilícito em face de outrem ainda que seja exclusivamente moral (de acordo com a literalidade do artigo 186).

O fato lesivo exige elemento essencial que, conforme o Código Civil, pode ser a omissão voluntária, negligência, imprudência, ou, a ação do agente. Maria Helena Diniz lecionou que é requisito, para configurar o ato em desacordo ao ordenamento, o nexa de causalidade “entre o dano e o comportamento do agente”³⁶. Excepcionalmente a possibilidade de responsabilizar o causador do dano sem analisar a culpa, consoante determina o parágrafo único do artigo 927 da codificação supramencionada.

34 Id. Ibid. p. 177.

35 SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

36 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Sobre o mesmo aspecto, dispõem artigos correlatos da codificação de direito civil, como seu artigo 12 – versando sobre os direitos da personalidade. É afirmado que é possível “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Este dispositivo remete-se ao que determina o artigo 5º, inciso X, constante do texto constitucional pátrio, o qual assegura, enquanto direito fundamental, a inviolabilidade da intimidade e vida privada das pessoas, assim como imagem e honra, garantindo-se a estas o direito de obter indenização com base no dano material, ou, no dano moral em virtude de violação à determinada norma jurídica. Ademais, imprescindível compreender que há relação veemente com o inciso XXXV, do artigo constitucional em análise, o qual impõe ao Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito. Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal editou dois enunciados sumulados. Para o reverenciado ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal, tratam-se, as súmulas, de um “método de trabalho”, que propicia “julgamento seguro, mas rápido, abolindo formalidades e desdobramentos protelatórios” das causas submetidas, frequentemente, ao crivo do excelso tribunal. Sintetizou esta ideia como “princípio da relevância às avessas”³⁷, rememorando o “parlamentarismo às avessas”³⁸. No que diz respeito à produção de súmulas, pelo órgão excelso, após terem sido reiteradas demandas, de teor relevante, à sua análise é que o novo método seria empregado (em contraste à atividade jurisdicional da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, de tradição baseada em *common law*).

A súmula vinculante nº 28 prescreve que é “inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”, com aplicabilidade imediata. E, o enunciado nº 667, determina que a garantia constitucional “de acesso à jurisdição” é violada quando se institui taxa judiciária calculada “sem limite sobre o valor da

37“ Assim, lembrava eu, no citado discurso de Belo Horizonte, que poderíamos alcançar, indiretamente, resultados comparáveis aos da Corte Suprema dos EUA. Lá, a corte escolhe os casos importantes que deve julgar. Aqui, separaríamos os casos já destituídos de relevância jurídica”, pensamento que informou externar a William Brennan, integrante da Corte Suprema dos Estados Unidos, na ocasião em que esteve no Supremo Tribunal Federal. LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do STF*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, 1981, p. 15.

38 Nesse sentido, cf. BENEDETTI, Andrea Regina Moraes; TOMAZONI, Eduardo Caetano. *O poder do chefe de Estado e de Governo brasileiro no recorte histórico do Segundo Reinado*. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 50-76, dez. 2016.

causa”. Interpretam, desta forma, o artigo 5º, da Constituição, em seu inciso XXXV.

Discorrendo sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover evidenciou que não há mais a autotutela, “naturalmente precária e aleatória”, mas a jurisdição – atividade exercida por juízes com o fito de examinar as pretensões diversas, bem como resolver as situações de antagonismos engendradas pelas partes. A justiça passou a compor o monopólio do Estado, que o seu acesso cedeu a todos os, então, jurisdicionados (*ex parte populi*) no esteio das palavras da douta Ada Pelligrini, coautora da Lei nº 7.347/85 (a Lei de Ação Civil Pública).³⁹

Conforme assevera, ainda hoje, em algumas situações, o ordenamento jurídico possibilita que o indivíduo possa autotutelar interesse particular. A prestigiada autora elencou o desforço imediato (conforme o artigo 1.210 do Código Civil), o direito de retenção (presente em diversos dispositivos do Código Civil – artigos 578, 644, 1.219, 1.433, inciso II e, 1.434), bem como “os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade”, como resquícios desta prática antiga. Justificando, tem-se: “a) a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo; b) a ausência de confiança no desprendimento alheio, inspirador de uma possível autocomposição”.⁴⁰

O Superior Tribunal de Justiça, ainda, editou o enunciado nº 37, informando que são “cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Ratificou o princípio delineado – da inafastabilidade da jurisdição, conforme aduziu Ada Pellegrini Grinover⁴¹ – pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, para tornar cristalino seu posicionamento frente às demandas apresentadas à sua apreciação.⁴²

O artigo 954, do Código Civil, estabelece que a “indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao

39 GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: ESDC, 2007, p. 13.

40 Id. *Ibid.*, p. 15.

41 Id. *Ibid.*, p. 15.

42 Ainda no que toca aos enunciados editados pelo Superior Tribunal de Justiça, tem-se a Súmula nº 43, determinando que incide “correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”; a Súmula nº 186, informando que nas “indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime”; e, por fim, a Súmula nº 362, prescrevendo que a “correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”.

ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente”. Nesse sentido, não podendo o ofendido provar o prejuízo material sofrido “caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso” – que diz respeito a injúria, difamação ou calúnia.

Em suma, a consequência jurídica do ato ilícito corresponde à obrigação de indenizar o ofendido. Ressalta-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no enunciado nº 43, concebendo que incide atualização monetária no quantitativo da indenização a partir da data do ato em desacordo com a ordem jurídica.

Nos termos do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, os direitos a serem resguardados podem ter caráter coletivo ou difuso conforme características de seus titulares. Sendo titulares “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si”, ou mesmo ligadas à parte contrária por relação jurídica base, o direito tutelado é coletivo. Será difuso quando os titulares sejam pessoas indeterminadas ligadas por circunstância de fato (conforme leitura dos incisos I a III da codificação referida).

Em outras palavras, o direito difuso (exposto no artigo 81, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8.078/90) comporta três elementos basilares: a indeterminabilidade dos sujeitos, a qual consiste na impossibilidade em determinar o número exato de pessoas que foram afetadas, seja potencial ou concretamente; a indivisibilidade do objeto, que pertence a todos e a ninguém ao mesmo tempo. A solução pode advir para todos os afetados; e, o benefício pertencerá a toda a comunidade. Por fim, exige-se a existência de um vínculo fático ou circunstancial que associe os aludidos sujeitos entre si.

O direito coletivo – no esteio do artigo 81, parágrafo único, inciso II, da legislação acima referida, diferentemente, requer a determinabilidade dos sujeitos, os quais formam uma unidade (grupo, categoria ou classe). Ademais, o objeto permanece como indivisível e, os sujeitos são interligados entre si (ou com a parte contrária) por meio de uma relação jurídica. Os interesses individuais homogêneos,

contemplados pelo inciso subsequente, exigem que tenham origem comum para ensejar a propositura de ação civil pública.⁴³

A Lei nº 7.347/85 disciplina a ação civil pública com fulcro de calcar responsabilidade àquele que causar danos morais ou patrimoniais (no esteio da súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça acerca da cumulatividade dos pedidos) ao meio ambiente, ao patrimônio público e social, às relações de consumo, bem como a “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” conforme determina o artigo 1º.

Ademais, pode haver responsabilidade por infração à ordem econômica, urbanística ou por ofensa à “honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos”. O inciso IV do artigo 1º, dessa lei, elenca a ofensa a “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, a exemplo de ação civil pública interposta com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (a Lei nº 8.069/90), conforme seus artigos 208 a 224.

Nesse ínterim, para viabilizar o exercício de direito ambiental metaindividual por parte da coletividade, é possível o ajuizamento de ação com base no rito exposto pela Lei nº 7.347/85. Seu artigo 5º confere legitimidade ao Ministério Público, Defensoria Pública, assim como União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ademais, as associações possuem legitimidade, desde que sejam preenchidos os requisitos do artigo 5º, inciso V, alíneas “a” e “b”, ao lado, também, de autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista.

Antonio Junqueira de Azevedo sustentou que um ato ao atingir toda a sociedade pode gerar “dano social”, pois não atinge “somente o patrimônio material ou moral da vítima”.⁴⁴ Repercute em esfera ampla, isto é, transcendentem à pessoa em sua individualidade e, por isto, concretiza-se como dano transindividual. Por isto, a possibilidade de propor ação civil pública (sem prejuízo da ação popular, regulada pela Lei nº 4.717/65) para proteger os interesses metaindividuais.

43 Cf. SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

44 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinariedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 380.

3 DA “CULPA AO RISCO”

As invenções modernas geraram perigos e, por conseguinte, diversos acidentes. A impossibilidade em provar a culpa daquele que praticou o ato ilícito foi tornando-se crescente. Por isto, compreendeu que o Direito deveria se posicionar enquanto ciência que nasceu da vida e foi criada para discipliná-la.⁴⁵ Assim, legislações pátrias criaram a possibilidade de responsabilidade pautada em teoria objetiva.

Observou-se, nesse ínterim, a importância em verificar a possibilidade de reprimir o meio ambiente ao *status quo ante*⁴⁶. A compensação, por sua vez, sendo pautada, sobretudo, em caráter complementar conforme os liames da exigência de reparação integral.

3.1 Perspectiva progressiva das teorias do risco

Sob a égide da Constituição promulgada em 1891, foi editado o Decreto nº 2.681/1912 para regular a responsabilidade civil das estradas de ferro pautada em perda total ou parcial, assim como furto ou avaria das mercadorias recebidas para transporte. Estabeleceu-se, no artigo 1º, culpa sempre presumida, com presunção *juris tantum*, afastável por caso fortuito, força maior, além de vício intrínseco da mercadoria perdida ou avariada, bem como mal acondicionamento.

No que toca aos animais transportados, o elemento subjetivo poderia ser ilidido em razão do risco inerente ao seu transporte. Concretizando-se querela em virtude de transporte em vagões descobertos do trem por determinação consubstanciada em regulamento ou ajuste de vontades, ou, ainda sob a custódia e vigilância do contratante, é possível afastar a presunção de culpa.

Em 1934, foi editado o Decreto nº 24.637, regulando as obrigações resultantes de acidente de trabalho. A indenização concretizar-se-ia obrigatoriamente a favor do empregado excetuando os casos de força maior ou dolo da vítima ou de terceiros, com fulcro no artigo 2º.

45 LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 16.

46 ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e Pena Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 103.

No ano de 1938, institui-se o Código Brasileiro do Ar por meio do Decreto- lei nº 483 (seara na qual vigora hoje a Lei nº 7.565, de 1986, materializando o Código Brasileiro de Aeronáutica). Caindo objetos durante o voo, seria firmada a responsabilidade do proprietário da aeronave, sem exceção das previsões em regulamentos sendo constatada força maior (artigo 98). A exclusão da responsabilidade só se efetivaria após a prova de culpa do terceiro lesado, assim conforme o artigo 97, parágrafo único.

Os serviços e as instalações nucleares, conforme a Constituição Federal (artigo 21, XXIII, alínea “d”), assim como o exercício do monopólio estatal sobre pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, processos de industrialização, bem como o comércio relativos aos minérios nucleares e aos derivados destes, são de competência da União. Para tanto, outorgou-se responsabilidade civil objetiva em face de danos nucleares com base na teoria do risco integral, conforme lecionou Rui Stoco⁴⁷. O operador destas atividades pode consistir em pessoa jurídica de direito privado mediante delegação de competência⁴⁸.

Nesse sentido, a Lei nº 6.453/77 dispôs sobre a responsabilidade civil por danos nucleares, pessoais ou materiais, e oriundos de propriedades radioativas (nos termos da legislação de acordo com o artigo 1º, inciso VII). Erigiu o que para a doutrina é a teoria do risco excepcional⁴⁹. O causador do dano, com fulcro no artigo 1º, inciso I, corresponde ao operador, isto é, a pessoa jurídica autorizada a administrar a respectiva instalação nuclear – compreendendo-se, nesse ínterim, o reator nuclear, bem como a fábrica que se valha de combustível nuclear para produzir ou tratar materiais desta categoria, e, via de regra, estabelecimentos que armazenem materiais nucleares. Conforme o artigo 4º, a responsabilidade civil por danos nucleares é exclusiva deste operador, a ser apurada objetivamente.

O artigo 8º deste instrumento normativo informa que dano nuclear causado por conflito armado, guerra civil, hostilidades, além de insurreição ou fato excepcional da natureza afasta a responsabilidade civil. Para Celso Antônio Pacheco

47 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 160.

48 BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado *versus* Teoria do Risco Integral. **Veredas do Direito. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**. v. 10. n. 19. Belo Horizonte: 2013, p. 59.

49 FRANÇA, Rodrigo Dumans. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva**. Tese (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 24.

Fiorillo, este dispositivo fere o artigo 21, inciso XXIII, alínea “d”, da Constituição Federal em virtude da responsabilidade concretizar-se como objetiva e integral neste caso⁵⁰.

Proximamente, promulgou-se a Lei nº 11.105/2005, dispondo acerca dos organismos geneticamente modificados e derivados com o fito de regulamentar o artigo 225, parágrafo primeiro, incisos II, IV e V, da Constituição Federal. Assim é que dispondo sobre construção, pesquisa, armazenamento, liberação no meio ambiente, descarte, dos organismos supracitados, haverá a responsabilidade objetiva, solidária entre os causadores do dano ambiental, por meio de compensação ou reparação integral, consoante determina o artigo 20 desta legislação.

A partir destas legislações que inseriram no ordenamento jurídico brasileiro vertentes da responsabilidade objetiva, foram sedimentadas teorias que vislumbravam também o risco relacionado à atividade que deu azo ao ato ilícito. Nesse sentido, Louis Josserand indagou se o “fazedor de atos”, expressão inspirada na doutrina dos Estados Unidos, não deve ser responsável pura e simplesmente pelas condutas ilícitas⁵¹.

Consolidou-se a teoria do risco-proveito, fundada na vantagem obtida a partir de atividades caracterizadas como arriscadas. Conforme elencou Rodrigo Dumans França⁵², está adstrita a comerciantes e industriais de grande porte. Conforme salientou o douto Alvino Lima, o risco-proveito tem como importante precursor Louis Josserand.⁵³

A teoria do risco-profissional, restringe-se à relação existente entre empregador e empregado, de modo que aquele põe este em situações de risco. Desenvolve-se com base na teoria do risco-proveito. As duas precursoras legais originaram-se na Alemanha e na França em 1884 e 1898 respectivamente, afastando a prova da culpa do empregador, considerada como diabólica⁵⁴.

50 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 404.

51 JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro. vol. LXXXVI. p. 556.

52 FRANÇA, Rodrigo Dumans. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva**. Tese (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 67.

53 LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 92.

54 Id. Ibid. p. 69.

Ampliando a interpretação ofertada por estas duas teorias, surgiu o risco-criado. Dirige-se ao evento danoso provocado por meio do funcionamento de dada atividade e é auferida mediante análise de causalidade, desconsiderando por completo a culpa⁵⁵.

3.2 ANÁLISE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

No decorrer da história humana, conforme asseverou Milton Santos, os sistemas técnicos foram diminuindo e sendo unificados a nível mundial, seguindo o ritmo do capitalismo⁵⁶. Os ordenamentos jurídicos, certamente, não ficariam alheios a este movimento unificador, principalmente, porque o direito é grandemente construído em reação às alterações construídas pela sociedade.

O Código Civil contém previsão acerca da responsabilidade aquiliana, expressa no artigo 186, que exige, imprescindivelmente, dolo ou culpa para configurar um ato ilícito. Ressalta-se que a *Lex Aquilia de Damno*, de Roma Antiga, criou suporte para esta teoria de danos extracontratual – sobretudo em seu capítulo intitulado como *damnum injuria datum*, o qual, em suas passagens, concretizou para o dono de determinada coisa o direito à reparação mediante a prova do elemento subjetivo do lesante (mais tarde, proporcionado também aos possuidores diretos, indiretos e determinados detentores)⁵⁷.

Alvino Lima⁵⁸ aduziu que o prejuízo leva a vítima a buscar proteção jurídica. Desse modo, a responsabilidade do agente pode ser fixada considerando também a justificativa de sua conduta, não bastando o fato lesivo ao direito alheio quando se tratar de responsabilidade extracontratual sob a ótica da culpa. Distinguiu a culpa *in abstracto* da culpa *in concreto*. Para aquela, observa-se a capacidade delitual do lesante, assim como sua imputabilidade moral. Para a última, leva-se em consideração o estado de consciência do agente, colocando-se no lugar deste. Por isto que para a primeira classificação de culpa, abstrai-se as diversas circunstâncias internas daquele que praticou o delito.

55 MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 462.

56 SANTOS, Milton. **Técnica espaço tempo. Globalização e meio técnico-científico informacional**. São Paulo: Edusp, 2014, p. 23 e 24.

57 LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 12.

58 Id. Ibid. p. 35.

Contrariamente a esta construção jurídica, o Código Civil, no parágrafo único do artigo 927, consubstancia exceção ao dever de indenizar outrora consubstanciada no *caput*. Neste caso, gera-se a obrigação reparatória quando o mal perpetrado o for em virtude de atividade que implique riscos para direitos alheios. O artigo 927, alude expressamente a “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano” que implique “por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Em observância ao próprio decurso da história até que a responsabilidade privada alcançasse a supressão da análise da culpa, é possível aduzir que está relacionada à própria proteção das liberdades individuais, situação que foi se tornando mais complexa com o desenvolvimento das tecnologias.

Neste sentido, fala-se em direito de propriedade, de integridade física, de proteção ao direito de imagem e à moral, bem como o direito de autodeterminação dos homens, os quais são feixes jurídicos que figuram como relevantes e merecedores de cautela mais robusta. Por derradeiro, apoiando-se, inclusive, no princípio da razoabilidade, a norma contida no artigo 927 da codificação multicitada almeja proteger riscos elevados, atividades que por sua natureza manifestem alta possibilidade de danos, marcante, evidente, de forma limítrofe a uma situação de probabilidade.

O artigo 225, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, por sua vez, estabeleceu que condutas e atividades que lesem o meio ambiente geram a obrigação de reparar os danos que foram perpetrados, além das sanções penais e administrativas atinentes. Assim, é primeiramente no âmbito constitucional que se cria âmbito de proteção do meio ambiente, enquanto componente da ordem social. A despeito da relevância deste bem jurídico, há apenas o artigo 225 no Capítulo VI.

O *caput* deste dispositivo constitucional delimita o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. O Poder Público e a coletividade devem defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Ademais, a Lei nº 6.938, sancionada em 1981, mas recepcionada pelo ordenamento constitucional, no artigo 14, parágrafo primeiro, dispôs sobre a responsabilidade objetiva para reparar e indenizar danos causados ao meio ambiente, assim como a terceiros, em virtude de atividades de determinado poluidor.

A tutela ambiental, da forma que está inserida na legislação, detém fundamentos ético-filosóficos. Alcançou o patamar atual com a influência do cristianismo, a qual ensejou a visão antropológica da ecologia na jurisprudência brasileira. Este ramo do saber foi desenvolvido pelo direito canônico excluindo a interação entre ambiente e ser humano.⁵⁹

A ecologia, ou o estudo da casa, partindo de sua etimologia, que impulsiona o ser humano a preservar a natureza pode ser compreendida em vertente mais complexa (a “ecologia profunda”, cunhada por Peter Singer) e estimular que seja preservada a integridade da biosfera a despeito de qualquer benefício antropocêntrico. Determinada espécie ou ecossistema podem ser compreendidos como entidades em si, que contemplam interesses individuais. Desta forma, consoante a ética proposta por Peter Singer, o valor da preservação daquilo que resta de espaços naturais excede o valor econômico que é obtido através da destruição destas regiões.⁶⁰

No esteio da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, verifica-se o objetivo do ordenamento jurídico em preservar, aprimorar, bem como em recuperar, em última instância, a vida, mediante a manutenção da qualidade do meio ambiente (conforme se denota do artigo 2º). O artigo 4º desta legislação expõe, especificamente, os propósitos da política nacional, consistentes em compatibilizar o desenvolvimento da economia e da sociedade, de forma sincrônica, com o aspecto qualitativo do meio ambiente, almejando um estado de equilíbrio (no esteio do inciso I).

Informa, ademais, que (consoante inciso VI) os recursos ambientais devem ser utilizados racionalmente para serem preservados e restaurados, estando disponíveis permanentemente. Rememora-se o artigo 225 da Constituição Federal, que determina a imperiosidade de perpetuar o meio ambiente harmonioso para as gerações presentes, além daquelas que estão por vir. Este artigo constitucional cria bases para a responsabilidade objetiva pautada em risco, no parágrafo terceiro, ao determinar que as condutas e atividades que lesem o meio ambiente geram, para os infratores, sanções penais, administrativas, além das demandas cíveis com o fito de

59 DESTEFFENI, Marcos. **A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 22-27.

60 LEÃO, Igor Zanoni Constant Carneiro; MAIA, Denise Maria. O valor do meio ambiente segundo Peter Singer. **Economia & Tecnologia**. Ano 06. vol. 23. 2010. p. 110-111.

reparar os danos consubstanciados.

Como mecanismos para efetivar a Política Nacional do Meio Ambiente, prevê-se a responsabilidade independente de dolo ou culpa para o indivíduo que desestabilizar o equilíbrio antes existente no espaço ambiental. Degradá-lo provoca a responsabilidade (abarcada pelo parágrafo primeiro do artigo 14). Foi estabelecido, assim, o dever de indenizar, assim como o de reparar, sendo suficiente a prova do dano e do nexo de causalidade.

Consoante as lições de Alvino Lima⁶¹, há defensores e críticos da teoria do risco. Acerca daqueles que têm posicionamento contrário, seguiu os ensinamentos de Pierre Savatier para constatar duas vertentes argumentativas: na primeira, afirmam que é possível configurar a obrigação de reparar sem que tenha havido culpa. Todavia, caracteriza-se como garantia, e não como responsabilidade. O douto jurista assevera que este argumento trata, tão somente, de uma querela acerca da definição do regime jurídico; de qualquer forma, aduz-se sobre um acordo em que há o dever de reparar o prejuízo. E, de forma sucinta, a segunda corrente, nega a obrigação de reparar o dano sem culpa, a não ser que haja previsão legal ou contratual.

O artigo 225, parágrafo terceiro da Constituição Federal, informa que os sujeitos infratores podem condizer a pessoas físicas ou jurídicas. Neste sentido, a fim de ampliar o resguardo aos interesses ambientais, firmados no texto constitucional, os tribunais, no que tange aos direitos das relações de consumo, assim como aos ambientais, aplicam a desconsideração da personalidade jurídica com base na denominada Teoria Menor. Para danos cometidos em face de direitos consubstanciados e firmados pela Lei nº 8.078/90, aplica-se o artigo 28, parágrafo quinto, desta codificação. Para os lesões ambientais, aplica-se a Lei nº 9.605/98, dispondo, especificamente, sobre crimes infrações administrativas, bem como cooperação internacional com o mote de preservar o meio ambiente.

A 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul compreendeu neste sentido quando julgou o agravo de instrumento nº 70063254916 em procedimento de execução, sendo o recurso provido de plano. Aplicou o artigo 4º da Lei nº 9.605, de 1998, que menciona ser possível desconsiderar a personalidade

61 LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 136.

da pessoa jurídica sempre que for identificada como obstáculo ao ressarcimento dos danos praticados em face do meio ambiente. Como pano de fundo, restam presentes os princípios do poluidor pagador e da reparação integral.⁶²

Lecionou Márcio Souza Guimarães⁶³ que, consubstanciada nos artigos das legislações acima referidas (bem como o artigo 28 da Lei nº 8.884/94 e o artigo 50 do Código Civil), a *disregard doctrine* foi firmada para alcançar sócios que praticaram fraude contra credores, escondendo-se sob o manto da sociedade, com origem a partir de decisões nos Estados Unidos e na Inglaterra⁶⁴.

Para a teoria menor, aplicada pelos tribunais brasileiros a direitos que envolvam lesões ambientais e consumeristas, exige que a pessoa jurídica não possua bens suficientes para satisfazer o crédito inadimplido. Márcio Souza Guimarães asseverou que é necessário respeitar a segurança jurídica como forma de não ferir o bom convívio social.

Ressaltou que a Lei nº 8.078/90 estabelece que a doutrina será aplicada quando verificada má administração da sociedade (com fulcro no artigo 28, *caput*). Ademais, afirmou que o “princípio da autonomia patrimonial necessita ser relevado para que se alcancem os objetivos de crescimento de um país classificado como “em desenvolvimento”, nos moldes da nossa nação”.⁶⁵

No que tange à teoria maior acerca da *disregard doctrine*, há a exigência de requisitos, não bastando que se configurem insuficiência patrimonial, falência, assim como insolvência ou, ainda, a inadimplência da sociedade. Desta forma, a má administração elencada pelo Código de Defesa do Consumidor deverá ser analisada no casuisticamente; ou, no esteio do Código Civil, artigo 50, deve ter sido concretizado abuso à personalidade jurídica.

Nesse ínterim, no âmbito das relações de consumo, a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica é aplicada consoante o artigo 28,

62 KOHLER, Graziela de Oliveira. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade civil ambiental. **Revista do Curso de Direito da FSG**. Caxias do Sul: 2012, n. 11, p. 133.

63 GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 7, n. 25, 2004, p. 230.

64 Na Inglaterra, de grande repercussão mundial, o caso *Salomon v. Salomon & Co* propôs a lógica da *disregard of legal entity*, em 1987. Nos Estados Unidos, o caso *Bank of United States v. Deveau* é considerado como precursor da teoria em tela.

65 GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 7, n. 25, 2004, p. 233-236.

parágrafo quinto, do Código de Defesa do Consumidor, conforme julgamentos colegiados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal⁶⁶ e do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul⁶⁷. O dispositivo possui previsão similar à Lei nº 9.605/98, considerando o óbice criado pela sociedade em ressarcir prejuízos causados aos sujeitos consumidores.

Avulta-se a teoria do risco integral em concordância à jurisprudência hodierna do Superior Tribunal de Justiça. Em julgamento do Recurso Especial nº 1.374.342/MG, com relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, evidenciou-se o posicionamento de que é esta a teoria aplicada aos casos que tragam ao crivo do órgão superior danos ambientais. Concluiu-se que consequências prejudiciais às pessoas, assim como ao meio ambiente geram a responsabilidade objetiva.

Nesta senda, a teoria lastreia três proposições: a primeira, inerente à teoria objetiva do “direito de danos”⁶⁸, e que consiste em se concretizar como prescindível o exame da culpa; após, verifica-se ser irrelevante apurar a licitude da atividade que produziu o prejuízo ambiental, isto é, a regularidade da licença perante o órgão de ambiental competente não afasta a responsabilidade civil; e, a ausência de aplicação das causas excludentes de responsabilidade civil, afastando-se, portanto, o caso fortuito ou força maior.⁶⁹

Além desta compreensão de Édis Milaré, o autor Marcos Destefenni aduz que a responsabilidade por dano ambiental é objetiva. Portanto, analisa-se o nexos de causalidade entre a conduta e a lesão perpetrada; em outras palavras, para se afastar a responsabilidade objetiva, deve-se afastar o nexos causal.⁷⁰

Em sentido oposto, parte da doutrina brasileira admite a existência destas excludentes, posicionamento adotado Paulo Bessa Antunes, que entende pela ausência de base legal para afastar o caso fortuito e a força maior. Asseverou que a

66 Neste sentido, o acórdão nº 950088, julgado pela 5ª Turma Cível, em 2016, com base no agravo de instrumento nº 20150020332364; e seus precedentes, o acórdão nº 961542, julgado pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, em razão do agravo de instrumento nº 07007494820168070000, assim como a decisão colegiada nº 961140, da 4ª Turma Cível, julgando o agravo de instrumento nº 20160020072264, ambos proferimentos no ano de 2016.

67 Em virtude do julgamento do agravo de instrumento nº 1414871-21.2015.8.12.0000, pela 2ª Câmara Cível, conforme voto do Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues, em 2016.

68 Id. Ibid. p. 95.

69 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005, p. 834.

70 DESTEFFENI, Marcos. **A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 163.

inadmissão das excludentes pela jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça conota que foi internalizada, às decisões, “visão pessimista em relação ao futuro”. Compreendeu que banir as causas supramencionadas corresponde a adotar perspectiva punitiva em relação ao causador do dano.⁷¹

Nelson Rosenvald advertiu que a função punitiva quando adotada excepcionalmente em virtudes de acontecimentos que requeiram uma resposta notável do sistema jurídico. Aduziu que se trata de *extrema ratio* em face de comportamentos desprestigiados e graves.⁷²

Neste sentido, não há lógica em alegar cláusula contratual que estabeleça dever de não indenizar quanto aos danos que são regidos pela teoria do risco integral. É válida apenas entre os particulares para conferir-lhes direito de regresso. Assim conclui-se tendo em vista que o direito ao meio ambiente possui natureza de direito público⁷³.

No que tange à responsabilidade do Estado por conduta omissiva que tenha lesado o meio ambiente, constata-se que os tribunais vêm aplicando a teoria subjetiva. Este, esmiuçado em União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para ser condenado dependerá de ter sido configurado o elemento subjetivo em relação à omissão.

O Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.417.023/PR, interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), compreendeu que foi caracterizada a omissão do órgão no que tange ao dever de fiscalização. O IBAMA, todavia, compreendeu que deveria ter incidido o artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81.

O dispositivo citado, contido na lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, determina que o poluidor é a pessoa física ou jurídica, seja de direito privado, seja de direito público, que produza o dano ambiental direta ou indiretamente. No julgamento monocrático, exercido pelo Ministro Humberto Martins, consta que o órgão ambiental concorreu para a ocorrência da degradação ambiental de forma omissiva em relação ao dever de fiscalizar a área de reserva legal e

71 ANTUNES, Paulo Bessa. Da existência da exclusão de responsabilidade na responsabilidade por danos ao meio ambiente no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Público**. v.3. n.2. 2016. p. 107.

72 ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e Pena Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 132.

73 Id. Ibid. p. 176-177.

preservação permanente, ferindo mandamento constitucional.

Em suma, passou-se a compreender que o risco tem de ser suportado por aquele que o originou. Louis Josserand asseverou que era significativo abandonar a visão subjetiva da responsabilidade para compreendê-la objetivamente, trocando a noção de culpa pelo entendimento do risco⁷⁴. Em suma, o sistema integral de compensação de danos permite que sejam transferidas, da vítima ao responsável, “todas as consequências suportadas”, concretizando reparação, além de integral, “mais rápida, justa e incondicionada”⁷⁵.

3.3 FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM BASE NA SOCIEDADE DE RISCOS

O risco, após o período de Revolução Industrial, no século XVIII, começou a ser estudado por sociólogos, economistas, filósofos, assim como juristas; percebendo-se que é temática atinente a diversos domínios do conhecimento. O pensamento de Maria Alice Costa Hofmeister informa que não é possível fugir do risco, pois diz respeito ao tempo futuro.⁷⁶

Ter-se criado máquinas, técnicas de produção em larga escala industrial, criou dificuldade probatória ampla para as vítimas de acidente, sobretudo trabalhadores. Raymond Saleilles e Louis Josserand concluíram que o empreendedor – em virtude dos lucros e vantagens obtidos – deveria suportar todos os encargos oriundos de sua atividade econômica⁷⁷. Por isto, engendraram a Teoria do Risco da Atividade.

O risco, consoante expôs Hofmeister, com apoio no pensamento de Raffaele di Giorgi, não se confunde com perigo, pois é imputado a uma decisão. Exemplificou que duas pessoas, numa mesma situação, podem estar expostas ao risco e ao perigo; respectivamente, para o que conduz um veículo temerariamente e para aquele que observou as normas de trânsito correspondentes às circunstâncias em

74 JOSSE RAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro. vol. LXXXVI. p. 556.

75 ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e Pena Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 129.

76 HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2000, p. 37.

77 Cf. HENKES, Silvania L. **A responsabilidade civil no direito ambiental brasileiro**. Revista de Direito Sanitário. v. 10. n.1. São Paulo: 2009. p. 54.

que se encontre inserido. Desta forma, o perigo diz respeito a danos possíveis não relacionados com determinada escolha.⁷⁸

Prosseguiu aduzindo que existe o risco que depende do comportamento individual (no esteio do exemplo do acidente de trânsito), da empresa e da coletividade, que ao ser modificado, pode afastar a previsibilidade do dano. O sujeito comporta-se como elemento central de quaisquer ações no mundo.⁷⁹ De outro lado, há o risco maior, de modo que há a possibilidade de serem tomadas medidas, com mote preventivo, cabíveis evidentemente ao ente público.⁸⁰

Marcelo Robalinho, com viés do sociólogo alemão Ulrich Beck, aduz que o futuro está em patamar sublime em face do passado. Informa que a modernidade passa por processo de ruptura histórico, configurando-a como sociedade de industrial de riscos; a produção destes domina a criação dos bens na presente época. Assim, pode ser exemplificada através da crise ambiental ocorrida na década de 80.

Assim, afirmou que os estudos efetivados por Beck orienta a compreensão acerca da necessidade do ser humano em controlar a realidade “frente às inseguranças com as quais a sociedade diariamente se defronta”, assim como em face da impossibilidade em controlar amplamente as circunstâncias fáticas.⁸¹ Italo Calvino, conforme salientou Rosenthal, ratifica esta ideia, pontuando que os meios de controle e de conhecimento são renovados à medida em que se desenvolvem dificuldades à vivência humana.⁸²

A centralidade individual envolvida pela criação de riscos, remete ao indagamento realizado por Nelson Rosenthal: “qual mundo tomaremos a responsabilidade de deixar para os nossos filhos?”. O estudioso prosseguiu aduzindo que não se trata apenas de questionamento com viés ambiental⁸³, conforme conota-se precisamente da Constituição Federal, artigo 225, em sua

78 Op. cit. HOFMEISTER, Maria Alice Costa. p. 37-38.

79 ROBALINHO, Marcelo. Para além dos riscos: uma análise do livro Sociedade de risco. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**. Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnologia em Saúde da Fiocruz. 2014. p. 54.

80 Id. Ibid. p. 43-44.

81 ROBALINHO, Marcelo. Para além dos riscos: uma análise do livro Sociedade de risco. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**. Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnologia em Saúde da Fiocruz. 2014. p. 53-55.

82 ROSENTHAL, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e Pena Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21.

83 Id. Ibid. p. 32.

completude. Este posicionamento liga-se ao princípio da prevenção, elencado como cerne da responsabilidade civil contemporânea pelo autor acima citado.

Numa sociedade pautada no peso do capital, é possível afirmar que o medo também é mercadoria; também vende⁸⁴. Nesse segmento, vislumbra-se o crescimento dos seguros de responsabilidade dirigidos para profissionais da advocacia, para sócios de empresas, em face de danos ambientais, iminentes ou concretizados, assim como para questões atinentes ao convívio residencial- familiar (reputado como seguro-residência).

É corriqueiro escutar ou proferir que “é melhor prevenir, do que remediar”, isto é, reparar – função remota da responsabilidade civil que tem como superfície a prevenção *lato sensu* (ao inibir reflexamente o ofensor a causar prejuízos similares). Para Nelson Rosenthal, “na função reparatória, a indenização é acrescida a uma “prevenção de danos”; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma “prevenção de ilícitos””, e, por fim, a função precaucional cresce-se da prevenção dos riscos. Em face das exigências econômico-sociais, reparar os danos, mote da teoria do risco, deve aliar-se à prevenção dos ilícitos, conforme o estatuto jurídico da pena civil.⁸⁵

3.3.1 Do princípio da precaução aos danos ambientais

Adotado pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, o princípio da precaução possui as primeiras referências sedimentadas nos anos oitenta com o fito de proteger a camada de ozônio⁸⁶. Por isto que sinaliza as mudanças filosóficas e sociológicas que ocorreram neste final de século.⁸⁷

O item 15 deste instrumento informa que o princípio da precaução deve ser observado pelos Estados de maneira ampla conforme as suas capacidades internas. Havendo ameaça de danos sérios ou irreversíveis, não poderá ser alegada a ausência de absoluta certeza científica com o fito de postergar medidas tidas como

84 Id. Ibid. p. 24.

85 Id. Ibid. p. 33-34.

86 HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Revista sequência**. n. 95. 2002. p. 107.

87 Id. Ibid. p. 109.

eficazes, bem como aquelas que sejam economicamente viáveis a prevenir lesões ambientais.

No esteio das palavras de Denise Hammerschmidt, o princípio da precaução comporta-se como norma que estrutura o Estado de Direito Ambiental. Trata-se de um raciocínio pautado na ética da decisão que é necessária para coibir degradações ambientais em um contexto de incertezas.⁸⁸

Nesse sentido, foi interposto agravo regimental em suspensão de liminar e de sentença nº 1.429/GO, pela Câmara Municipal de Novas Caldas, perante o Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de suspender a decisão judicial que proibiu que fossem instalados novos empreendimentos imobiliários no município de Novas Caldas. Alegou-se que a decisão que inibe o município a permitir a instalação de novos empreendimentos fere a ordem e economia públicas.

Contudo, no voto do Ministro Ari Pargendler, consta que se configurava como imperioso ampliar a rede de esgotos ou, mesmo, construir uma nova rede para viabilizar as instalações. Na ementa, expôs-se que, nas matérias atinentes ao meio ambiente, aplica-se o princípio da precaução em virtude de se ter constatado a potencialidade em causar danos graves ao meio ambiente e à saúde da população.

É neste contexto que Denise Hammerschmidt informa acerca dois pressupostos que lastreiam o princípio multicitado. Versam sobre a possibilidade de que as condutas praticas pelas indivíduos provoquem danos coletivos associados, inclusive, a situações calamitosas. E, ainda, corresponde à desnecessidade de evidência científica (isto é, de que haja certeza) sobre o dano. Basta que seja temido, suspeitado. Trata-se de princípio que envolve dúvida, pois o risco não é delimitável.⁸⁹

Assim sendo, se há uma inexatidão inerente às partículas, o princípio da precaução precisa ser firmado como mote interpretativo do direito ambiental. Através dele, é possível resguardar as situações que são prováveis de ocorrerem no meio ambiente que, e virtude de sua essência, demanda atividade jurisdicional mais criteriosa.⁹⁰ Leonardo Boff, constatando que a Terra está doente, assevera que para

88 Id. Ibid. p. 109.

89 Id. Ibid. p. 109.

90 É significativo compreender que, no esteio dos dizeres de Marcos Destefenni, estudar o meio ambiente é também buscar saberes acerca da relação desenvolvida entre seres vivos e os componentes naturais. A ecologia nasceu de forma interdisciplinar. Portanto, é inviável efetivar estudo "auto-ecológico", que considera apenas as interações desenvolvidas pelo ser humano.

compreender as relações ecológicas é necessário vislumbrar as interconexões com outros saberes, pois não há como ser conceituada em si mesma.⁹¹

Prosseguiu aduzindo que a natureza não é um sistema mecânico plenamente controlável pelo ser humano, no escólio de Fendstadt⁹². Por isto, os riscos devem ser percebidos em associação aos interesses sociais coletivos (como meio ambiente, saúde pública), que estão defronte às pressões dos interesses econômicos – a exemplo da livre circulação de mercadoria, produção de riquezas e jogos de concorrência.⁹³

Em suma, consoante aduziu Álvaro Luiz Valery Mirra, trata-se de princípio geral do Direito Ambiental e que integra o ordenamento jurídico brasileiro. Denota-se que impõe prudência e vigilância no que tange às condutas e às atividades que são potencialmente lesivas ao meio ambiente, não sendo possível firmar situação de tolerância para tais situações. Os juízes, por esta razão, podem decidir com base em probabilidades fundadas em riscos sérios para impedir, cessar ou mitigar danos ao meio ambiente. Devem abster-se da necessidade de certezas para apurar as lesividades indicadas nos casos concretos.⁹⁴

Nesse sentido, Nelson Rosenvald alegou que se tratam de riscos que no momento em que surgem comportam-se como representações de destruições. A consciência do risco não está centrada no presente. Está vislumbrada para o futuro. O passado não tem mais força dominante em relação ao tempo vigente. As condutas exercidas o são para evitar problemas ou crises “do amanhã”, isto é, com o fito de ter atitudes de precaução em relação ao tempo que está por vir.⁹⁵

Desta forma, com o objetivo de “enfrentar riscos e ameaças iminentes, de forma a antecipar certa carga de segurança social, o direito se acautela lançando mão dos princípios da prevenção e da precaução”. Nesse sentido, dilui-se o nexo de causalidade entre o evento com potencialidade lesiva e o dano de modo a antecipar

DESTEFENNI, Marcos. **A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 22.

91 BOFF, Leonardo. **Ecologia: grito da Terra, grito dos pobres**. Rio de Janeiro: Sextante, 2004, p. 14-17.

92 HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Revista sequência**. n. 95. 2002. p. 110.

93 Id. Ibid. p. 109.

94 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito Ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. **Revista de Direito Ambiental**. n. 21. 2001. p. 11.

95 ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e Pena Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 120.

a prevenção a um âmbito temporal que é anterior à possibilidade de que ocorra qualquer lesão.⁹⁶

96 Id. Ibid. 120-121.

4 ANÁLISE FÁTICA E JURISPRUDENCIAL DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM EM MARIANA/MG

A mineração é atividade importante desenvolvida pelo estado de Minas Gerais. Todavia, produz impactos negativos sobre o meio ambiente. Por esta razão que casos envolvendo rompimento de barragem serão analisados com o objetivo de evidenciar a postura jurisprudencial acerca da temática e a simetria com a compreensão doutrinária acerca dos institutos jurídicos atinentes a este tipo de dano.

4.1 DOS FATOS DANOSOS OCORRIDOS

"Desastre ambiental" foi a expressão, sucinta, que marcou o rompimento da barragem de Fundão em 2015, no mês de novembro. A estrutura foi construída no ano de 2007, próximo à cidade de Mariana⁹⁷, pela empresa denominada como Samarco Mineração S.A., em conjunto às acionistas Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda..⁹⁸

Foi, assim como as demais barragens de rejeitos de mineração⁹⁹, criada para armazenar resíduos sólidos, bem como água, resultantes dos processos de beneficiamento do minério, em virtude dos rejeitos que contêm elevado grau de toxicidade - prejudiciais ao meio ambiente e à saúde humana¹⁰⁰. Conforme passagens da Normas Reguladoras de Mineração (NRM) – conforme Portaria nº 12, publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 29 de janeiro de 2002 e Portaria nº 237, publicada no DOU de 19 de outubro de 2001 –, o processo de tratamento ou beneficiamento de minérios objetiva prepará-los granulometricamente, nos termos da norma, conservá-los ou, ainda, purificá-los empregando-se, para tanto, métodos

97 A cerca de vinte e cinco quilômetros.

98 ALVES, Leila Cristina do Nascimento; SILVA, Romeu Faria Thomé da. As respostas jurídicas do estado de Minas Gerais aos acidentes com barragens de rejeitos da mineração. **Direito e Sustentabilidade IV**. Santa Catarina: Conpedi, 2016, p. 227.

99 SOARES, Lindolfo; LUZ, Adão Benvindo da; SAMPAIO, João Alves; FRANÇA, Sílvia Cristina Alves. Barragem de rejeitos. In: **Tratamento de Minérios**. 5. ed. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2010, p. 832.

100 Documentos sobre o desastre do Rio Doce. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/confira-documentos-sobre-o-desastre-do-rio-doce/acao_inicial_agu_es_mg_samarco.pdf>. Acesso em 20/12/2017.

químicos ou físicos. De modo que a constituição química dos minerais não deve ser alterada.

Lindolfo Soares, geólogo e doutor pela Universidade de São Paulo, em Engenharia Técnica, asseverou que as “atividades relacionadas à produção mineral geram um volume significativo de massa do minério que é rejeitada nos processos de lavra e beneficiamento”. Prosseguiu aduzindo que¹⁰¹:

A crescente demanda mundial por bens minerais, aliada ao desenvolvimento econômico e tecnológico, condiciona, de forma sustentável e economicamente viável, o aproveitamento de minérios de baixo teor ou mesmo aqueles de difícil beneficiamento. Esta situação conduz a um aumento expressivo na quantidade de rejeitos produzidos, superando, em muito, aquela advinda dos próprios minérios.

Dispondo acerca do beneficiamento, em sua seção nº 18, a NRM determina que o projeto correspondente deve “otimizar o processo para obter o máximo aproveitamento do minério e dos insumos, observadas as condições de economicidade e de mercado”. Ademais, deve “desenvolver a atividade com a observância dos aspectos de segurança, saúde ocupacional e proteção ao meio ambiente”.

Acerca da proteção ao meio ambiente, à saúde, bem como à integridade física do trabalhador, a portaria determina que “devem ser adotadas as medidas de proteção coletiva e, quando não for possível tecnicamente, fornecer Equipamentos de Proteção Individual – EPI” conforme a legislação vigente à época dos fatos, em virtude “de agentes químicos, físicos e biológicos” que possam afetar tais direitos regulados pelo ordenamento jurídico.

O rompimento da barragem de Fundão, no complexo minerário de Germano, próximo ao subdistrito de Bento Rodrigues (localizado no município de Mariana em Minas Gerais), desencadeou o deslocamento dos rejeitos para outra barragem componente do complexo, denominada Santarém. A lama criada atingiu a Bacia

101 SOARES, Lindolfo; LUZ, Adão Benvindo da; SAMPAIO, João Alves; FRANÇA, Sílvia Cristina Alves. Barragem de rejeitos. In: **Tratamento de Minérios**. 5. ed. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2010, p. 830.

Hidrográfica Rio Doce e, por conseguinte, 41 municípios da unidade federativa supracitada, bem como do Estado do Espírito Santo.

Conforme relatório elaborado pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, após fiscalização realizada por Auditores Fiscais do Trabalho do Projeto de Prevenção e Análise de Acidente e Doença Ocupacional da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Minas Gerais, com duração correspondente a cinco meses, constatou-se que treze trabalhadores, contratados pela Samarco Mineração S.A., faleceram em virtude do rompimento da barragem. Residentes do município de Bento Rodrigues também foram a óbito em virtude do acidente em comento; ao final, conforme o documento, dezoito pessoas faleceram.

4.1.1 Dos termos de compromisso firmados em caráter emergencial e preliminar

Onze dias após os fatos danosos, em novembro de 2015, foram celebrados dois termos de ajustamento de conduta. Um deles, o Termo de Compromisso Socioambiental (TCSA), preliminar e emergencial - visto que as externalidade ambientais são desconhecidas em sua integralidade e com o objetivo de minimizar os danos – firmado entre o MPF, o MPT, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo e a empresa proprietária.

Levou-se em consideração que "as ondas de rejeitos de minério de ferro e sílica, dentre outros particulados", em virtude da velocidade e do volume, ocasionaram impactos ambientais e sociais significativos.¹⁰² Feriu-se o direito fundamental à água, resguardado pela Lei n. 9.433 de 1997 e a Portaria 518/2004 do Ministério da Saúde.

Na cláusula segunda, delimitou-se o objeto do termo de compromisso em "ações e procedimentos iniciais e necessários à prevenção e mitigação de impactos sobre de Baixo Guandu, Colatina, Marilândia e Linhares", municípios localizados no Espírito Santo. Celebrou-se a obrigação da compromissária de apresentar Plano Emergencial de Contenção, Prevenção e Mitigação dos Impactos Ambientais e

102 Termo de compromisso socioambiental preliminar. Disponível em: <http://www.pres.mpf.mp.br/anexosNoticia/ID-002834__TERMO%20SAMARCO.pdf>. Acesso em: 12/12/2017.

Sociais, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após ter sido pactuado o compromisso.

O documento elaborado, com execução imediata, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, deveria garantir a mortandade originada com a lama que estaria por chegar nos municípios componentes da bacia do Rio Doce, obedecendo às estipulações técnicas do IBAMA ou do IEMA. A pessoa jurídica poderia contratar assistentes técnicos, como pescadores, a fim de recolher o número mais amplo possível de espécimes, recolhidas, após, em local propício à sua subsistência até que fosse possível devolvê-las ao *habitat* correspondente. A tudo isto, se comprometeu suportar financeiramente.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais também firmou termo de compromisso, com intuitos similares, estabelecendo caução socioambiental, no valor de 1 bilhão de reais. Ademais, elaborou relatório institucional, denominado como “O Ministério Público de Minas Gerais na defesa dos Direitos Humanos face ao maior desastre socioambiental do Brasil”, trazendo aspectos significativos acerca do acidente ocorrido.

O Ministério Público Federal e as empresas Samarco Mineração S.A, Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda. celebraram acordo preliminar que foi homologado em parte pela 12ª Vara da Justiça Federal de Minas Gerais. Consideraram que havia duas ações civis públicas acerca deste caso e, também, que as empresas comprometeram-se a implementar 41 programas voltados para aspectos socioambientais e socioeconômicos. Ademais, consideraram que a audiência conciliatória efetivada em setembro de 2016 ensejou as tratativas entre as partes.

No termo, constou a anuência em serem contratadas organizações para atuarem como peritos, assistentes técnicos e assessores com o fito de efetivar a coleta, a pesquisa, assim como a análise dos dados que gerem a possibilidade de concretizar diagnóstico acerca dos danos socioambientais constatados. Ademais, objetivou-se revisar o cadastro das pessoas, além das comunidades que foram atingidas pelo rompimento da barragem. Com auxílio destes *experts*, celebrou-se o compromisso em realizar audiências públicas e consultas prévias aos povos tradicionais localizados nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo.

As empresas comprometeram-se a garantir o cumprimento das obrigações firmadas para viabilizar os Programas de Reparação Socioambiental e Socioeconômica, no valor, portanto, R\$ 2,2 bilhões. Em caso de descumprimento, ressaltou-se a possibilidade de execução das garantias, compostas em aplicações financeiras, seguro-garantia e bens livres de quaisquer ônus.

4.1.2 Da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal

O Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria da República nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, ingressou com ação civil pública em face das empresas Samarco Mineração S.A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda. (estas duas últimas configurando-se enquanto sócias controladoras), e, também contra a União, os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. Foi intitulada como “Força Tarefa Rio Doce” e objetivava a reparação dos danos sociais, ambientais e econômicos provocados pelo rompimento da barragem de Fundão.

Os dizeres iniciais do Ministério Público Federal, especificamente após o endereçamento da ação civil pública, aludem que um “rio que de rico esplendor guardou apenas um leite mórbido de calda marrom e estéril, que avilta a memória e o espírito do povo que por ele cruzou e navegou, que nele e dele (sobre)viveu”.

Dispondo sobre a fundamentação jurídica da ação de responsabilidade coletiva, esclareceu a legitimidade passiva da demanda. Enquanto causadores diretos do dano ambiental, elencou a empresa mineradora, Samarco S.A, operadora da Barragem de Fundão. E, a Vale S.A., por despejar rejeitos da atividade desenvolvida na Mina de Alegria.

Indiretamente e, em virtude de desconsideração da personalidade jurídica, listou-se Vale S.A. e BHP Billiton Ltda., visto que sócias controladoras da Samarco. A desconsideração (conforme *disregard doctrine*) da empresa operadora da barragem foi tida como plausível para alcançar os patrimônios das sócias controladoras, com base no artigo 4º, da Lei nº 9.605/98.

Os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, assim como a União, foram suscitados como responsáveis indiretos – assim pelas condutas omissivas. Em soma, os entes públicos com competência ambiental (IBAMA, DNPM, SEMAD, IEF,

IGAM e FEAM)¹⁰³. Para estes, firma-se dois tipos de responsabilidade: retrospectiva – consistente em evitar a ocorrência de danos ambientais – e, a prospectiva, uma vez que ocorrido dano, devam ser adotadas todas as medidas que mitiguem, recuperem e compensem o dano ambiental.

Compreendeu-se que as falhas não foram apenas dos particulares, como também do “Estado brasileiro em permitir que a atividade fosse desenvolvida dentro de parâmetros de segurança tais que fossem incapazes de impedir a ocorrência do maior desastre ambiental do país” (fl. 110). Por esta razão que a omissão diz respeito ao nexos de causalidade com o evento catastrófico. Verificou-se a “ausência de efetivo exercício do poder de polícia” e a “emissão da licença ambiental que autorizou o exercício da operação da barragem” (fl. 110).

Salientaram o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado com base no artigo 225 da Constituição Federal (fl. 110). Aduziram que há dupla funcionalidade desta proteção legal, no esteio das lições de Ingo Sarlet, a qual consiste em identificar objetivos, bem como tarefas estatais; e, “a de direito e correlato dever fundamental do indivíduo e da coletividade”.

Ademais, evidenciou-se o princípio da indisponibilidade do interesse público ambiental, bem como o princípio do poluidor-pagador. Ainda, os princípios da prevenção e da precaução em conjunto ao princípio da reparação integral em razão de degradação provocada em face do meio ambiente.

Ressaltou-se a existência de dano moral coletivo, visto que “valores imateriais da coletividade foram frontalmente atingidos” (fl. 134), inclusive, fazendo-se menção à seguinte gravura¹⁰⁴:

103 Respectivamente, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Departamento Nacional de Produção Mineral, Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado de Minas Gerais, Instituto Estadual de Florestas, Instituto Mineiro de Gestão das Águas, Fundação Estadual do Meio Ambiente.

104 Retirada do sítio eletrônico do Jornal Gazeta. Disponível em: <<https://blogs.gazetaonline.com.br/meexplicadireito/426/rio-doce-uma-tragedia-indenizavel/>>. Acesso em: 19/02/2018.



Ademais, propôs-se indenização com fito pedagógico, assim como em virtude do tempo decorrido entre o dano e a recuperação ou mesmo a compensação ambiental – configurando-se em lucro cessante. Compreendeu, ademais, que se tratou de responsabilidade civil objetiva, solidária e integral dos causadores dos danos socioambientais e socioeconômicos.

Ressaltaram a Lei n. 9.433/97, que dispõe sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos, que regulamenta, no artigo 7º, inciso I, os Planos de Recursos Hídricos da Bacia do Rio Doce, que são considerados como de longo prazo. O dispositivo legal determina que os projetos – correspondentes aos planos que visam fundamentar e orientar a Política Nacional de Recursos Hídricos (assim como o gerenciamento destes recursos) – possuem como conteúdo mínimo o diagnóstico da situação dos recursos hídricos.

Importante ressaltar que o Ministério Público Federal referiu-se à Convenção de Montego Bay (conforme consta na página 186 da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal), a qual versa sobre o Direito do Mar, e foi acolhida pelo Decreto nº 1.530/95. Determinou-se que o meio marinho (composto por seres vivos e não-vivos) deve ser protegido, como também preservado pelos Estados.

Formulou-se pretensão jurídica acerca da proteção da ictiofauna da bacia hidrográfica do rio doce, bem como da região marinha impactada e dos consumidores de pescado. Entendeu-se pela proibição da pesca e também por

medidas de vigilância sanitária. Neste sentido visto que foram verificados indícios de contaminação da ictiofauna e da proibição da pesca.

Aludiram que a análise da “fração total na água (incluindo MPS) indicou um significativo aumento das concentrações de Alumínio (Al), Ferro (Fe), Manganês (Mn) e Cromo (Cr), sendo que o aumento chegou a vinte vezes para Ferro e cerca de seis vezes para Alumínio” (fl. 192). Esta situação fere o direito à saúde – direito fundamental de todos os cidadãos com fulcro no artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Ademais, atinge, ainda, os direitos do consumidores dos produtos advindos da pesca da região atingida. O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor alude que a proteção da vida, da saúde e da segurança corresponde a direito básico dos sujeitos consumidores em face dos “riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos” conforme o inciso I.

O inciso III dispõe que “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. E, o artigo 8º estabelece que os “produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”. (fl. 194).

Propôs-se medidas de vigilância sanitária a serem implementadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), na forma prevista na Lei 8.080/90. A Política Nacional do Saneamento Básico também foi ferida consoante dispositivos da Lei n. 11.445/2007.

Ademais, sobre a relevância do Código Florestal, a Lei n. 12.651/2012. Por isto, pediram a condenação dos réus a “recompôr as nascentes que sofreram danos em razão do rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, e a efetuarem, como medida compensatória, a recomposição de outras nascentes ao longo da Bacia Hidrográfica do Rio Doce” (fl. 204).

A proteção da vegetação nativa da Mata Atlântica (considerada como patrimônio nacional) é disciplinada pela Lei n. 11.428/2006, que foi afetada em virtude do rompimento de barragem, “devendo a área total ser indicada no plano de

recuperação ambiental, de forma proporcional ao dano causado” (fl. 206).

4.2 DO PRECEDENTE JUDICIAL OCORRIDO NA REGIÃO

Com o mote de demonstrar a atuação dos tribunais em casos similares ao ocorrido no município de Mariana, em Minas Gerais, efetiva-se comentário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio de julgado do Recurso Especial nº 1.374.342. A demanda individual foi proposta em face de Mineração Rio Pomba Cataguases, operadora de mineração de bauxita, para obter reparação por danos materiais e extrapatrimoniais.

Aludiu-se que em janeiro de 2007, em Miraf (cidade localizada no estado de Minas Gerais), ocorreu vazamento de resíduos tóxicos, com lama contendo bauxita, o que foi equivalente a bilhões de litros em virtude do rompimento da barragem. Os postulantes, moradores às margens do Rio Muriaé, sofreram danos em suas residências em virtude dos desdobramentos do evento danoso.

Na demanda, necessário constatar a existência de danos morais, assim como de danos patrimoniais a partir da verificação do dano e do nexo de causalidade. Ademais, sendo constatada a responsabilidade da empresa acionada, far-se-ia imprescindível a análise do regime jurídico a ser aplicado.

O voto do Ministro Luis Felipe Salomão evidenciou que a contenção dos rejeitos sólidos provenientes da atividade de mineração de bauxita era de responsabilidade da Mineração Rio Pomba Cataguases. E, que o evento danoso, consistente no rompimento da barragem de rejeitos, atingiu moradores das cidades de Miraf e de Muriaé.

A mineradora, que interpôs o recurso especial, alegou que a parte autora não demonstrou a existência de nexo causal entre o rompimento da barragem e os supostos danos. Aduziu que o município de Muriaé, no qual residia a postulante, foi atingido por muitas enchentes no mês de janeiro de 2007 – período em que ocorreu o rompimento da barragem operada pela empresa acima referida.

O entendimento da jurisdição de 1º e 2º graus, todavia, foi no sentido de que o nexo causal foi concretizado uma vez que armazenava resíduos oriundos da atividade mineradora e o vazamento dos rejeitos que inundaram cidades próximas.

Demonstraram, desta forma, o liame entre a conduta e o dano perpetrado em face da população das cidades de Mirai e Muriaé.

Em primeiro grau, o magistrado afirmou que se trata de atividade tipicamente de risco, uma vez que existiam, em depósito, milhões de litros de rejeitos, que poderiam gerar prejuízo a outras pessoas – o que foi concretizado. Destacou que a operadora de atividade de mineração de bauxita celebrou Termo de Ajustamento de Conduta com os Ministérios Públicos Federal e Estadual, no qual reconheceu a culpa do evento (que, conforme o exposto, sequer tem sua análise exigida), além de ter se comprometido a reparar todos os prejuízos oriundos do vazamento de rejeitos tóxicos, morais ou materiais. O termo foi firmado levando-se em consideração os artigos 17¹⁰⁵ e 95 do Código de Defesa do Consumidor, sendo este aplicável em virtude do artigo 113 da mesma codificação, e o artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85)

O magistrado de piso alegou que é notório “que os meses de dezembro e janeiro são caracterizados por fortes pancadas de chuva, praticamente diária, pelo que isso não pode ser tido como um evento imprevisível ou incerto” (conforme folha 11 do julgamento do Superior Tribunal de Justiça em análise). Ademais, frisou que laudo realizado pelo órgão ministerial do estado de Minas Gerais concluiu que a vida útil da barragem em questão finalizava em dezembro de 2005. E, o evento danoso ocorreu dois anos após.

Elencou o artigo 334, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, o qual determina que não dependem de prova os fatos que sejam notórios. Isto é, o rompimento da barragem, por si só, ocasionou o transbordamento das águas do rio Muriaé. Ademais, evidenciou que a cor da água do rio foi alterada por ocasião da lama que o atingiu e que direcionou-se às ruas das cidades; e que a lama assoreou o leito do rio, de modo que toda chuva ocorrida posteriormente ao rompimento inundasse as casas dos postulantes.

No acórdão recorrido, ressaltou-se que o nexo de causalidade decorre de fato público e notório, sendo divulgado de forma ampla pela mídia nacional e estrangeira. A ausência de aplicação de excludentes de responsabilidade afasta, de plano,

¹⁰⁵ O artigo 17 está localizado em seção do Código de Defesa do Consumidor que dispõe sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Determina que: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

análise acerca do volume das chuvas, assim como da vazão do rio.

Como foi constatado o nexo de causalidade nos próprios autos da ação, impossível, em sede de recurso especial, discutir se ocorreu ou não o evento danoso, conforme o enunciado nº 7 da súmula do Superior Tribunal de Justiça. Esta informa que simples reexame probatório não tem o condão de ensejar recurso especial. Mesmo que fosse possível, enchentes anteriores ao rompimento da barragem não afastam o nexo de causalidade (consoante folha 13 do voto).

No voto em questão, evidenciou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do regime de responsabilidade civil a ser incidido no caso concreto. Entendeu-se pela aplicação da teoria do risco integral, o qual demanda análise objetiva em virtude da previsão constitucional constante do artigo 225, parágrafo terceiro, como também da previsão legal encontrada na Lei nº 6.938/81 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), no artigo 14, parágrafo primeiro.

Asseverou-se, ademais, que não é possível valer-se de excludentes de responsabilidade visto que se aplica a teoria do risco integral. Portanto, basta que ocorra resultado prejudicial ao ser humano, assim como ao meio ambiente com base em ação ou omissão do responsável pela atividade de risco desenvolvida.

Aduziu-se, a título de precedente, julgado de embargos de declaração no Recurso Especial nº 1346430/PR¹⁰⁶, que seguiu a tese firmada pelo julgamento do Recurso Repetitivo nº 1.114.398/PR, com relatoria do Ministro Sidney Benetti. Neste julgado, o Superior Tribunal de Justiça compreendeu de forma idêntica, elucidando que a teoria do risco integral possui como pano de fundo (ou pressuposto, nos dizeres do relator) atividades que impliquem riscos tanto para a saúde, quanto para o meio ambiente. O nexo de causalidade é a união entre o risco concretizado e o dano, sendo fonte da obrigação de indenizar.

Compreendeu-se que o explorador de atividade econômica enquadra-se como garantidor da preservação ambiental. Assim, os danos ligados às atividades de risco, a estas se vinculam, não sendo possível alegar excludentes de responsabilidade, como culpa exclusiva de terceiro e ocorrência de situação de força maior.

A título de doutrina, elencou-se os dizeres de Annelise Monteiro Steigleder,

106 Sendo relator o Ministro Luis Felipe Salomão, com atuação da quarta turma, em 05/02/2013.

Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado. Estes autores sustentaram a ideia de que, na responsabilidade objetiva, o dano não se conecta com noção de previsibilidade (ao contrário da responsabilidade subjetiva). A análise é efetivada de forma quase unicamente material. Provando-se a ação ou omissão como causa do prejuízo, imputa-se, quase automaticamente, a responsabilidade civil objetiva.¹⁰⁷

A mineradora alegou que a residência dos autores da demanda foi fortemente afetada em razão de chuvas pretéritas ocorridas, ainda, no mês de janeiro daquele ano de 2007. Em primeiro grau, nesta senda, sentenciou-se que a moradora teve de ser desalojada de seu imóvel residencial, ocasionando-lhe prejuízos imateriais. O tribunal *a quo* prosseguiu afirmando a existência de danos morais, salientando que a parte autora não voltou a residir na moradia atingida. Neste ínterim, não houve discussão sobre o valor a ser arbitrado a título de danos extrapatrimoniais.

Já no voto do Ministro Luis Felipe Salomão, foi trazido o artigo 4º, inciso VII, da Lei nº 6.938/81. É objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente a reparação de todos os danos causados. Todavia, o ato ilícito para ensejar dano moral tem de atingir a dignidade da pessoa. Optou-se por reafirmar as decisões anteriores proferidas neste caso as quais compreenderam que se concretizou, em desfavor das vítimas, angústias, preocupações, inquietações, além da normalidade.

Embasando os fundamentos do voto, suscitou-se lições ofertadas por Annelise Monteiro Steigleder, em sua obra “Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro”. A autora assevera que o arbítrio indenizatório relativo aos danos morais associados ao meio ambiente não leva em consideração o contexto subjetivo e individual do poluidor, em outras palavras, a intensidade de culpa ou dolo. Analisa-se o que motivou a infração, a condição econômica do agente e o lucro obtido com a atividade de risco desenvolvida¹⁰⁸.

Acerca do montante indenizatório que foi fixado, entendeu-se que o foi de forma razoável, sendo mantido no valor de dez mil reais. Ao recurso interposto, foi negado provimento.

107 Cf. STEIGLEDER, Annelise Monteiro; MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Doutrinas essenciais de direito ambiental: responsabilidade em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

108 Cf. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA BASEADA NOS CASOS DE ROMPIMENTO DE BARRAGEM

É evidente que a natureza está degradada em dada medida. Ao redor do país, existem casos além de Mariana, além de Miraf e de Muriaé. A mídia, com seu potencial informativo, noticia constantemente situações em que a qualidade ambiental está prejudicada. Estes casos ilustram o quanto a natureza permeia a vida do ser humano e, o tanto de fragilidade que o meio ecológico carrega consigo.

O ordenamento jurídico posiciona-se em face desta realidade. Há uma busca, precípua, em proteger o lícito e, para que assim ocorra eficazmente, tem de reprimir os ilícitos e corrigir as suas consequências. Existente a ilicitude, ou, em outras palavras, situação de contrariedade entre conduta e a norma jurídica, pode-se determinar deveres positivos ou negativos para o lesante. Assim, a responsabilidade civil tem de ser analisada em virtude do dano ambiental causado com o rompimento de barragem na cidade de Mariana em Minas Gerais.

No Direito Ambiental, impera a responsabilidade civil objetiva pautada no risco integral – em que não há análise de culpa. Aquele que danifica o meio ambiente possui o dever jurídico de repará-lo integralmente. Para Alvaro Lima, a responsabilidade que é baseada em risco é fundada em princípios de justiça e de equidade. A vida moderna e sua complexidade, a qual trouxe multiplicidade de acidentes, nos dizeres do jurista, gerou para a vítima a impossibilidade em provar a culpa; aduz-se, então, que esta teoria não resolvia satisfatoriamente determinados casos¹⁰⁹. Em suma, compreendeu que a fraternidade e a solidariedade humanas, assim como pelo “afinamento das nossas consciências” aliado ao desenvolvimento do sentimento de responsabilidade, que pôde-se instituir a teoria do risco.¹¹⁰

Ademais, é possível constatar, nos casos concretos, o regime jurídico de solidariedade entre os causadores dos danos – tenham atuado direta ou indiretamente. No caso de Mariana, a Samarco Mineração S.A., a Vale S.A. e a BHP Billiton Ltda., foram elencadas como causadoras do dano, devendo responder de forma compartilhada. O Estado, por sua vez, conforme os tribunais admitem, pode responder em virtude das suas condutas omissivas – quando deixou de preservar e

109 LIMA, Alvaro. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 142-143.

110 Id. Ibid. p. 144.

resguardar o direito fundamental ao meio ambiente estabelecido pela Constituição.

Numa sociedade comumente tida como de risco, é imprescindível que sejam desestimuladas qualquer atividade capaz de gerar efeitos prejudiciais, seja a terceiros, como, por exemplo, à população do município de Mariana, seja ao próprio meio ambiente. Assim, jurisprudência tem aplicado a Teoria do Risco Integral, na qual não se admite a incidência de excludentes da responsabilidade civil, como caso fortuito, força maior e fato de terceiro.

Considerando-se que se trata dano ambiental coletivo, importante destacar o rito processual pertinente. Edilson Vitorelli trabalhou com o aspecto que diz respeito à nova tipologia dos litígios coletivos e ofertou proposta para um conceito sociologicamente orientado dos direitos transindividuais. Assim, afirmou que as discussões relativas à titularidade de direitos de grupos, transindividuais, metaindividuais (asseverando que o mais significativo não é a denominação) foram cessadas, mesmo que tidas como relevantes. Em seu lugar, inseriu-se uma abordagem pragmática com o fito de garantir a tutela destes direitos a despeito de seu conceito não possuir delimitação exata.¹¹¹

O autor aduziu que se aceitou, doutrinariamente, que os direitos transindividuais são de todos, sejam grupos, seja a sociedade. A tautologia da tutela coletiva no Brasil informa que são de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém.¹¹²

Os danos verificados em Mariana, em virtude do rompimento de barragem, e em sentido similar, nos municípios de Miraf e Muriaé, correspondem a lesões morais, bem como patrimoniais. Importante aduzir que, acerca dos danos morais, doutrina e jurisprudência majoritárias compreendem pela implicação de responsabilidade mesmo quando forem coletivos (ou considerados como de massa, no esteio das lições de Geneviève Viney).¹¹³

Assim é possível concluir que, conforme os casos analisados, trata-se de bem jurídico correspondente a direito fundamental. Logo, certo é que se pode constatar danos morais a nível coletivo visto que a preservação do ambiente é interesse de

111 VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35.

112 Id. Ibid. p. 80-81.

113 Cf. VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. TEPEDINO, Gustavo (org.). In: **Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008.

toda a coletividade, como asseverou Annelise Steigleder, com base em dizeres de Sérgio Ferraz.¹¹⁴

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente ao definir o dano ambiental como modificação adversa de suas características deu azo para a instituição da Lei nº 12.334/2010, que, por sua vez, estabelece a Política Nacional de Segurança, criando o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens. Nos casos elencados, constatou-se que houve degradação da qualidade do meio ambiente, conforme artigo 3º, inciso III, e alíneas, da Lei nº 6.938/81, em virtude de se ter prejudicado a saúde, a segurança e bem estar das populações afetadas pelos vazamentos (sobretudo o município de Bento Rodrigues, visto que a área urbana de Mariana encontra-se habitada). Ademais, em razão das condições desfavoráveis para o desenvolvimento de atividades sócio-econômicas.

Estas peculiaridades concretizam, conforme a legislação, poluição em face do meio ambiente, apesar da visão com teor antropocêntrico. As alíneas “c”, “d” e “e” conferem visão ecológica mais consciente ao que se entende legalmente por poluição ambiental, em virtude de se ter afetado desfavoravelmente a biota, condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente, e, também, por ter sido lançadas matérias em desacordo com padrões ambientais.

Alude-se, então, ao princípio do poluidor-pagador que orienta o ressarcimento do dano por quem dele houver sido beneficiado (ou, compensação, no caso dos danos morais¹¹⁵). O poluidor tem o dever de arcar com as despesas oriundas da prevenção, da reparação, assim como da prevenção das atividades poluidoras. Dessa forma, as externalidades ambientais têm de repercutir dos produtos e serviços oriundos da atividade tida como poluidora. O poluidor integra os custos ambientais e configura-se como primeiro pagador, seguindo os dizeres Annelise Steigleder.¹¹⁶

A prevenção e a precaução foram erigidas como funções da responsabilidade civil por danos ambientais e baseiam, portanto, o princípio do poluidor-pagador.

114 STEIGLEDER, Annelise. Áreas Contaminadas e a obrigação do poluidor de custear um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. v. 7. n. 25. 2002. p. 251.

115 GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Forense, 2016, p. 76.

116 STEIGLEDER, Annelise. Áreas Contaminadas e a obrigação do poluidor de custear um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. v. 7. n. 25. 2002. p. 265.

Estas funções são relevantes ao passo em que, constatou-se, conforme estudos elencados por José Rubens Morato Leite e Melissa Ely Melo, que há “*déficit* de execução no sistema de controle e comando público ambiental”.¹¹⁷

Aduz-se bastante em “constitucionalização do direito civil” – conforme nomenclatura adotada em diversas obras doutrinárias – que, conforme aduziu Anderson Schreiber, trata-se de “obter a máxima realização dos valores constitucionais” nas relações privadas.¹¹⁸ Todavia, para Otávio Luiz, a expressão indica situações diversas, que podem dizer respeito à “interpretação do direito ordinário em conformidade com as normas constitucionais”, assim como à “eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares”.¹¹⁹ A inexistência do conceito pode simbolizar que, na verdade, trata-se de processo jurídico-histórico anterior mesmo à Constituição Federal, no que tange aos direitos ambientais, nesse sentido, sobretudo, considerando-se que a Política Nacional do Meio Ambiente foi instituída em 1981, como reflexo de movimentos ambientais pretéritos.

117 LEITE, J. R. M; MELO, M. E.. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. **Sequência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. Vol. 28. n. 55. 2007. p. 209.

118 SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.

119 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Propriedade e constitucionalização do Direito Civil. In: MATIAS, João Luiz Nogueira; WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade e Meio ambiente: da inconciliação à convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 148.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa evidenciou que a responsabilidade civil extracontratual pauta-se cada vez mais intensamente no âmbito doutrinário, assim como na jurisprudência. Iniciou-se a partir do direito romano, sendo engendradas diversas teorias clássicas e transformações no próprio ordenamento jurídico pátrio. Assim, foi possível alcançar à responsabilidade objetiva, principalmente, no que tange à teoria de danos pautada no risco integral.

Importante ressaltar que esta teoria de risco, norteadada pela reparação integral dos danos, possui três proposições basilares: a prescindibilidade do exame da culpa; a irrelevância da licitude da atividade produtora de danos; e, tendo sua legalidade questionada, a inaplicação das excludentes de responsabilidade.

Nesta seara, é significativo valer-se do princípio da precaução para evitar a ocorrência de danos. Por isto, importante que os processos de obtenção de licenças ambientais sejam realizados com eficácia, atentando-se de fato às questões relacionadas ao caso concreto. Conforme se salientou, em matéria ambiental, existe um grande objetivo centrado na prevenção de danos – os quais devem ser evitados, pois se trata de direito fundamental que lida exatamente com a vida dos cidadãos, seja no presente, seja no tempo futuro, conforme propôs a Constituição Federal de 1988.

Compreende-se pela importância da atuação incisiva dos órgãos com competências ambientais, sobretudo, fiscalizatórias. Ademais, pela relevância dos Ministérios Públicos, que propõem ações civis públicas para resguardar interesses que lidam diretamente com a manutenção da ordem jurídica. Salientando, ainda, a possibilidade de que as Defensorias Públicas também atuem mais incisivamente nesta tutela coletiva.

Em suma, a determinação da Constituição Federal, consubstanciada em direito fundamental, acerca de ser imperioso possibilitar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve ser cumprida, observando-se todas as criações jurídicas acerca da responsabilidade civil contemporânea. Isto é, vislumbrar-se que existem danos de massa; que o arbítrio do montante indenizatório não deve gerar enriquecimento sem causa (e, que, por esta razão, é latente a necessidade de rito

legal para a fixação dos valores no âmbito judicial), mas que deve levar em consideração, a exemplo, as condições econômicas do agente. A responsabilidade civil contemporânea é, conforme todo o exposto, permeada em torno das necessidades humanas, visto que para estas o direito é existente e permanece sendo inovado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leila Cristina do Nascimento; SILVA, Romeu Faria Thomé da. As respostas jurídicas do estado de Minas Gerais aos acidentes com barragens de rejeitos da mineração. **Direito e Sustentabilidade IV**. Santa Catarina: Conpedi, 2016.

ANTUNES, Paulo Bessa. Da existência da exclusão de responsabilidade na responsabilidade por danos ao meio ambiente no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Público**. v.3. n. 2. 2016.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. **Veredas do Direito. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**. v. 10. n. 19. Belo Horizonte: 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARDIN, V. S. G.; BARBOSA, H. C.. **Formas de reparação do dano ambiental**. Universidade Estadual de Maringá: Revista de Ciências Jurídicas, 2008.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos pelo direito à formação de vínculos jurídicos integracionais**. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2470>>. Acesso em: 13/12/2017.

DELLACASA, Matteo. Quando il gabbiano investe l'aereo: responsabilità private e pubbliche per mala gestio del servizio aeroportuale. **Dano e Responsabilità**. [Milano, Itália]: IPSOA, n. 2, 2002.

DESTEFFENI, Marcos. **A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Campinas: Bookseller, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: RS, v. 76, n. 1, 2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANÇA, Rodrigo Dumans. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva**. Tese (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 24.

FREITAS. **Dano ambiental coletivo e a lesão individual**. São Paulo: RT, 2004.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, trad. portuguesa de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Forense, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil)**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo: ESDC, 2007.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista da EMERJ**. v. 7, n. 25, 2004.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental**. Revista sequência. n. 95. 2002.

HENKES, Silviana L. A responsabilidade civil no direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo. v. 10. n.1. 2009.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2000.

JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro. vol. LXXXVI. 1946.

JUNIOR, Ênio Duarte Fernandez. **Responsabilidade civil ambiental: a composição de interesses a contar da identificação de condutas lesivas**. Jundiaí: Paco Editorial.

KOHLER, Graziela de Oliveira. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade civil ambiental. **Revista do Curso de Direito da FSG**. Caxias do Sul. n. 11. 2012.

LEÃO, Igor Zanoni Constant Carneiro; MAIA, Denise Maria. O valor do meio ambiente segundo Peter Singer. **Economia & Tecnologia**. Ano 06. vol. 23. 2010.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 1981.

LEITE, J. R. M; MELO, M. E.. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. **Sequência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. Vol. 28. n. 55. 2007. p. 209.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

LOPES, Rodrigo P. P. Análise da operação de leasing. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo. 1973.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LUZ, Adão Benvindo da; SAMPAIO, João Alves; ALMEIDA, Salvador Luiz Matos. Barragem de rejeitos. **Tratamento de Minérios**. 5. ed. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2ª ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Pontes. LACERDA, Paulo de Lacerda (coord.). **Manual do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: 1929.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito Ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. **Revista de Direito Ambiental**. n. 21. 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**. vol. I. Rio de Janeiro. Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 1991.

MOREIRA, Daniella de Andrade. **Responsabilidade ambiental pós-consumo**. Disponível em:

<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43546298/artigo_-_planeta_verde_-_marcela_maciel_-_AAE.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1513169147&Signature=AxLlq2%2FGBe3QB4NzYttST2PO%2Bw0%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DPoliticas_Publicas_e_Desenvolvimento_Sus.pdf#page=123>.

Acesso em: 13 dez 2017.

NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **Hermenêutica filosófica e direito ambiental: concretizando a justiça ambiental**. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. Forense, 2016.

RIBEIRO, J.C. J; TOLEDO, A. P.; THOMÉ, R.. **Acidentes com barragens de rejeitos da mineração e o princípio da prevenção**. Ed. Lumen Juris, 2016.

ROBALINHO, Marcelo. Para além dos riscos: uma análise do livro Sociedade de risco. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde. Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnologia em Saúde da Fiocruz**. 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Propriedade e constitucionalização do Direito Civil. In: MATIAS, João Luiz Nogueira; WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade e Meio ambiente: da inconciliação à convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 148.

ROSEVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil. A Reparação e Pena Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. A cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina. Edição comemorativa – 25 anos**. Brasília, 2014.

SANTOS, Milton. Técnica espaço tempo. **Globalização e meio técnico-científico informacional**. São Paulo: Edusp, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 39 e 40.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STEIGLEDER, Annelise. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro; MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Doutrinas essenciais de direito ambiental: responsabilidade em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STEIGLEDER, Annelise. Áreas Contaminadas e a obrigação do poluidor de custear

um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. v. 7. n. 25. 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUZART, Joseane. **Teixeira de Freitas, o jurista que sedimentou o Direito Privado em prol da sociedade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-23/teixeira-freitas-jurista-sedimentou-direito-privado>>. Acesso em: 10 dez 2017.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. Dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.