

**UFJF - UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

**CURSO DE DIREITO**

**POLYANA VIEIRA VILLAR**

**RESPONSABILIDADE CIVIL SOB ENFOQUE DOS PUNITIVE DAMAGES:**

**Análise crítica do caso Samarco**

**JUIZ DE FORA**

**2016**

**POLYANA VIERA VILLAR**

**RESPONSABILIDADE CIVIL SOB ENFOQUE DOS PUNITIVE DAMAGES:  
ANÁLISE CRÍTICA DO CASO SAMARCO**

Monografia Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Na área de concentração de Tópicos Especiais em Direito Civil, sob a orientação da professora Tônia Aparecida Tostes do Prado e coorientador Orfeu Sérgio Ferreira Filho.

**JUIZ DE FORA**

**2016**

**POLYANA VIEIRA VILLAR**

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL SOB ENFOQUE DOS PUNITIVE DAMAGES:  
Análise crítica do caso Samarco**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Na área de concentração de Tópicos Especiais em Direito Civil submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientadora: Tônia Aparecida Tostes do Prado  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Membro: Professor Cláudio Santos  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Membro: Professor Orfeu Sérgio Ferreira Filho  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA:

- APROVADO  
 REPROVADO

Juiz de Fora, 21 de julho de 2016.

Dedico o presente trabalho a Deus, que me deu força, sabedoria e paciência para chegar ao meu objetivo. Dedico também aos meus pais Eliane Vieira Rodrigues Villar e Jairo Villar, aos meus irmãos Jairo Villar Júnior e Priscila Vieira Villar que sempre me incentivaram e apoiaram meus sonhos, a Universidade Federal de Juiz de Fora que me permitiu perseguir meu sonho de infância.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a DEUS pela vida, força e luz. A minha família por terem me apoiado na construção deste trabalho. E a todos que de alguma forma compartilham desse momento.

*“Liberdade significa responsabilidade. É por  
isso que tanta gente tem medo dela”.*  
(George Bernard Shaw).

## RESUMO

Verificar-se-á que o trabalho foi elaborado através do método indutivo, sendo apresentado o caso Samarco, no qual notaram-se vários problemas jurídicos e morais; concluiu-se ser necessário repensar o instituto da responsabilidade civil, e com isso, é criada a responsabilidade civil multifuncional, dinâmica e flexível, com funções e subfunções. Partiu-se do marco teórico desenvolvido por Nelson Rosendal, acerca do conceito de responsabilidade civil como dever de cuidado e multifuncional; a partir disso, foram estabelecidas as funções e as subfunções da responsabilidade civil e, em especial, este trabalho trata da função dos *punitive damages*. A primeira parte do trabalho pesquisou o caso Samarco através de relatórios, artigos, reportagens e entrevistas. Entende-se que o caso é eivado de vícios e ilícitos, conseqüentemente, tais artifícios refletem-se nas funções que a responsabilidade civil deve exercer. Os demais capítulos foram elaborados através de árdua pesquisa bibliográfica de vários autores. O segundo capítulo trouxe as linhas gerais da responsabilidade civil, no qual delimitou-se o conceito de responsabilidade civil, questionando a responsabilidade objetiva exaurida do seu elemento subjetivo. O terceiro capítulo cuidou do aspecto histórico da responsabilidade civil e dos *punitive damages*. No último capítulo, foram apresentadas as funções e subfunções da responsabilidade civil, tendo como prioridade os *punitive damages* e a sua devida aplicação no caso Samarco, questionando-se o dano moral coletivo. Concluiu-se que o novo conceito de responsabilidade civil é capaz de atender a várias demandas, por ser flexível, multifuncional e dinâmico, apto a aplicar justiça acima das leis de mercado, sendo apropriado para prevenir e punir ilícitos que maculam direitos e valores consagrados na sociedade. Além disso, entendeu-se que, no caso Samarco, o novo conceito de responsabilidade civil deveria ter sido aplicado, pois serviria de exemplo à sociedade e a potenciais ofensores.

Palavras-chave: responsabilidade civil, multifuncional, funções, Samarco, *punitive damages*.

## **ABSTRACT**

It will be shown that the work was done through the inductive method, presenting the Samarco case in which many various legal and moral problems were noted; it was necessary to rethink the civil liability, and thus, the multifunctional civil liability is established, dynamic and flexible, with functions and sub-functions. Starting from the theoretical framework developed by Nelson Rosenvald about the civil liability concept as duty of care and multifunctional, it was established the functions and sub-functions of civil liability and, in particular, this work deals with the function of punitive damages. The first part of this work researched the Samarco case through reports, papers, articles and interviews. It is understood that the case is riddled with vices and illicit, therefore such devices are reflected in the roles that civil liability should exercise. The remaining chapters were developed through arduous research about various authors. The second chapter brought the general aspects of civil liability, which delimited the concept of civil liability and questioning the objective responsibility exhausted of the subjective element. The third chapter took care of the historical aspect of civil liability and punitive damages. In the last chapter, we presented the functions and sub-functions of civil responsibility, prioritizing the punitive damages and its proper application in the Samarco case, questioning the collective moral damage. In conclusion, the new civil liability concept is able to meet various demands, to be flexible, multifunctional and dynamic, also able to apply justice above market laws, and appropriated to prevent and punish offenses that stain the rights and values enshrined in society. Moreover, it was understood that the new civil liability concept should have been applied in the Samarco case, as an example to society and potential offenders.

**Keywords:** civil liability. Multifunctional, functions, Samarco, punitive damages



## **LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

Fotografia 1 - Sabrina quer uma resposta de onde está o pai.....	22
Quadro esquemático 1 - Responsabilidade Civil Multifuncional.....	35

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMMP	Associação Mineira do Ministério Público
CC/02	Código Civil Brasileiro de 2002
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFEM	Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais
COPAM-MG	Conselho de Política Ambiental de Minas Gerais
DPVAT	Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre
ECO 92	Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992
EIA/RIMA	Estudo de Impacto Ambiental
HOMA	Centro de Direitos Humanos e Empresas
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
INPE	Instituto de Pesquisas Espaciais
MPF	Ministério Público Federal
ONU	Organização das Nações Unidas
PoEMAS	Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade
SIAM	Sistema Integrado de Informação Ambiental
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF/1	Tribunal Regional Federal da Primeira Região
UFES	Universidade Federal do Espírito Santo

## SUMÁRIO

LISTA DE ILUSTRAÇÕES.....	9
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	10
INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 O CASO SAMARCO .....	14
CAPÍTULO 2 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	23
2.1 A Importância do tema em debate .....	23
2.2 As várias definições da palavra responsabilidade.....	27
2.3 Responsabilidade jurídica e responsabilidade moral.....	28
2.4 Os vários conceitos de responsabilidade civil.....	29
2.5 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva.....	36
2.5.1 Evolução histórica da responsabilidade civil objetiva.....	36
2.5.2 Responsabilidade objetiva e o risco integral.....	48
CAPÍTULO 3 FUNÇÕES E SUBFUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB ENFOQUE DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> .....	52
3.1 Funções da responsabilidade civil.....	52
3.2 Função reparatória e compensatória.....	54
3.3 Função preventiva precaucional.....	55
3.4 Função Punitiva - <i>punitive damages</i> .....	62
3.4.1 Funções dos <i>punitive damages</i> .....	66
3.4.1.1 Função de Justiça Social.....	67
3.4.1.2 Função preventiva de desestímulo ao cometimento de novos ilícitos.....	68
3.4.1.3 Função Punitiva.....	70
3.4.1.4 Função educativa.....	72
3.4.1.5 Função vingativa.....	73
3.4.1.6 Função corretiva de vícios mercadológicos ou capitalistas.....	74
3.5 <i>Punitive Damages</i> e Direito penal.....	77
3.6 <i>Punitive damages</i> e os Direitos Humanos.....	81
3.7 <i>Punitive damages</i> e danos morais coletivos.....	83
3.8 Aplicação dos <i>punitive damages</i> no caso Samarco.....	86
CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS.....	105

## INTRODUÇÃO

No dia 05 de novembro de 2015 um mar de lama de rejeitos de mineração afetou milhares de pessoas, no seu percurso matou pessoas e um Rio Doce, desabrigou, feriu, destruiu, maculou a honra e a história, ficou conhecido como a maior tragédia ambiental do país. Em busca de respostas e de responsabilidades por esse “mar de lama”, encontrou-se outro “mar”, não de lama, mas de sujeira, de ilícitos e vícios das empresas responsáveis: *BHP Billiton Ltda.*, *BHP Billiton Brasil*, Samarco e Vale e do próprio governo. Entre os problemas encontrados destacamos: o financiamento de campanhas; abertura da *BHP Billiton Brasil* como uma *joint venture* para escapar da responsabilidade dos sócios da *BHP Billiton Ltda.*; ações filantrópicas para mascarar a responsabilidade social; desrespeito aos direitos humanos tendo como fulcro o desenvolvimento econômico; e uma responsabilidade que denominamos como “demoníaca”, tendo em vista o conceito de Ambrose Bierce, desenvolvido no seu livro “Dicionário do Diabo”, na qual o conceito de responsabilidade é na verdade a transferência da culpa para outras pessoas.

Posteriormente, procura-se saber qual é a conduta do Estado e do Poder Judiciário perante esses dois “mares”; em primeiro momento o Estado e a sociedade tomou para si as vítimas, posteriormente tivemos várias ações judiciais, nas quais a ação pública ajuizada pelo MPF ganhou maior destaque por ter um valor de R\$ 155 bilhões sendo que, entre os pedidos, encontramos os danos morais coletivos. Entretanto, o TRF/1 entendeu, devido à conexão, reuniu todas as várias ações supracitadas e estabeleceu um acordo. As empresas Samarco, Vale e BHP comemoraram, então, logicamente, tem algo errado! O acordo foi denunciado por entes políticos, sociais e jurídicos.

A este conjunto de fatos e acasos, damos o nome de Caso Samarco; a par dele, pergunta-se: qual a função da responsabilidade civil neste caso, seria apenas ressarcitória e compensatória? Apenas compelir a Samarco restituir o *status quo ante* seria o bastante para coibir novas tragédias e reparar o dano causado? Além disso, é possível que se volte ao *status quo* anterior? Há novas estratégias preventivas? E os direitos humanos violados? Danos morais coletivos é sinônimo de *punitive damages*? É diante dessas indagações que é necessário repensar a função preventiva precaucional e punitiva, *punitive damages*, no instituto da responsabilidade civil. A resposta foi encontrada em um novo conceito de responsabilidade civil multifuncional, flexível e dinâmica pautada no *dever de cuidado*, na qual demos destaque a função punitiva exercida pelos *punitive damages*.

As funções e subfunções da responsabilidade civil orientam o aplicador e o intérprete

do instituto da responsabilidade civil, pois garantem a significação de determinadas regras, o intérprete pode aplicá-las de maneira mais adequada, evitando injustiças e contradições. Nesse sentido, fixou-se 4 (quatro) funções da responsabilidade civil: 1) função reparatória; 2) função compensatória; 3) função preventiva precaucional, e; 4) função punitiva (*punitive damages*). As duas primeiras são clássicas da responsabilidade civil, sendo que as demais decorrem de um novo estudo da responsabilidade civil, pautado na prevenção e na punição. Muitos doutrinadores negam essas duas últimas funções, ou entendem que estas estão introduzidas nas duas primeiras.

A função reparatória e compensatória podem sim ter as subfunções punitiva e preventiva, mas, certamente, não terá em todos os casos, como ocorre no caso em estudo. A função preventiva precaucional desloca a responsabilidade civil do *post factum* (pós fato danoso) para o *ante factum* (antes ao fato danoso), por isso, possui uma série de subfunções, sendo elas: 1) restritiva; 2) interdita; 3) proibitiva; 4) probatória; 5) informatória; 6) incentivadora; 7) deliberativa; 8) investigativa, e; 9) fiscalizatória

Quanto as subfunções da função punitiva, temos as seguintes subfunções: 1) justiça social; 2) preventiva de desestímulo; 3) punitiva; 4) educativa; 5) vingativa; 6) corretiva de vícios mercadológicos ou capitalistas. Percebe-se que um dos objetos da função punitiva é a justiça social, que se contrapõe a justiça partícula, pois visa um bem comum. A função vingativa também é de suma importância, pois fortifica a importância da honra no viés da dignidade da pessoa humana. A função punitiva se torna um ótimo instrumento de proteção dos direitos humanos, pois diminui a importância das leis do mercado e fomenta o respeito às leis dentro de um Estado Democrático de Direito.

## CAPÍTULO 1 O CASO SAMARCO

No dia 05 de novembro de 2015 ocorreu a maior tragédia ambiental do Brasil<sup>1</sup>, a barragem do Fundão, de propriedade da Sociedade Anônima Samarco Mineração S.A., localizada no Município de Mariana no Estado de Minas Gerais, rompeu, acarretando na erosão da outra barragem da empresa em Santarém, resultando num tsunami de lama de rejeitos de mineração no vale do Rio Doce deixando um rastro de desolação, que inclui a destruição do Rio Doce, desabrigados, feridos, mortos e um dano ambiental sem precedentes.

A lama gerada pelo rompimento atravessou o Rio Doce e chegou ao mar do Espírito Santo. No percurso do rio, cidades tiveram de cortar o abastecimento de água para a população em razão dos rejeitos de minério<sup>2</sup>. De acordo com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)<sup>3</sup>, o volume extravasado foi estimado em 50 milhões de metros cúbicos, quantidade que encheria 20 mil piscinas olímpicas. O portal G1<sup>4</sup> da Globo nos alerta que foram 30 Municípios e dois Estados (Minas Gerais e Espírito Santos) afetados pelo rompimento das barragens.

A mineradora Samarco foi fundada em 1977 e produz pequenas bolas de minério de ferro usadas na produção de aço. A Samarco é controlada pela Vale e pela anglo-australiana *BHP Billiton*. A Samarco opera em Minas Gerais e no Espírito Santo e é a 10ª (décima) maior exportadora do país.<sup>5</sup> A mineradora registrou em 2014 receita líquida de R\$ 7,5 bilhões antes

---

<sup>1</sup> SALDIVA, Paulo. **Mariana é o maior desastre ambiental do Brasil: depoimento**. [16 de novembro, 2015]. SÃO PAULO: Brasileiros. Disponível em: <<http://brasileiros.com.br/2015/11/mariana-e-o-maior-desastre-ambiental-ocorrido-no-pais/>>. Acesso em: 03 de junho 2016. Entrevista concedida Mônica Tarantino.

<sup>2</sup> PORTAL G1 MG. GLOBO. **Municípios atingidos por lama terão mais R\$ 2 milhões do governo federal**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/04/ministerio-da-saude-repassa-mais-r-2-mi-cidades-atingidas-por-lama.html>>. Acesso em: 03 de junho 2016.

<sup>3</sup> IBAMA. **Mineradora Samarco é multada em R\$250 milhões por catástrofe ambiental**. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/publicadas/samarco-e-multada-em-r250-milhoes-por-catastrofe-ambiental>>. Acesso em: 01 de junho 2016.

<sup>4</sup> PORTAL G1, op. cit.

<sup>5</sup> CAPRIGLIONE, Laura. **Empresa da Vale cuida da cena do crime, exclui imprensa e povo, por Laura Capriglione**. Jornalistas Livres. GGN. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/empresa-da-vale-cuida-da-cena-do-crime-exclui-imprensa-e-povo-por-laura-capriglione>>. Acesso em: 03 de junho 2016.

da dedução de juros, impostos, depreciação e amortização, ficando com o lucro líquido de R\$ 2,8 bilhões<sup>6</sup>.

A mineração é necessária em nossas vidas, dela dependemos para uma série de utilidades, como o uso do ferro em cadeiras, mesas, palhas de aço, rodas de automóveis, pontes, edifícios, painéis, pregos, parafusos, entre outras coisas. Contudo, a Samarco exporta 95% (noventa e cinco por cento) de sua produção e somente 5% (cinco por cento) é vendido internamente, além do mais trabalha com contratos de logo prazo e clientes cativos em diversos países<sup>7</sup>.

O distrito de Bento Rodrigues foi destruído, inclusive a cidade histórica Mariana em Minas Gerais, por isso, o acidente ficou mais conhecido como a tragédia de Mariana. Além dessa perda patrimonial da história brasileira, o Rio Doce restou morto. O cenário da tragédia criou um sentimento de solidariedade<sup>8</sup> e justiça<sup>9</sup> à aqueles que sofreram diretamente e indiretamente pela tragédia.

A Samarco é a típica empresa global de sociedade aberta que explora mão-de-obra e recursos ambientais de um país para alavancar seus lucros e, ao mesmo tempo, utiliza-se de estratégias políticas e econômicas para transferir sua responsabilidade (por exemplo: criando organizações filantrópicas com um falso rótulo de sustentabilidade e responsabilidade social; tendo um discurso de desenvolvimento econômico e social; financiamento de campanhas políticas; argumentando a falta de previsibilidade das ações da natureza, devido aos tremores de terra ocorridos na localidade da barragem; entre outros), criando, por certo, uma

---

<sup>6</sup> CARVALHO, Douglas. **Multa imposta à Samarco corresponde a 9% do lucro da mineradora.** Correio Braziliense. EM. Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/11/12/interna\\_gerais,707374/multa-imposta-a-samarco-corresponde-a-9-do-lucro-da-mineradora.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/11/12/interna_gerais,707374/multa-imposta-a-samarco-corresponde-a-9-do-lucro-da-mineradora.shtml)>. Acesso em: 04 de julho de 2016.

<sup>7</sup> LISBOA, Luciene. **Exportação da Samarco tem alta de 51,27%.** Diário do Comércio. Disponível em: <[http://diariodocomercio.com.br/noticia.php?tit=exportacao\\_da\\_samarco\\_tem\\_alta\\_de\\_51,27&id=33088](http://diariodocomercio.com.br/noticia.php?tit=exportacao_da_samarco_tem_alta_de_51,27&id=33088)>. Acesso: 05 de julho de 2016.

<sup>8</sup> No dia 14 de dezembro de 2015, uma enxurrada de ajuda foi levada a Mariana, “Nada menos que seis galpões em Mariana estão lotados de doações de todo o país”, voluntários vieram de longe para ajudar vítimas da Barragem do Fundão. KIEFER, Sandra. **Mariana vê avalanche de solidariedade após rompimento de barragem.** EM. Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/12/14/interna\\_gerais,716909/marina-ve-avalanche-de-solidariedade-apos-rompimento-de-barragem.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/12/14/interna_gerais,716909/marina-ve-avalanche-de-solidariedade-apos-rompimento-de-barragem.shtml)>. Acesso em: 05 de julho de 2016.

<sup>9</sup> NADDEO, André. **'Sociedade clama por respostas', diz promotor do caso Samarco.** Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1717590-sociedade-clama-por-respostas-diz-promotor-do-caso-samarco.shtml>>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

responsabilidade demoníaca, muito parecida com o conceito de responsabilidade de Ambrose Bierce<sup>10</sup> em seu livro “Dicionário do Diabo”, pois transfere a sua responsabilidade.

De acordo com a reportagem do Greenpeace “Do lucro à Lama”<sup>11</sup>, em 2013 o promotor de justiça Carlos Eduardo Pinto encaminhou seu parecer para o Conselho de Política Ambiental de Minas Gerais (COPAM-MG), sobre os riscos de revalidar a Licença de Operação da Barragem do Fundão expirada em setembro de 2013, elencando três medidas condicionantes para revalidar a licença, sendo elas: a) realizar monitoramento geotécnico e estrutural periódico<sup>12</sup>; b) apresentar plano de contingência em caso de riscos ou acidentes, especialmente em relação à comunidade de Bento Rodrigues; c) realizar análise de ruptura (*DAM—BREAK*) da barragem. Após o rompimento, soube-se que o Conselho de Política Ambiental de Minas Gerais nunca respondeu ao parecer.

Segundo o Grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade (PoEMAS) da UFJF (Universidade Federal de Juiz de Fora) no relatório “Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG)”, a análise da constituição da Samarco revela uma estratégia financeira do grupo *BHP Billiton* com a criação de sua subsidiária *BHP Billiton Brasil Ltda.*, tendo por objeto a “*desresponsabilização operacional*” do grupo, se revelando plenamente a partir do ingresso da Vale S.A. (em 2000) e de sua reestruturação societária como um modelo de *joint venture* no qual a responsabilidade jurídica sobre as operações da Samarco recai exclusivamente sobre a Vale<sup>13</sup>.

Além do mais, de acordo com relatório do PoEMAS, o problema ainda toma outros contornos quando tratamos do financiamento de campanhas pelas empresas Vale Energia, Vale Manganês, Vale Mina do Azul, Minerações Brasileiras Reunidas, Mineração Corumbaense Reunida e Salobo Metais, em 2014 através de comitês partidários e doações diretas a

---

<sup>10</sup> Ambrose Bierce era um jornalista e escritor americano, nasceu no Ohio, em 1842 e desapareceu numa viagem ao México, em 1914. Sua escrita era gótica quanto realista, seu estilo era direito, seco e econômico. BIERCE, Ambrose. **Dicionário do Diabo**. Tradução por Rui Lopes. Lisboa: Tinta-da-China, 2011.

<sup>11</sup> MANENTI, Caetano. **Do lucro à Lama**. Revista Greenpeace. 4ª edição. Disponível em: <<http://revistagreenpeace.org/edicao/4/mariana/>>. Acesso em: 04 de julho de 2016.

<sup>12</sup> A Instrumentação e o Monitoramento Geotécnico e Estrutural são técnicas indispensáveis para a área de engenharia civil, pois possibilitam a avaliação do comportamento de diversas estruturas naturais ou criadas pelo homem. Tem como intuito de possibilitar a coleta de dados, para agilizar a tomada de decisões, diminuindo riscos e garantindo segurança.

<sup>13</sup> PoEMAS. **Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG)**. Mimeo. 2015, pg. 5



candidatos, sendo que do grupo de onze partidos que acumularam os maiores volumes de financiamento (acima de R\$ 1 milhão), se destacam, em ordem decrescente:

O Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), com R\$ 22,98 milhões – do qual despontam o relator do projeto de um novo código da mineração, Dep. Leonardo Quintão e o atual governador do Espírito Santo, Paulo Hartung; 2. O Partido dos Trabalhadores (PT), com R\$ 19,32 milhões, o que inclui os financiamentos de campanha da Presidenta Dilma Rousseff e do governador de Minas Gerais, Fernando Pimentel; e 3. O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), com R\$ 9,49 milhões<sup>14</sup>.

Outra questão em relação a tragédia: a mineradora Samarco garante que não há nada tóxico nos rejeitos de minério de ferro liberados durante o acidente, mas pesquisadores da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes) divulgaram os resultados da análise feita no Rio Doce e, entre os resultados apresentados, estavam a alta concentração de metais na água, o aumento no número de nutrientes e a diminuição do número de espécies de algas<sup>15</sup>.

Para Paulo Saldiva<sup>16</sup>, um dos grandes especialistas em poluição ambiental do mundo, que, entre outras atividades, dirige o Laboratório de Poluição Atmosférica da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, sendo membro do Comitê de Qualidade do ar da Organização Mundial de Saúde e pesquisador do Departamento de Saúde Ambiental da Universidade de Harvard nos Estados Unidos, argumenta que a ruptura das barragens da mineradora Samarco em Mariana é a maior tragédia ambiental de toda a história do país, pois os rejeitos da Mina de Germano, no município de Mariana, formarão um “tapete mortal” no fundo do Rio Doce e seus afluentes. Além disso, podem penetrar o solo e infiltrar no lençol freático, inviabilizando o plantio e o uso da água de poços.

O desastre foi tão tamanho que repercutiu na seara internacional, o alto Comissário da Organização das Nações Unidas (ONU) para Direitos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, no dia 16 de dezembro de 2015, usou seu discurso anual em Genebra para destacar o desastre em

---

<sup>14</sup> PoEMAS. **Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG)**. Mimeo. 2015, pg. 8.

<sup>15</sup> MACADO, Viviane. **Lama no Rio Doce: linha do tempo mostra o desastre no Espírito Santo**. Portal G1 MG. Globo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espírito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2016/05/lama-no-rio-doce-linha-do-tempo-mostra-o-desastre-no-espírito-santo.html>>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

<sup>16</sup> SALDIVA, Paulo. **Mariana é o maior desastre ambiental do Brasil: depoimento**. [16 de novembro, 2015]. SÃO PAULO: Brasileiros. Disponível em: <<http://brasileiros.com.br/2015/11/mariana-e-o-maior-desastre-ambiental-ocorrido-no-pais/>>. Acesso em: 03 de junho de 2016. Entrevista concedida Mônica Tarantino.

Minas e Espírito Santo como um dos temas de preocupação do ano, ao lado da guerra na Síria e a situação dos refugiados. Para a ONU, não basta colocar a culpa na Samarco, a responsabilidade também é do Brasil, principalmente no que diz respeito a evitar tais danos<sup>17</sup>.

Diversas medidas extrajudiciais e judiciais estão e foram sendo tomadas por autoridades federais e estaduais, visando responsabilizar a Samarco pelos prejuízos causados pelo rompimento da barragem, contudo, após o ocorrido, um sem-número de medidas judiciais foram tomadas contra os empreendedores responsáveis. De acordo com Onofre Alves Batista Júnior e Tarcísio Diniz Magalhães<sup>18</sup>, na notícia pública pelo Consultor jurídico:

incluindo acordos preliminares para cobrir gastos emergenciais no valor de R\$ 1 bilhão e termos de ajustamento de conduta assinados com o MPF e com o MP-MG, outras ações movidas pelo MP-ES, pelo MPT, pelo estado de Minas Gerais e, inclusive, instituições, como a Associação de Defesa de Interesses Coletivos (ADIC), que requereu R\$10 bilhões de indenização, assim como algumas ações populares, a exemplo da que fora aviada por um advogado e professor de direito, pleiteando o bloqueio de R\$ 2 bilhões das contas da empresa. O último passo foi dado pelos representantes dos governos da União, dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, ao lado de institutos federais e estaduais que integram as administrações públicas indiretas, os quais ingressaram como coautores de uma nova ação civil pública, no valor aproximado de R\$ 20 bilhões.

Diante das várias ações que correriam em primeira instância e os vários recursos contra a Ação Civil Pública (no valor de R\$ 155 bilhões, com proposta de acordo no valor de R\$ 20 bilhões<sup>19</sup>) proposta pelo Ministério Público Federal (MPF), que se encontravam no TRF/1 (Tribunal Regional Federal da 1ª Região) e que foram concentrados no Núcleo Central de Conciliação, o Sistema de Conciliação da Justiça Federal da 1ª Região com a iniciativa de

---

<sup>17</sup> MAGNO, Douglas. **ONU diz que responsabilidade por Mariana também é do governo.** ESTADÃO. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/12/15/responsabilidade-por-mariana-tambem-e-do-governo-diz-onu.htm>>. Acesso em 03 de junho de 2006.

<sup>18</sup> JÚNIOR, Onofre Alves Batista; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **Pulverização de ações contra a Samarco requer reunião em juízo único.** Consultor Jurídico. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/pulverizacao-aco-es-samarco-requer-reuniao-juizo-unico#\\_ftn4](http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/pulverizacao-aco-es-samarco-requer-reuniao-juizo-unico#_ftn4)>. Acesso em 04 de junho de 2016.

<sup>19</sup> MPF. **MPF entra com ação para total reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem da Samarco.** IN: Procuradoria da República em Minas Gerais: Ministério Público Federal. Minas Gerais, 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-entra-com-acao-para-total-reparacao-dos-danos-sociais-ambientais-e-economicos-causados-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-1>>. Acesso em 04 de junho de 2016.

resolver essas diversas lides, acatou com o pedido de conciliação da Samarco para solucionar essas diversas lides que envolviam a tragédia em Mariana<sup>20</sup>. A homologação do acordo se deu no dia 05 de maio de 2016 entre a Samarco, juntamente com seus acionistas Vale e *BHP Billiton*, com autoridades federais e os governos de Minas Gerais e do Espírito Santo.

O acordo prevê compensações pelos danos provocados pelo rompimento da barragem da Samarco em Mariana (MG)<sup>21</sup>, o texto do acordo em ata<sup>22</sup> prevê a execução de 17 programas na área ambiental e outros 21 na área socioeconômica. Entretanto, o acordo já está sendo questionado principalmente pelo MPF<sup>23</sup>, que impugnou o acordo por meio de embargos

---

<sup>20</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região (SistCon1). **Ata de Audiência**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ata-audiencia-homologacao-acordo.pdf>>. Acesso em: 04 de junho de 2016, páginas 2 e 3.

<sup>21</sup> SOUSA, Giselle. **TRF-1 homologa acordo de recuperação entre a Samarco e governos**. Desastre em Mariana. Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/trf-homologa-acordo-recuperacao-entre-samarco-governos>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

<sup>22</sup> Ata de Audiência do acordo entre a Samarco, Vale, BHP Billiton Brasil Ltda e o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, a Agência Nacional de Águas — ANA, o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM e a Fundação Nacional Do Índio - FUNAI, todos estes representados pelo Procurador-Chefe Federal, Dr. Renato Rodrigues Vieira (PGF); o Estado de Minas Gerais; o Instituto Estadual de Florestas - IEF, o Instituto Mineiro de Gestão de Águas - IGAM e a Fundação Estadual de Meio Ambiente - FEAM, todos estes representados pelo Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais, Dr. Onofre Alves Batista Júnior e pela Procuradora Regional de Minas Gerais em Brasília, Dra. Ester Virgínia Santos; o Estado do Espírito Santo; O Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - IEMA, o Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Espírito Santo IDAF, e a Agência Estadual de Recursos Hídricos - AGERH, todos estes representados pelo Procurador-Geral do Estado do Espírito Santo, Dr. Rodrigo Rabelo Vieira, e pelo Subprocurador-Geral para Assuntos Administrativos, Dr. Luiz Henrique Miguel Pavan. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região (SistCon1). **Ata de Audiência**. Disponível em:< <http://s.conjur.com.br/dl/ata-audiencia-homologacao-acordo.pdf>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

<sup>23</sup> No dia 01 de julho de 2016, o STJ suspendeu o acordo com a Samarco para recuperação ambiental, a ministra Diva Malerb, esclareceu que o acordo foi suspenso, entre outras coisas, por: “diante da extensão dos danos causados pelo rompimento da barragem, seria ‘recomendável o mais amplo debate’ para a solução do problema causado, com a realização de audiências públicas, com a participação dos cidadãos, da sociedade civil organizada, da comunidade científica e de representantes locais”. CONSULTOR JURÍDICO. **STJ suspende acordo com a Samarco para recuperação ambiental**. In: Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jul-01/stj-suspende-acordo-samarco-recuperacao-ambiental>>. Acesso em: 06 de julho de 2016.

declaratórios<sup>24</sup> e pela Comissão de Direitos Humanos<sup>25</sup>. Além disso o acordo foi denunciado à Organização das Nações Unidas (ONU) por oito entidades da sociedade civil organizada (Conectas, Fórum Capixaba de Entidades em Defesa da Bacia do Rio Doce, Artigo 19, Justiça Global, Movimento de Atingidos por Barragens, Grupo de Estudos e Pesquisas Socioambientais/UFOP, coletivo Ame a Verdade e coletivo Margarida Maria Alves de Assessoria Popular)<sup>26</sup>.

Todos aqueles que criticam o acordo questionam a falta de participação popular na sua formulação e a falta de legitimidade dos entes federativos para dispor a respeito dos direitos das vítimas. De acordo com Caio Borges, advogado do programa “Empresas e Direitos Humanos” da Conectas, uma das entidades que assinam a denúncia, “O acordo entregou um poder desproporcional às empresas para definir o que deve ser feito, enquanto as autoridades públicas buscaram se eximir de suas próprias responsabilidades e omissões”<sup>27</sup>. Além disso, a principal tese da denúncia do acordo à ONU é sua governança no cumprimento, que será feita por um comitê interfederativo e uma fundação privada com poder de gerir um fundo bilionário para a revitalização da bacia do rio Doce.

Outra crítica relevante é do MPF, sustentando que, apesar de constar pedido expresso na ação de condenação das empresas à indenização por danos extrapatrimoniais coletivos, o acordo não traz menção ao tema, além disso alega que há falta de clareza técnica do acordo para se identificar o que seriam medidas reparatórias e o que seriam compensatórias. Outros problemas elencados pelo MPF é a limitação de despesas para a adoção de medidas compensatórias no valor de R\$ 4,4 bilhões; em relação à Vale e à BHP não há a responsabilização solidária dos poluidores; não se assumiu nenhuma responsabilidade para a garantia do sucesso dos programas socioeconômicos e socioambientais a serem implementados

---

<sup>24</sup> O órgão pede a suspensão dos efeitos da decisão para que sejam sanadas suas omissões e contradições, ou, não sendo possível tal correção, a nulidade do acordo. EDITORIA DE WEB EM JORNALISMO. **MPF pede suspensão do acordo entre União e Samarco sobre barragem em Mariana.** Itatiaia. Disponível em: <<http://www.itatiaia.com.br/noticia/mpf-pede-suspensao-do-acordo-entre-uniao-e-samarco-sobre-barragem-em-mariana>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

<sup>25</sup> JOÃO, Padre. **Nota Pública Da Presidência Sobre A Homologação Do Acordo De Mariana.** Portal PT na Câmara. Disponível em: <<http://www.ptnacamara.org.br/index.php/manchetes/item/27470-tragedia-de-mariana-comissao-de-direitos-humanos-repudia-acordo-entre-samarco-e-poder-publico>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

<sup>26</sup> MEDEIROS, Manaira. **Organizações denunciam acordo firmado com a Samarco/Vale-BHP à ONU.** Século Diário. Disponível em: <<http://seculodiario.com.br/28750/10/entidades-denunciam-acordo-firmado-com-a-samarcovale-bhp-a-onu>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

<sup>27</sup>Ibid..

pelas rés; prazos extremamente estendidos para sua implementação, sem que haja respaldo científico que indique a necessidade de tamanha dilação temporal”<sup>28</sup>.

Para o grupo PoEMAS<sup>29</sup>, os impactos e os prejuízos causados são de total responsabilidade da Samarco, que deveria ser solidariamente estendida aos seus acionistas, Vale e *BHP Billiton*, assim, os custos socioambientais desta decisão devem ser arcados em sua plenitude pela mineradora e seus acionistas, compensando, ressarcindo e atendendo as demandas e exigências para fins de solucionar os problemas sociais e ambientais provenientes deste evento catastrófico.

Qual é o preço da perda de um patrimônio histórico? Qual é o preço da perda de um “lar”? Qual é o preço pela morte de várias espécies? Qual é o preço das lágrimas derramadas? Qual é o preço do apreço? Qual é o preço da dor? Qual é a punição para a violação dos Direitos Humanos inerentes ao caso? Sim, não há preço que pague e não há punição ideal, então o que fazer? Prevenir, reparar, indenizar e punir.

Nunca foi tão importante discutir a prevenção e a punição de danos internamente e externamente em relação a danos ambientais no Brasil. Especialistas da Organização das Nações Unidas (ONU) na área de meio ambiente e resíduos tóxicos reportaram que “as medidas tomadas para evitar os danos causados pelo rompimento da barragem da mineradora Samarco, em Mariana (MG), pelas acionistas da companhia, Vale e *BHP Billiton*, e pelo governo brasileiro foram “claramente insuficientes”<sup>30</sup>.

Nunca o instituto da responsabilidade civil tomou tanta repercussão no Brasil, é tempo de mudanças, é tempo de solidariedade, de pensar na sociedade, no ambiente, nos riscos e na dor. Para tal, o presente estudo tem por finalidade rediscutir a função da responsabilidade civil tendo sob enfoque os *punitive damages*, e como seria importante aplicar tal pena civil no caso Samarco.

---

<sup>28</sup> EDITORIA DE WEB EM JORNALISMO. **MPF pede suspensão do acordo entre União e Samarco sobre barragem em Mariana.** Itatiaia. Disponível em: <<http://www.itatiaia.com.br/noticia/mpf-pede-suspensao-do-acordo-entre-uniao-e-samarco-sobre-barragem-em-mariana>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

<sup>29</sup> PoEMAS. **Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG).** Mimeo. 2015, pg. 12.

<sup>30</sup>NOGUEIRA, Marta. **ONU cobra mudança de postura da Vale, BHP e governo diante de desastre em Mariana.** Reuters Brasil. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN0TE2WY20151125?pageNumber=2&virtualBrandChannel=0>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

Fotografia 1 – Sabrina quer uma resposta de onde está o pai



Fonte: Foto: Sabrina Penna Carvalho / Arquivo pessoal<sup>31</sup>

<sup>31</sup>ARAÚJO, Alex. **Parentes fazem protesto e pedem que buscas por desaparecidos não parem.** Portal G1 MG. Globo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2015/11/parentes-fazem-protesto-e-pedem-que-buscas-por-desaparecidos-nao-parem.html>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

## CAPÍTULO 2 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 A Importância do tema em Debate

Após a tragédia no distrito de Bento Rodrigues envolvendo a empresa Samarco, nunca ficou tão claro que nosso instituto de responsabilidade civil não é suficiente para: prevenir uma futura tragédia; responsabilizar os coautores e autores dos danos; perquirir pela responsabilidade do próprio Estado por ser promíscuo aos seus deveres e funções (principalmente fiscalizar); reparar e compensar devidamente; punir empresas por violar Direitos Humanos; conter as malevolências do capitalismo.

O que é ser responsável? Se buscarmos a resposta no mundo do “ser” (linguagem natural), aquilo que toda a gente sabe, responsável é aquele que cumpre com suas obrigações e deveres não causando danos a alguém, ou, ao causá-lo, responde pelos seus atos reparando ou indenizando. Ainda, proferimos que alguém é responsável quando assume os danos ou erros de um ato seu ou de outrem (dizemos “você fica responsável por isso, por aquilo, ou por alguém). Por exemplo, quando alegamos que um determinado trabalhador é responsável pois nunca faltou ao serviço ou nunca chegou atrasado, estamos dizendo que ele toma todas as precauções (prevenção) de não causar danos ao seu empregador.

No dicionário Aurélio<sup>32</sup>, por exemplo, responsável aparece na figura do fiador, este, Segundo Silvio Venosa<sup>33</sup>, “garante o débito de outrem, colocando seu patrimônio para lastrear a obrigação, o titular do débito garantido é um terceiro”, perceba que o fiador tem papel de prevenir que ocorra o inadimplemento da obrigação, porque normalmente fiador é pessoa de confiança e, para não lesar essa pessoa, o responsável pela obrigação principal tende a cumprir

---

<sup>32</sup> No dicionário Aurélio responsável é: 1. Que deve responder pelos seus atos ou pelos de outrem; 2. Indivíduo que responde por; 3. Fiador. DICIONÁRIO AURÉLIO. **Responsável**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/responsavel>>. Acesso em: 30/05/2016. Enquanto que no dicionário Michaelis responsável é: 1 Que assumiu ou tem responsabilidade; 2. Que responde por atos próprios ou de outrem; 3. Que tem de dar contas dos seus atos públicos; 4. Culpado, causador; 5. Que deve satisfazer os seus compromissos ou os de outrem. s m+f Pessoa que é chamada à responsabilidade; que assume a culpa; que é chamada a prestar contas. DICIONÁRIO MICHAELIS. **Responsável**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=respons%E1vel>>. Acesso em: 30/05/2016.

<sup>33</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Capítulo 21 Fiança: Conceito. Natureza. Modalidades. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013,3 v, p.464.

la ou ser pressionado pelo fiador a cumpri-la. Nessa seara, Paulo Nader<sup>34</sup> entende que “ao responsável por pessoas ou instituições, cabe o estado de vigilância, atenção e zelo na conduta”, ou seja, compreende o *status* de cuidador e de preventor.

Interessante o conceito de Ambrose Bierce<sup>35</sup> em seu livro “Dicionário do Diabo”<sup>36</sup>, para ele “Responsabilidade: um fardo descartável e facilmente transferido para os ombros de Deus, do Destino, da Sina, da Sorte, ou do nosso vizinho. Nos tempos da astrologia, era comum descarregá-lo para cima de uma estrela”, será que estaríamos transferindo a responsabilidade nos tempos moderno ao capital? Se utilizarmos o discurso da empresa *BHP Billiton* a afirmação seria verdadeira, pois, além de não assumir a sua responsabilidade a transfere para: as empresas *BHP Billiton Brasil*, Vale e Samarco, a natureza e o governo.

Nessa seara ressalta-se a importância de colher o conceito de responsável na linguagem natural para compreender o instituto da responsabilidade civil, pois fornece-nos novo olhar sobre o instituto, ou seja, uma nova interpretação do conceito de responsabilidade civil. Segundo Eros Graus<sup>37</sup>, “as palavras não possuem, na linguagem do direito, significado diversos dos por elas assumidos na linguagem natural”, entretanto, prossegue, “a linguagem jurídica corresponde à linguagem natural, de modo que é nesta, que se há de buscar o significado das palavras e expressões que se compõe naquela”<sup>38</sup>.

Mas, como o próprio jurista Eros Grau<sup>39</sup> esclarece, a linguagem jurídica prescinde de retórica e cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual é inserido, ainda que não baste a consulta aos dicionários, devemos no ater no contexto no qual ela é usada, para que esse

---

<sup>34</sup> NADER, Paulo. Conceito de Responsabilidade Civil. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª ed, rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (e-book epub).

<sup>35</sup> Ambrose Bierce era um jornalista e escritor americano, nasceu no Ohio, em 1842 e desapareceu numa viagem ao México, em 1914. Sua escrita era gótica quanto realista, seu estilo era direito, seco e econômico.

<sup>36</sup> BIERCE, Ambrose. **Dicionário do Diabo**. Tradução por Rui Lopes. Lisboa: Tinta-da-China, 2011.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 543.974-7 Minas Gerais**. Relator Min. Grau, Eros. Data de Julgamento: 26/03/2009. Data de publicação: DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-08 PP-01477. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4130696/recurso-extraordinario-re-543974-mg>>. Acesso em: 01/03/2016, pg. 1484.

<sup>38</sup> Ibid., 1485.

<sup>39</sup> Ibid., 1485.



sentido seja em cada caso discernido<sup>40</sup>; complementando, Eros Grau (*apud* Karl Larenz)<sup>41</sup> “as palavras e expressões ganham na linguagem jurídica sentidos mais precisos que aqueles que têm na linguagem usual”.

José De Aguiar Dias<sup>42</sup> nos ensina que “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”<sup>43</sup>. Hodiernamente, as sociedades são complexas, de risco, de informação, plurais, dinâmicas, capitalistas e irrigadas de valores, nada poderia ser mais lógico do que a existência de conflitos. Além disso, a globalização, além de ser uma integração econômica que rompe com as barreiras espaciais, trouxe consigo a sensação de espaço e tempo reduzido, em outros termos, na medida que aumenta o desenvolvimento tecnocientífico capitalista globalizado, maior a sensação de que o tempo passa mais rápido e que a distância entre as pessoas e as coisas tendem a diminuir<sup>44</sup>.

Aliás, o aumento tecnológico e científico trouxe consigo a sensação de risco, como nos alerta Ulrich Beck<sup>45</sup> “na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos” e, além disso, o risco sempre existiu, todavia, antes “as ameaças saltavam aos olhos”<sup>46</sup>, ou seja, eram sensorialmente perceptíveis, contudo, hodiernamente, não são tão claros. Os riscos estão, principalmente, na superprodução industrial e possuem global alcance (fauna, flora, humanidade)<sup>47</sup>. Consequentemente, o risco é uma característica de nossa era e o exemplo mais perceptível disso não poderia ser, senão, o caso Samarco, pois sob o postulado do necessário desenvolvimento econômico para o

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 543.974-7 Minas Gerais**. Relator Min. GRAU, Eros Roberto. Data de Julgamento: 26/03/2009. Data de publicação: DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-08 PP-01477. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4130696/recurso-extraordinario-re-543974-mg>>. Acesso em: 01/03/2016, pg. 1485.

<sup>41</sup> GRAU, Roberto Eros. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2014, pg.145.

<sup>42</sup> DIAS, José De Aguiar. Responsabilidade. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pg. 3.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pg. 3.

<sup>44</sup> Sobre esse entendimento ALMÉRI, Tatiana Martins. **Velocidade máxima, espaços reduzidos**. Revista Sociologia. Editora Escala. Disponível em: <<http://psiquenciaevida.uol.com.br/ESSO/Edicoes/28/artigo170102-1.asp>>. Acesso em: 01/01/2016.

<sup>45</sup> BECK, Ulrich. Parte I: no vulcão civilizatório: os contornos da sociedade de risco. **Sociedade de risco rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010, pg. 23.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pg. 26.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pg. 26.

desenvolvimento social, concedeu-se uma licença para a Samarco desenvolver suas atividades no Brasil e socializamos os riscos; pela falta de fiscalização e de instrumentos civis hábeis a coordenar o agir, padecemos com a tragédia de Mariana. Ao que tudo indica no caso em estudo, o instituto da responsabilidade civil aplicado ao caso não conseguiu dar respostas satisfatórias para a sociedade.

Além disso a questão também permeia a função do direito. Para Kant<sup>48</sup>, o Direito “é o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de cada um se articula com o arbítrio dos outro, segundo uma lei geral da liberdade”; enquanto para Kelsen<sup>49</sup> “o que distingue uma ordem jurídica de todas as outras ordens sociais é o fato de que ela regula a conduta humana por meio de uma técnica específica”; já Kaufmann<sup>50</sup> entende que o Direito “é a correspondência entre o dever e o ser”, em outros termos, “um homem individual, um acontecimento singular, absolutamente por si sem qualquer relação com outros não pode ser nem lei, nem direito”<sup>51</sup>.

Longe de querer solucionar o problema da função do direito, pelos conceitos expostos podemos entender que o direito presta-se a assegurar a liberdade, e para tal é necessário coordenar a conduta humana, para que a liberdade de um não retire a liberdade do outro; nesse sentido, a responsabilidade é um limitador da liberdade para que haja liberdade, isto é, para que haja direitos. No caso em comento, se os direitos subjetivos (suas liberdades) de um contingente de pessoas foram violados pelo acidente nas barragens de Bento Rodrigues de responsabilidade da Samarco (aqui também BHP e Vale), cabe ao direito sancionar essa conduta através da responsabilidade civil para que não ocorra novamente. A questão é: como? Os *punitive damages* podem nos dar solução nestes casos como forma de prevenção, como se verá no capítulo 4; entretanto, para solucionar o caso através dos *punitive damages*, necessário se faz traçar o conceito de responsabilidade civil.

Outra questão de suma importância ao debate é: quem arcou primeiramente com os danos da tragédia? Se formos pensar na lógica dos fatos no caso em análise, primeiramente o Estado que, através do ente administrativo, tomou para si o cuidado dos atingidos, assim como

---

<sup>48</sup> Citação feita por KAUFMANN. KAUFMANN, Arthur. Capítulo 9: o conceito de Direito – Direito e Lei – a relação entre ser e dever ser. **Filosofia do Direito**. Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pg.202.

<sup>49</sup> KELSEN, Hans. Capítulo 1: o conceito de Direito. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, Pg. 37.

<sup>50</sup> KAUFMANN, Arthur. Capítulo 9: o conceito de Direito – Direito e Lei – a relação entre ser e dever ser. **Filosofia do Direito**. Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pg.215.

<sup>51</sup> Idem..

todos aqueles que foram solidários com a situação, e o Ministério Público, posteriormente, após analisar os primeiros danos, utilizou-se da ação civil pública para responsabilizar a Samarco, então a aplicação do Direito veio depois da materialização dos danos.

Esse *dever de cuidado* da Administração Pública só foi possível porque todos nós financiamos o Estado para prover as necessidades (direitos) básicos de todos seus cidadãos. Assim, quem arcou primeiramente com os danos não foi a Samarco, fomos todos nós, posteriormente houve a imputação da responsabilidade civil objetiva calcada nos danos. Acredito que por isso tem-se atribuído o termo “dano moral coletivo”, mas como se verá adiante o termo é errôneo e acaba por desfalcar as funções dos *punitive damages*.

Outra valia a ser mencionada é que não podemos ficar presos à ideia do direito sendo aplicado apenas pelos órgão jurisdicionais, mas também pela administração pública com viés da prevenção aplicando o princípio da precaução<sup>52</sup>. Todos nós somos responsáveis pelos outros, em outras palavras, a sociedade civil pode cobrar da empresa Samarco a devida reparação dos danos e puni-la por faltar com seu dever de cuidado para com todos nós e com os direitos humanos e fundamentais. Logo: seja na linguagem natural, na questão da liberdade e direitos ou na lógica dos fatos, “todos nós somos responsáveis por tudo e por todos”, diretamente ou indiretamente (como ocorre no dever de cuidado da administração).

## 2.2 As várias definições da palavra responsabilidade

A palavra “responsabilidade” tem vários significados como visto. Contudo, no Direito Civil assume contornos próprios e específicos. Certo é, como nos ensina Romualdo Batista dos Santos<sup>53</sup>, que a responsabilidade civil está relacionada intimamente à noção de que somos responsáveis pelos fatos decorrentes de nossos atos. Conforme o autor: “devemos nos conduzir na vida sem causar prejuízos às outras pessoas, pois se isso acontecer ficamos sujeitos a reparar os danos”.

Aguiar Dias<sup>54</sup> nos explica que há várias significações de responsabilidade, mas a que mais se aproxima de uma definição de responsabilidade é a ideia de obrigação. A palavra tem sua raiz latina *spondeo*, sendo responsável aquele que responde, e, portanto, responsabilidade é

---

<sup>52</sup> Será analisado o princípio no capítulo 3 desse trabalho.

<sup>53</sup> ARAÚJO, Vaneska Donato (Cord.). **Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 5 v., pg. 15.

<sup>54</sup> DIAS, José De Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pg. 4.

a obrigação cabente ao responsável. Interessante é a problematização da responsabilidade civil dada pelo doutrinador Carlos Roberto Gonçalves<sup>55</sup>, para ele a responsabilidade tem o viés de restaurar o equilíbrio, *o status quo* anterior ao dano, nas palavras do autor “Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano”<sup>56</sup>.

### 2.3 Responsabilidade jurídica e responsabilidade moral

Por estar entrelaçada com a sociedade e seus valores, a responsabilidade pode resultar da violação de normas morais e normas jurídicas, concomitantemente ou separadamente. Contudo, como nos alerta José de Aguiar Dias<sup>57</sup>, apesar do direito não ser estranho à moral, o campo da moral é muito mais amplo que o do direito, este se restringe a sua finalidade de manter a paz social, a principal diferença deste com a responsabilidade moral é o dever de existir o prejuízo. Ou seja, não se cogita da responsabilidade jurídica enquanto não houver prejuízo.

Para Romualdo Batista dos Santos<sup>58</sup> a responsabilidade moral fica restrita ao campo de escolha do indivíduo quanto a sua obrigatoriedade perante as outras pessoas, enquanto na responsabilidade jurídica “o dever de prestar determinada conduta decorre da lei, que é imposta pela coletividade”. Logo, para o autor, o que diferencia os dois campos de responsabilidade é a coercibilidade que caracteriza o Direito.

Contudo, contemporaneamente, muitos autores tem criticado essa separação estanque entre Direito e Moral<sup>59</sup>, Nelson Rosenthal<sup>60</sup>, acertadamente, entende que essa dicotomia não pode prevalecer no campo da responsabilidade civil, pois, para ele, a responsabilidade legal necessita de uma justificativa moral, principalmente em virtude dos desafios científicos e técnicos atuais, vide: “o agente moral deliberará pela prevenção, como forma ética e virtuosa

<sup>55</sup> GONÇALVEZ, Carlos Roberto. Livro I: Ideias Gerais Sobre a Responsabilidade Civil. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 5 v., passim.

<sup>56</sup> Ibid., pg. 19.

<sup>57</sup> DIAS, José De Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pg. 7.

<sup>58</sup> ARAÚJO, Vaneska Donato (Cord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 5 v., Pg. 28.

<sup>59</sup> Cite-se, entre outros autores, Zenon Bańkowiaki (Vivendo plenamente a Lei: A lei do Amor e o Amor pela Lei) e Otfried Höffe (Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado), que criticam o formalismo exacerbado da lei e procuram demonstrar a necessidade de incluir no campo jurídico a moral.

<sup>60</sup> ROSENTHAL, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 13/15.

de comportamento [...] desloca-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil”<sup>61</sup>. Nesse sentido, a ideia de responsabilidade não se prende mais unicamente à reparação mas também pela *precaução*, de acordo com o autor, ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra fundamento moral no dever de *cuidado*<sup>62</sup>. A imputação que se encontra no conceito de responsabilidade civil toma outros contornos jusnaturalistas, para isso, o autor se apoia no conceito de imputação de Ricoeur<sup>63</sup>, na qual “imputar uma ação a alguém é atribuí-la a esse alguém como o seu verdadeiro autor, lançá-la por assim dizer à sua conta e torná-lo responsável por ela”.

## 2.4 Os vários conceitos de responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil em nosso diploma legal civilista<sup>64</sup> encontra-se nos artigos 927 à 954, com menção ao ato ilícito previsto nos artigos 186 à 187 do mesmo diploma legal. O Código nada fala sobre o conceito de responsabilidade civil cabendo a doutrina fazê-lo.

Prevalece na doutrina - Sílvio Rodrigues<sup>65</sup>, Maria Helena Diniz<sup>66</sup>, Sílvio Venosa<sup>67</sup>, Cavalieri Filho<sup>68</sup>, entre outros -, o entendimento de que são quatro os pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: ação ou omissão do agente, dolo ou culpa, nexo de causalidade e dano. Sendo que na responsabilidade objetiva não é necessário demonstrar a existência de culpa, mas, continua sendo necessário demonstrar o nexo de causalidade e o dano<sup>69</sup>, “provados o dano e o nexo causal, ônus da vítima, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa”<sup>70</sup>.

---

<sup>61</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 15.

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> ROSENVALD, op. cit., pg. 15, apud RICOEUR, Paul. O justo, v. 1 p. 35-43.

<sup>64</sup> BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>65</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade Civil**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 4 v..

<sup>66</sup> DINIZ, Maria Helena. Teoria geral da responsabilidade civil: Conceito de responsabilidade civil. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, 7 v..

<sup>67</sup> VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil Vol. IV: Responsabilidade Civil**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>68</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. Capítulo1: responsabilidade. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, pg. 305.

<sup>69</sup> Críticas a esses elementos serão feitas no subcapítulo 2.6.1.Responsabilidade Objetiva e o Risco Integral.

<sup>70</sup> FILHO, op. cit., pg. 152.

Interessante o conceito apresentado pelo professor Fábio Ulhoa Coelho<sup>71</sup> que traz o conceito de *externalidade* da área econômica para a área jurídica. Para o autor, como vivemos em sociedade, a ação ou omissão de alguém pode interferir nos bens de outrem, para melhor ou pior, contudo, se nesta ação houver a inexistência de compensação teremos uma *externalidade*, do contrário, teremos a *internalização da externalidade*. Como exemplo da primeira, o ar poluído que respiramos, como exemplo da segunda, a obrigação de reparar um bem pelo dano causado. Nas palavras do autor:

As interferências positivas ou negativas que cada um de nós sofre e cria para as outras pessoas com quem convivemos em sociedade são “externalidades” quando não são compensadas. As interferências compensadas são “internalidades”. As normas de responsabilidade civil cuidam da internalização das externalidades

Para o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho as normas de Direito Civil cuidam das condutas *internalizada da externalidade*<sup>72</sup> e a *internalização de prejuízos* é viabilizada pelas normas de responsabilidade civil. O doutrinador em comento conceitua a responsabilidade civil sendo uma “obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último”<sup>73</sup>. De acordo com o autor, a responsabilidade civil: “Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva. Classifica-se como obrigação não negocial”<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Capítulo 21: introdução a Responsabilidade Civil. **Curso de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (e-book epub).

<sup>72</sup> Nesse sentido resume o autor: As interferências positivas ou negativas que cada um de nós sofre e cria para as outras pessoas com quem convivemos em sociedade são “externalidades” quando não são compensadas. As interferências compensadas são “internalidades”. As normas de responsabilidade civil cuidam da internalização das externalidades”. COELHO, op. cit.

<sup>73</sup>COELHO, op. cit.

<sup>74</sup>Nas palavras do autor: “A responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Classifica-se como obrigação não negocial, porque sua constituição não deriva de negócio jurídico, isto é, de manifestação de vontade das partes (contrato) ou de uma delas (ato unilateral). Origina-se, ao contrário, de ato ilícito ou de fato jurídico”). Para o autor CAVALIERI haverá “responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato”. Não podemos equivocadamente dizer que a responsabilidade civil está no contrato, mas que o contrato é um dever preexistente, ou seja, uma obrigação originária voluntariamente assumida pelas partes, e a responsabilidade civil surge quando esse dever originário não é cumprido (inadimplemento). Resume CAVALIERI da seguinte forma: “Em apertada síntese, responsabilidade contratual é o dever de reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista no contrato”. CHAVES, Cristiano de Farias; Rosenthal,

Tal conceito fornecido por Fábio Ulhoa Coelho não prospera, principalmente se analisarmos o caso em estudo, haja visto transformar a responsabilidade civil em diabólica. A *BHP Billiton* externalizou os riscos, transferindo sua responsabilidade para a natureza, governo e para as empresas *BHP Billiton* Brasil, Samarco e Vale, excluindo, portanto, seus sócios e sua própria responsabilidade pelos danos ambientais, morais e materiais além de violar direitos humanos. Nessa perspectiva vale mencionar o entendimento do autor Dee Hock<sup>75</sup> no seu livro o “Nascimento da Era Caórdica”, em relação ao perigo da socialização dos custos:

Quando uma corporação tira da terra energia ou recursos insubstituíveis, pague o que for por eles, ou usa os recursos em velocidade superior a capacidade de reposição ou por um preço inferior ao custo total da reposição, ela socializou um custo e capitalizou o ganho (...) quando uma corporação utiliza rodovias, vias férreas, linhas aéreas, departamentos postais ou qualquer infraestrutura pública, abaixo do custo total (...) quando utiliza de qualquer outro recurso do governo (...) quando se utiliza de qualquer bem ambiental ela socializa o custos...

Para ele, Hee Hock, as corporações globais possuem soberania implícita sobre os povos do mundo inteiro e mantém como reféns os governos e os recursos do território onde estão instaladas, entendimento este que dialoga com o pensamento de Boaventura de Sousa Santos<sup>76</sup>; para este, a distinção entre poder político e econômico se dilui e “a centralidade do Estado na discussão dos direitos humanos não permite estabelecer o nexos de causalidade entre poderosos atores não estatais e algumas das mais massivas violações de direitos humanos”. Elucida bem a hipótese do caso em estudo, titulado como caso Samarco, a *socialização dos custos* e a nítida soberania que a empresa tem no Brasil foi percebida com a tragédia, notadamente houve clara ofensa aos direitos humanos e fundamentais daqueles que sofreram diretamente e indiretamente com a tragédia, como por exemplo: o direito fundamental de todos os brasileiros de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

---

Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: ATLAS, 2015, 3 v., pg. 306.

<sup>75</sup> HOCK, Dee. **Nascimento da Era Caórdica**. Tradução SALUM, Carlos A. L.; FRANCO, Ana Lucia. 5ª edição. São Paulo: Cultrix, 2006, pg. 159.

<sup>76</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direito humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013, pg. 52.

Para Sérgio Cavalieri Filho<sup>77</sup> assim como para Carlos Roberto Gonçalves<sup>78</sup> a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico original. Concepção essa parecida com a do doutrinador Arnoldo Wald<sup>79</sup> para qual “a responsabilidade é uma forma de repercussão obrigacional derivada (sucessiva) da atividade do homem, respaldada no princípio fundamental da proibição de ofender direito alheio”.

Já para a jurista Maria Helena Diniz<sup>80</sup> o conceito de reponsabilidade civil tem respaldo tanto no seu aspecto subjetivo quanto objetivo, e define:

A responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

O doutrinador Tartuce<sup>81</sup>, por sua vez, tende a demonstrar a importância do conceito à luz da Constituição, para isso cita Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que sugere uma nova modalidade de responsabilização, a “*responsabilidade pressuposta*”. Segundo Tartuce<sup>82</sup>, em seu entendimento, de acordo com o conceito por Hironaka, a *reponsabilidade pressuposta* seria evolução da responsabilidade civil, onde se deve buscar, em primeiro plano, reparar a vítima, para depois verificar-se de quem foi a culpa, ou quem assumiu o risco, pois o dano assume o papel principal no estudo da responsabilidade civil, deixando de lado a culpa. Nessa acepção, o conceito de dano ou consequência danosa é extremamente fluida e dinâmica, em constante evolução, sofisticando-se ao longo da história, na exata proporção em que se amplia

---

<sup>77</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. Capítulo 1: responsabilidade. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, pg. 4.

<sup>78</sup> GONÇALVEZ, Carlos Roberto. Livro I: Ideias Gerais Sobre a Responsabilidade Civil. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 5 v., pg. 24.

<sup>79</sup> WALD, Arnoldo. Capítulo 2: 3. Responsabilidade jurídica: a relação conceitual entre obrigação e dever. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 7 v. (e-book epub).

<sup>80</sup> DINIZ, Maria Helena. Teoria geral da responsabilidade civil: Conceito de responsabilidade civil. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, 7 v., pg. 49.

<sup>81</sup> TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil e o Direito Civil Constitucional. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: GEN, 2008, 2 v., pg. 162.

<sup>82</sup> Ibid., págs. 162/163.



também a tutela dos direitos da pessoa<sup>83</sup>.

Paulo Nader<sup>84</sup> conceitua a responsabilidade civil como “situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado”.

Interessante, e nas mesmas linhas de entendimento do autor Nelson Rosenvald, Andrade<sup>85</sup> entende que: “a responsabilidade civil pode estar fundada apenas na obrigação geral de cuidado e consideração que cada um deve ter para com os interesses das outras pessoas; ou na existência de uma relação jurídica (notadamente a relação de natureza contratual)”.

Para os doutrinadores Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto<sup>86</sup>, necessário é repensar o conceito de responsabilidade civil dada a realidade atual. Em primeira análise crítica o conceito clássico de responsabilidade civil como forma de “obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei”<sup>87</sup>, pois o conceito é datado de do século XIX, sempre portando a estrita ideia de uma obrigação.

Assim como neste trabalho, no início deste capítulo, demonstrou-se a importância do conceito de “responsável” no mundo natural para redesenhar a responsabilidade civil e, também, analisou-se a questão da liberdade e de quem arcou primeiro com os danos, os autores Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto, chegaram à mesma conclusão quando afirmaram que: “somos responsáveis por tudo e por todos”<sup>88</sup>. Por conta disso, a obrigação inserida no conceito de responsabilidade civil assume contorno diverso, não apenas de reparar, mas de cumprir certos deveres, de assumir certos encargos, de atender a certos compromissos, um *dever de cuidado* para com o outro e com o meio ambiente.

Para reconstruir o conceito de responsabilidade civil o autor em comento utiliza-se do conceito jusnaturalista de Ricoeur<sup>89</sup> de imputação, para este “imputar uma ação a alguém é atribuí-la a esse alguém como seu verdadeiro autor e lançá-la por assim dizer à sua conta e

---

<sup>83</sup> TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil e o Direito Civil Constitucional. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: GEN, 2008, 2 v., págs. 162-163.

<sup>84</sup> NADER, Paulo. Conceito de Responsabilidade Civil. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª ed, rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (e-book epud).

<sup>85</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2003.280 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, pg. 118.

<sup>86</sup> CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: ATLAS, 2015, 3 v., págs. 5 à 7.

<sup>87</sup> Ibid., pg. 5.

<sup>88</sup> Ibid., pg. 5.

<sup>89</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 14, apud RICOEUR, Paul. O justo, v. 1, p. 35-43.

torná-lo responsável por ela”. O autor Rosenvald<sup>90</sup> entende que há um paradoxo na sociedade atual em relação a responsabilidade dos agentes privados e civis, para ele, “numa sociedade que só fala em solidariedade, com preocupação de fortalecer uma filosofia do risco, a procura vingativa do responsável equivale a uma *reculpabilização* dos autores identificados de danos”. Consequentemente, a vitimação e sua origem é aleatória, em virtude do cálculo de probabilidade que se situa todas as ocorrências do acaso.

Para desconstruir esse paradoxo Rosenvald<sup>91</sup> em *apud* Ricoeur, entende que deve-se deslocar essa presunção de que lança a opinião pública à procura de responsáveis capazes de reparar danos para “uma posição mais elevada que a ação e seus efeitos danosos, em direção às necessárias medidas de *precaução* e de *prudência* capazes de prevenir o dano”<sup>92</sup>.

Não iremos cair na *desresponsabilização* da responsabilidade, porque se direciona a responsabilidade às necessárias medidas de *precaução e prudência*, uma ideia moral de responsabilidade que demanda que o jurista atue sob o *signo da prudência preventiva*<sup>93</sup>. Logo, o outro e o todo é promovido à objeto de *cuidado*.

Esse conceito de imputação é muito parecido com a linguagem natural utilizada por nós, quando dizemos, por exemplo, “tudo bem, faça isso, mas você fica responsável pelas consequências de seus atos”. O conceito é de extrema importância, porque alcança uma finalidade própria, caberá a responsabilidade civil exercer o papel de *preço pela culpa*.

Para Nelson Rosenvald<sup>94</sup>, o objeto da responsabilidade civil deve-se pautar no *dever de cuidado* com outrem e com o meio ambiente; o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da prudência. Sendo assim “alguém se torna responsável pelo dano, porque, de início, é responsável por outrem”<sup>95</sup>. Se responsabiliza alguém pela capacidade de designar seus próprios atos (agente moral capaz de assumir regras) e pelo dever de agir *prudentemente*, ao invés da culpa e coerção, a responsabilidade tem fundamento moral no cuidado. Adotamos essa concepção para traçar as linhas desse trabalho.

Diante do exposto, chega-se à conclusão que conceito de responsabilidade civil é multifuncional, dinâmico e flexível. É multifuncional, porque a responsabilidade civil não se presta as únicas funções de a reparar e indenizar, mas também assume outras funções de punir,

---

<sup>90</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 14

<sup>91</sup> Ibid., p. 52-52.

<sup>92</sup> Ibid., pg. 15.

<sup>93</sup> Ibid., pg. 15.




<sup>94</sup> Ibid., pg. 15.

<sup>95</sup> Ibid., pg. 15.

prevenir e ser precaucional. Além disso, cada função pode ter outras funções. É flexível, porque não necessariamente um caso terá todas as funções e subfunções atendidos na decisão fundamentada pelo juiz, mas que este possa utilizar apenas duas, uma ou três funções, ou todas se entender necessário. É dinâmica, porque não fica presa a realidade atual, tende a evoluir, já que as funções são abertas, capazes de adequar outras situações, como o caso da precaucional que tem a subfunção deliberativa para o Poder Executivo e Legislativo. Para ficar mais didático, segue o quadro sistemático da matéria que será analisada neste trabalho:

Quadro Esquemático 1 - Responsabilidade Civil Multifuncional

## **Responsabilidade Civil Multifuncional**

<p><b><u>Funções:</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b><i>Função Reparatória</i></b></li> <li>• <b><i>Função Compensatória</i></b></li> </ul>		<p><b><u>Subfunções:</u></b></p> <p><i>A depender do caso terá função preventiva e punitiva.</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b><i>Função Preventiva Precaucional</i></b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>primordialmente ante factum</i></li> <li>- <i>secundariamente post factum</i></li> </ul> </li> </ul>		<p><b><u>Subfunções:</u></b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>função restritiva</i></li> <li>2. <i>função interditiva</i></li> <li>3. <i>função proibitiva</i></li> <li>4. <i>função probatória</i></li> <li>5. <i>função informatória</i></li> <li>6. <i>função incentivadora</i></li> <li>7. <i>função deliberativa</i></li> <li>8. <i>função investigativa</i></li> <li>9. <i>função fiscalizatória</i></li> </ol>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b><i>Função Punitiva - punitive damages ou condenação civil (pena civil)</i></b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>primordialmente post factum</i></li> <li>- <i>secundariamente ante factum</i></li> </ul> </li> </ul>		<p><b><u>Subfunções:</u></b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>função de Justiça Social</i></li> <li>2. <i>função preventiva de desistímulo</i></li> <li>3. <i>função punitiva</i></li> <li>4. <i>função educativa</i></li> <li>5. <i>função vingativa</i></li> <li>6. <i>função corretiva de vícios mercadológicos ou capitalistas</i></li> </ol>

No caso em estudo, o conceito de responsabilidade civil atual não é capaz de assumir todas essas finalidades desejáveis pela sociedade, de não apenas reparar e compensar as vítimas do acidente, mas também de punir a empresa por infringir direitos humanos e fundamentais da sociedade, claramente estampados em nossa Constituição Federal de 1988 que preza pela Justiça e pelo bem social.

O autor Nelson Rosenvald<sup>96</sup> entende que “Podemos e devemos conceber a responsabilidade civil como um sistema complexo em que confluem várias finalidades. Reparação, prevenção e punição”, ainda, no entendimento do autor “A responsabilidade civil não é mais algo unitário, porém uma pluralidade de *fattispecies*: seja a responsabilidade subjetiva, a objetiva, a prevenção e punição de comportamentos reprováveis e ofensivos a ordem social”<sup>97</sup>. Portanto, estabeleceu-se neste trabalho uma responsabilidade civil multifuncional, dinâmica e flexível, a partir do conceito de responsabilidade civil do autor Nelson Rosenvald, mas complementada com funções e subfunções, construída por diversas doutrinas e pressupostos próprios, com foco especial na função punitiva (*punitive damages*).

As subfunções da responsabilidade civil desempenham o papel de orientação e aplicação da responsabilidade civil, tanto ao aplicador como para o intérprete do Direito, assim como é destinada para todos os poderes do Estado Democrático de Direito, quanto para toda a sociedade civil, tanto pessoas físicas quanto jurídicas. É destinada, principalmente, no caso em estudo, aos agentes econômicos que: exercessem atividades de risco ou possuem poder de subverter as leis do mercado; as leis do nosso ordenamento jurídico; os valores da sociedade; os princípios e normas fundamentais destinadas a proteção e dignidade da pessoa humana.

## 2.5 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

### 2.5.1 Evolução histórica da responsabilidade civil objetiva

A passagem da responsabilidade civil subjetiva para objetiva foi paulatinamente construída e adotada nos ordenamentos jurídicos ao longo da história. Tal mudança foi centralizada na teoria do risco que introduziu uma nova reflexão quanto a liberdade e a

---

<sup>96</sup>ROSEVALD, Nelson. Título1: A Responsabilidade Civil Redesenhada. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 33.

<sup>97</sup> Ibid., pg. 34.

solidariedade. Antes entendia-se que “onde há culpa, há reparação”<sup>98</sup>, mas na responsabilidade objetiva entende-se que “onde há lesão, há reparação”<sup>99</sup>. Há na doutrina quem acredite que a responsabilidade objetiva já existia no Direito Romano e a culpa, como elemento da responsabilidade civil, só surgiu com a *Lex Aquilia*. Para tanto, os autores Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves e Felipe Peixoto<sup>100</sup>:

A teoria do risco representa uma profunda ruptura da responsabilidade civil aquiliana herdada do direito romano e, de certa forma, um retorno às origens. Lembre-se que a irrupção da culpa como pressuposto da obrigação de indenizar foi considerado um progresso com relação à responsabilidade objetiva preconizada na Lei de Talião. A *Lex Aquilia* implantou o ressarcimento com fundamento na culpa como substitutivo da vingança privada. Com a teoria do risco, o sistema jurídico delibera por procurar um responsável pela reparação, e não mais um mero culpado pelo dano.

De acordo com o professor Gustavo Tepedino<sup>101</sup>, essa mudança ocorre no século XX, deslocando a ênfase da responsabilidade no agente que cometeu o ilícito para aquele que sofreu com os atos danosos. Nesse sentido nos ensina o professor Cavalieri Filho<sup>102</sup> que: “a revolução industrial do século passado, o progresso científico e a explosão demográfica que nele ocorreram como sendo os principais fatores que ensejaram nova concepção de responsabilidade civil”. Ilustremos com o exemplo da invenção dos veículos automobilísticos: se por um lado facilitam a vida em sociedade, por outro dão causa a um brutal número de acidentes de trânsito.

Verdadeiramente, como nos ensina Ulrich Beck<sup>103</sup>, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos, com o desenvolvimento do maquinismo e o emergir da indústria, mudou-se o cenário econômico do país, trazendo como consequência os riscos. Neste novo cenário industrial, especialmente quanto os acidentes de trabalho, converteram a responsabilidade civil subjetiva como insuficiente, deixando o operário

---

<sup>98</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, pg. 415-417.

<sup>99</sup> Ibid., pg. 415-417.

<sup>100</sup> Ibid., pg. 415.

<sup>101</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2v., pg. 805.

<sup>102</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, pg. 151.

<sup>103</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010, pg. 21.

desamparado diante da dificuldade de provar a culpa do patrão, restando o inconveniente, como nos alerta o professor Gustavo Tepedino<sup>104</sup>, da chamada *prova diabólica*.

Isso igualmente ocorreu com os acidentes de transporte, deixando claro na jurisprudência que a vítima do dano não teria como provar a culpa do agente pelo fato danoso. Nesse ínterim, os tribunais começaram a utilizar artifícios para alcançar a culpa, dentre eles, culpa presumida (ônus da prova); ampliação da responsabilidade contratual, entre outros.

Progressivamente entendeu-se pela admissão da responsabilidade civil sem a necessidade de provar a culpa para alguns casos. Em outros termos, segundo Gustavo Tepedino<sup>105</sup>, “A partir da conotação dada à noção de ‘acidente’, não mais um evento atribuível ao acaso ou à fatalidade, foi preciso abandonar a ideia, até então axiomática, de que a responsabilidade só poderia ser invocada como sanção por uma falta cometida”.

Para não deixar desamparada a vítima, com uma certa progressão de tempo, desenvolve-se um novo sistema de responsabilidade civil com base na teoria do risco. Este dita que quem exercer determinadas atividades deve ser responsável pelos seus riscos, independentemente da valoração da conduta do sujeito. A responsabilidade objetiva tem suas raízes nas obras pioneiras de Raymond Saleilles e Louis Josserand, seguidos por Georges Ripert. E, na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, época de fervoroso desenvolvimento industrial<sup>106</sup>.

Para os autores Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves e Felipe Peixoto<sup>107</sup>, o desenvolvimento da teoria do risco não se deu de modo linear e unívoco; a doutrina de Saleilles deixa claro ser mais equitativo e mais digno (princípio da dignidade da pessoa humana) que cada qual assuma os riscos de sua atividade. O critério de imputação dos riscos na prática “exige que aquele que obtém proveito da iniciativa lhe suporte os encargos”<sup>108</sup>. Nessa perspectiva surge a teoria do *risco proveito*, cujo suporte doutrinário é a noção de que é “sujeito à reparação aquele que tira um proveito ou vantagem do fato causador do dano. Isto é, ‘quem aufere o

---

<sup>104</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2v., pg. 805.

<sup>105</sup> Ibid., pg. 805.

<sup>106</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, pg. 152.

<sup>107</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, pg. 418.

<sup>108</sup> Ibid., pg. 418.

cômodo suporta o incômodo”<sup>109</sup>. Por isso, os doutrinadores em comento entendem que na teoria objetiva qualquer um pode realizar uma atividade econômica pelos moldes da sociedade capitalista, mas “aquele que delibera por assumir o risco inerente a uma atividade deverá se responsabilizar por todos os danos dela decorrente independentemente da existência da culpa”<sup>110</sup>.

Deve-se deixar claro que a responsabilidade civil objetiva não é sinônimo de responsabilidade sem culpa, trata-se de uma dedução equivocada, na verdade a doutrina objetiva não consagra uma *responsabilidade sem culpa*, mas uma *responsabilidade independentemente da existência de culpa*<sup>111</sup>. Portanto, na verdade não é necessário comprovar a culpa, e mesmo que se prove que não houve culpa ou dolo, haverá responsabilidade pelo dano, porque aquele que delibera por assumir o risco inerente a uma atividade deverá se responsabilizar por todos os danos dela decorrente independentemente da existência da culpa.

Esclarece Gustavo Tepedino<sup>112</sup> que a doutrina brasileira passou a identificar no Código Civil de 1916 hipóteses de responsabilidade sem culpa, nos termos do seu artigo 1.529 e a lei extravagante começou a consagrar a responsabilidade objetiva para os casos, principalmente de estradas de ferro (Dec. n.8.213/1912); acidentes de trabalho (Lei n. 8.213/1991); mineração (Dec. n. 277 de 1967); atividades lesivas ao meio ambiente (Lei. n. 6.938/1981); transporte aéreo (Lei n. 7.565 de 1986)<sup>113</sup>.

A responsabilidade subjetiva sempre foi a regra no Código civilista de 1916, ou seja, todo o sistema de responsabilidade civil estava calcado na culpa provada sob a inspiração do Código Napoleônico. Assim, a vítima deveria provar o comportamento culposo do causador do prejuízo para conseguir alcançar a indenização pelo dano. Com o novo Código Civil de 2002 houve profunda modificação na disciplina, principalmente em relação ao código anterior que

---

<sup>109</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, pg. 418.

<sup>110</sup> Ibid., pg. 415.

<sup>111</sup> Ibid., pg. 422.

<sup>112</sup> TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil e o Direito Civil Constitucional. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: GEN, 2008, 2 v., pg. 806.

<sup>113</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2v., pg. 806.

era pautado na cláusula geral de responsabilidade subjetiva. Destarte, adverte o professor Sérgio Cavalieri Filho<sup>114</sup>:

Temos no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, porque esse é o sistema que foi montado ao longo do século XX por meio de leis especiais; sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa consagrando a responsabilidade objetiva.

O Código Civil atual estabelece uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva combinando dois artigos em seu diploma, o art. 927<sup>115</sup> e 186<sup>116</sup>, ditando que aquele que praticar ato ilícito, causando danos à outrem, vai ter que repará-lo. A conduta humana que por culpa, causar dano a outrem, enseja o dever de indenizar, sendo essa conduta omissiva ou comissiva (art. 186 do CC/02). Quanto ao conceito de responsabilidade civil subjetiva Sérgio Cavalieri Filho<sup>117</sup> ensina ser um “comportamento humano voluntário que se exterioriza de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.

Como demonstrado historicamente, a responsabilidade subjetiva não é capaz de responsabilizar o provocador do dano em todos os casos, principalmente quando tratamos da responsabilidade civil em uma sociedade de informação, de risco, complexa, plural, dinâmicas e capitalista. Porquanto, para não deixar desamparada a vítima desenvolve-se um novo sistema de responsabilidade com base na teoria do risco.

Na responsabilidade extracontratual objetiva não teremos o pressuposto da comprovação da culpa, nesse sentido, “provados o dano e o nexo causal, ônus da vítima, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa”<sup>118</sup>. Para o doutrinador Cavalieri Filho “O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar alguma das causas de exclusão

---

<sup>114</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, pg. 24.

<sup>115</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>116</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

<sup>117</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, pg. 25.

<sup>118</sup> *Ibid.*, pg. 152.



do nexa causal”<sup>119</sup>. Para o autor, a doutrina do risco pode ser resumida da seguinte forma: “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”.

De acordo com o doutrinador Gustavo Tepedino<sup>120</sup>, a cláusula geral de responsabilidade objetiva nos termos do parágrafo único do artigo 927, trata das atividades que “implicam um alto risco, ou um risco que ultrapassa o normal”. Para Tepedino, “somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador de dano quando esta decorrer de ‘atividade normalmente desenvolvida’ por ele”<sup>121</sup>. Por conseguinte, essa atividade deve ser habitual pelo causador do dano<sup>122</sup>.

Ensina Maria Helena Diniz<sup>123</sup> que, em regra, a responsabilidade civil funda-se na culpa e o lesado deverá demonstrar, para obter reparação do dano sofrido, que o lesante agiu com imprudência, imperícia ou negligência (culpa), entretanto, haverá responsabilidade sem culpa, baseada na teoria do risco (CC, art. 927, parágrafo único<sup>124</sup>). Portanto, serão duas as modalidades de responsabilidade civil extracontratual quanto ao fundamento: a subjetiva, se fundada na culpa, e; a objetiva, se ligada ao risco<sup>125</sup>. É importante também esclarecer, neste primeiro momento, que a doutrina se divide quanto ao entendimento de duas ou uma cláusula geral de responsabilidade, em outros termos explica Tartuce<sup>126</sup>:

A responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Entretanto, também já foi exposto um outro posicionamento, ainda minoritário, pelo qual a culpa seria um elemento acidental da responsabilidade civil. Compartilha dessa ideia Gustavo Tepedino, para quem o nosso ordenamento jurídico adotou um sistema dualista, havendo equívocos ao denotar que a responsabilidade subjetiva

<sup>119</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, pg. 152.

<sup>120</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 2 v., pg. 805.

<sup>121</sup> Ibid., pg. 805.

<sup>122</sup> Ibid., pg. 805.

<sup>123</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, 7 v., págs. 576-577.

<sup>124</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. *Parágrafo único*. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>125</sup> DINIZ, op. cit., pg. 577.

<sup>126</sup> TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil e o Direito Civil Constitucional. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: GEN, 2008, 2 v., pg. 228.

constitui regra.

Parece contraditório em primeiro momento que defendamos o retorno da culpa na responsabilidade objetiva, principalmente em relação *a prova diabólica*, entretanto, o retorno a culpa é diferente da ideologia oitocentista, aqui assume contornos próprios, no dever de cuidado para com o meio ambiente e os outros. A imputação fica a cargo de um conceito axiológico e jusnaturalista, como já observado.

Nessa continuidade, necessário se faz repensar o instituto da responsabilidade civil objetiva. Nelson Rosenthal<sup>127</sup> alerta-nos que a festejada imputação objetiva, por mais que corresponda aos “anseios de equanimidade social é tributária de uma teoria da justiça que prioriza a liberdade e a neutralidade do sistema jurídico perante as escolhas de condutas”<sup>128</sup>. Logo, “a ascensão da imputação objetiva da reparação de danos em seu viés solidarista de máxima proteção às vítimas impôs um arrefecimento do viés moral da responsabilidade civil”<sup>129</sup>.

Nelson Rosenthal<sup>130</sup>, assim como este trabalho defende, acredita que tal responsabilidade acaba por estimular a *distribuição* e transferência dos danos para a sociedade, conseqüentemente, torna-se diabólica. Pois, reiteradamente se *externalizam* os riscos, ou em alguns casos, os seguros cobrem os custos dos danos morais e materiais de um ilícito, eliminando a discussão da culpa. Por exemplo, nos acidentes de carro, para o segurado causar ou não causar dano é quase indiferente, quem cobre o custo é a seguradora<sup>131</sup>.

Conseqüentemente, a responsabilidade objetiva assume apenas a função reparatória e perde sua função de desestimular condutas ilícitas e potenciais ofensores, se retira a visão do civilista da punição do ofensor para a tutela da vítima do dano, logo, pouco importa a reprovabilidade da conduta do ofensor, pois ao se cessar a discussão quanto a ilicitude e a culpa não se considera quem praticou o ilícito, por conta disso, a condenação civil se converte em *impunidade* do ofensor e a responsabilidade se mantém neutra perante valores juridicamente relevantes, como os direitos humanos e fundamentais.<sup>132</sup>

---

<sup>127</sup>ROSENTHAL, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 81.

<sup>128</sup>Ibid., pg. 81.

<sup>129</sup>Ibid., pg. 91.

<sup>130</sup>Ibid., pg. 91.

<sup>131</sup>Ibid., pg. 91.

<sup>132</sup>Ibid., págs. 91 à 98.

Como nos alerta Nelson Rosenvald<sup>133</sup>, “As sociedades democráticas não podem funcionar se aos direitos concedidos ao indivíduo não lhe correspondam certos deveres”. Portanto, a teoria objetiva pautada no risco é de suma importância, acertadamente, mas devemos juntamente e complementar a ela, aferir a culpa sob o viés interpretativo da lei ao caso concreto<sup>134</sup> (do “dever ser” em correspondência com o “ser”), a conjugação do risco e da culpa irá fortalecer o modelo jurídico na imputação da responsabilidade tendo em vista os danos, principalmente em casos que temos um nítido desrespeito aos valores consagrados na Constituição, em especial, no que diz respeito aos direitos humanos.

Em suma, a responsabilidade civil não pode ter apenas como garantia a recomposição patrimonial e extrapatrimonial, mas, também, em fase de comportamentos reprováveis, a função punitiva (exercida pelos *punitive damages*) e precaucional, para tanto necessita-se de uma nova revalorização da culpa, agora em novas bases, não mais nas bases oitocentistas como excludente de responsabilidade, mas incluída ao sistema de responsabilidade civil, como *dever de cuidado*. Necessidade essa de se apurar os riscos, danos e culpa conjuntamente no instituto da responsabilidade civil; daí podemos cogitar de um sistema de responsabilidade civil multifuncional, com funções e subfunções para atender finalidades diversas.

Além do mais como ensina o doutrinador Nelson Rosenvald, a censura ao comportamento do agente na responsabilidade objetiva não é incompatível com a pena civil (*punitive damages*), mas ao contrário é um “terreno que normalmente as finalidade compensatórias de danos e de desestímulo de ilícitos se encontraram em caráter de complementariedade”<sup>135</sup>.

A certeza de que a produção de qualquer dano implica apenas na obrigação de indenizar, estimula o agente econômico a impor a translação do “custo de risco” no próprio “custo do produto”, coletivizando-se as perdas de forma previamente calculada, portanto, a responsabilidade civil não pode se manter inerte e indenizar/compensar apenas o indivíduo que sofreu diretamente o dano quando este dano extrapola a sua orbita individual, entre outras razões, as seguintes: todos nós pagamos pelos custo de risco embutido no produto ou no serviço “comumente o responsável pelo pagamento será um segurador ou outra espécie de garante, mas

---

<sup>133</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, págs. 193 à 194.

<sup>134</sup> Ibid., pg. 95.

<sup>135</sup> Ibid., 215.

não aquele sujeito cujo comportamento nocivo se quer conter”<sup>136</sup>.

De acordo com Nelson Rosenthal<sup>137</sup>, a “existência de um comportamento reprovável no regime de responsabilidade civil objetiva justifica a imposição de uma sanção punitiva”, já que uma das funções dos *punitive damages* é justamente o desestímulo e a punição.

Como ensina Nelson Rosenthal<sup>138</sup>, o individualismo exasperado do *laissez-faire* demandava pela *irresponsabilidade*, por isso inegável e difícil era a comprovação da culpa, mas naquilo que se deseja para o futuro, e que defende-se neste trabalho, caberá a pena civil exercer o papel de preço pela culpa, o exame do comportamento negligente do agente e de seu descaso pelos direitos alheios não é um dado para ser sepultado na teoria objetiva.

Necessário se faz demonstrar a acentuada reprovabilidade do conduta do ofensor e seu desprezo para com terceiro e com o direito; nesse sentido, o sistema jurídico pode perfeitamente, conforme Nelson Rosenthal, “escapar da influência hegemônica da culpa, sem negar as raízes morais da disciplina [...] cogita-se de uma função social da culpa, pela qual o exacerbar das sanções exerce efeito preventivo”<sup>139</sup>, logo, não se trata de escolher entre culpa ou risco, mas de trabalhar conjuntamente os dois. Ensina Rosenthal<sup>140</sup>:

A reestruturação do Código Civil brasileiro em termos de relação entre o artigo 927 do Código Civil (imputação subjetiva) e o seu parágrafo único (imputação objetiva) viabilizou aquilo que na Itália gerou, nas palavras de LUIGI MENGONI, um esquema lógico diverso daquele que tradicionalmente operava na base da regra-exceção. A substituição do princípio da culpa pelo princípio do risco ocorrerá nas considerações das consequências de uma conduta no ambiente social, tido agora como critério hermenêutico de escolha de um regra de decisão. Esta valorização social assumirá uma função não apenas corretiva, mas constitutiva de princípios [...] Com base nas considerações sobre o impacto das atividades humanas sobre o corpo social, a aferição de culpa será valorizada sob o ponto de vista interpretativo das hipóteses concretas da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, com polos opostos, porem em uma linha de complementariedade.

Outra questão a ser levantada é a interpretativa, no Código Civil de 1916 a interpretação jurídica estava presa ao formalismo do positivismo jurídico, pela aplicação mecânica dos juízes. Após a consolidação da Constituição Federal de 1988 e o novo Código Civil de 2002, não mais

---

<sup>136</sup> ROSENTHAL, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 216.

<sup>137</sup> Ibid., pg. 216.

<sup>138</sup> Ibid., pg.112.

<sup>139</sup> Ibid., pg.113.

<sup>140</sup> Ibid., pg.113.

permanece tal interpretação, como nos ensina Francisco Amaral<sup>141</sup> “ a segurança, valor fundamental da ordem burguesa, com a conseqüente certeza na realização do direito, cede a vez, na prioridades axiológicas, à justiça e ao bem comum”, desenvolve-se a tendência de superação do formalismo jurídico, principalmente nos novos ditames interpretativos, “interpretar não é apenas compreender um direito pressuposto como objeto, mas sim elaborar soluções decisórias para casos jurídicos concretos, com eventual suporte em princípios jurídicos, cujo primado aumenta a importância do raciocínio jurídico e da sua revisão”<sup>142</sup>. As cláusulas gerais e os princípios fazem do CC/02 um sistema aberto, não mais fechado, na qual uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos “permitem uma verdadeira “principialização” do modelo interpretativo”<sup>143</sup>. Daí, entende-se que os princípios constitucionais projetam-se no direito privado, tais como o da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais, da livre iniciativa. Essas questões não fogem à responsabilidade civil, conforme ensina Nelson Rosenvald<sup>144</sup>:

ao tentarmos demonstrar que, recolocando-se a aferição da culpa para um outro espaço da responsabilidade civil, que não aquele de mecanismo de contenção de demandas reparatórias, mas sim o de imposição de uma sanção – agora de natureza punitiva-, o direito privado se aproxima ainda mais dos objetivos solidaristas da Constituição Federal e de toda uma tendência pós-positivista de tutela às situações existências da pessoa humana, evidenciada não apenas na legislação interna como por convenções internacionais ratificadas com eficácia suprallegal, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, a proteção de direitos fundamentais requer a civilização dos agentes econômicos, de forma a que o mercado possa atender a uma ordem econômica não apenas livre, com igualdade virtuosa: atenta aos deveres de cuidado e de ética no exercícios de suas atividades.

Os princípios informativos do Código Civil, são aqueles que guiam o legislador e o aplicador do direito, são eles, de acordo com Francisco de Amaral: a) princípio da socialidade, dita que os valores coletivos sobrepõe os individuais, sem perda do princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da eticidade, dá preferência aos critérios éticos-jurídicos em

---

<sup>141</sup> AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: TARTUCE, FLÁVIO; CARTILHO, Ricardo. Direito (coordenadores). **Direito Civil: Direito patrimonial e Direito existencial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006, págs. 4-24.

<sup>142</sup> Ibid., pg. 16.

<sup>143</sup> Ibid., pg. 16.

<sup>144</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg.113.

detrimento aos critérios lógico-formais, o juiz cria a norma para o caso concreto, representa esse princípio, também, a crença no equilíbrio econômico dos contratos; c) princípio da operabilidade ou concretude, é um princípio hermenêutico filosófico e jurídico, visa realizar a perfeita igualdade material, constitui-se como modelo ideal de justiça que orienta a realização do direito, de modo a evitar injustiças ou desigualdade resultante da rigidez da fórmula legal, já na adequação da norma ao caso concreto, opera por meio da igualdade e da proporcionalidade, de modo a realizar não a justiça do caso concreto, mas o direito do caso concreto, tem também a função *corretiva* na material contratual, *quantificadora* nos casos de indenização e, *supletiva* nos casos de compromisso arbitral<sup>145</sup>.

A importância desses princípios informadores encontra-se nos polissistemas do Código Civil que regula parte especial em relação a norma geral pressuposta no Código Civil de 2002. A maior parte da regulamentação da atividade privada é feita por leis especiais, e não pelo próprio código civil. O resultado disso foi o que o monossistema (texto único no qual estavam reunidas e sistematizadas regras gerais do direito comum na orbita privada) passou a ser um polissistema.

Nesse sentido, os códigos deixam de ter função principal, passando a assumir um caráter residual, subsidiário, regulador de relações jurídicas não tratadas em outras normas. As cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios inseridos no Código Civil, são exemplos de flexibilização da norma cujo escopo foi permitir a sobrevivência e o diálogo dos códigos com as demais normas, sobretudo com os estatutos. Certamente, à Constituição, foi reservado o papel central, superior e conformador da unidade. Os microsistemas por seu turno, regulam matérias específicas, sendo dotados de regras e princípios próprios que justificam sua organização autônoma, permitindo uma visão panorâmica e atual do tema em face das novas relações sociais<sup>146</sup>. Logo, para lograr mais

---

<sup>145</sup> AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: TARTUCE, FLÁVIO; CARTILHO, Ricardo. Direito (coordenadores). **Direito Civil: Direito patrimonial e Direito existencial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006, págs. 18-21.

<sup>146</sup> CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. **Codificação, descodificação e recodificação - do monossistema ao polissistema jurídico**. In: Lex Magister. São Paulo. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_26450826\\_CODIFICACAO\\_DESCODIFICACAO\\_E\\_RECODIFICACAO\\_DO\\_MONOSSISTEMA\\_AO\\_POLISSISTEMA\\_JURIDICO.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_26450826_CODIFICACAO_DESCODIFICACAO_E_RECODIFICACAO_DO_MONOSSISTEMA_AO_POLISSISTEMA_JURIDICO.aspx)> Acesso em: 01 de junho de 2016.

sucesso na prevenção, em especial no caso Samarco, necessário é criar leis especiais quanto a atividade mineradora no país<sup>147</sup>.

Hodiernamente, vivemos em uma sociedade de informação, globalizada, capitalista e de risco. Em síntese, a “Sociedade da Informação consiste na forma como a informação é exposta à sociedade através das Tecnologias de Informação e Comunicação no sentido de lidar com a informação e que toma esta como elemento central de toda actividade humana”<sup>148</sup>. A sociedade brasileira não foge disto, com os novos meios de comunicação, principalmente a internet, a informação passa a ser de acesso de todos e pode ser utilizada como mecanismo de transparência e controle.

Nesse horizonte, a responsabilidade civil por dano ambiental ganha relevo, na medida em que, pela sua natureza, os riscos que caracterizam a sociedade pós-industrial têm direta relação com o meio ambiente, são riscos dotados de grande magnitude e alcance global. O desastre ocorrido no distrito de Bento Rodrigues, teve e têm repercussões nefastas em diversos ecossistemas existentes em torno do Rio Doce, além de prejudicar vários brasileiros que necessitam do rio Doce para sobreviver.

O conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização: os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo. Após o reconhecimento dos riscos pela sociedade pela informação, necessário se faz o discurso social sobre a intervenção estatal, principalmente a intervenção na esfera empresarial, como ocorre no caso em estudo, em relação aos riscos e ameaças.

Percebe-se que o momento histórico atual inquire novas respostas a serem dadas pelos institutos da responsabilidade civil, após a tragédia envolvendo a empresa Samarco é tempo de analisar o instituto sob o seu viés multifuncional para atender essas novas necessidades sociais, principalmente quando tratamos de atividades que implicam um alto risco ou um risco maior que o normal, que é o caso das barragens construídas pela Samarco.

Após a tragédia do Titanic, nenhum argumento pode ser utilizado em desfavor a responsabilidade civil em face da imprevisibilidade das ações da natureza e alta tecnologia investida, isto é, não mais se permite que determinada empresa utilize-se do vergão da imprevisibilidade das “obras da natureza” para não ser precavido, principalmente, traçando e

---

<sup>147</sup> Esse assunto será retomado na função precaucional da responsabilidade civil no capítulo 3 desse trabalho.

<sup>148</sup> ANTUNES, Ana. **Sociedade da Informação**. IN: FACULDADE DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. COIMBRA, 2008. Disponível em: <<http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2008007.pdf>>. Acesso em: 06 de março de 2016.

operando planos de contingência. A Samarco (também a empresa Vale e BHP) não aprendeu com esse ilustre exemplo histórico, não tomou as devidas medidas preventivas e nem conseguiu implantar um plano de contingência válido.

Para além disso, deve ser responsável pela atividade de risco que desenvolvia, não restando dúvida que a *BHP Billiton* deve responder pelos danos, mesmo porque entende-se que deva suportar a responsabilização pelos danos todo aquele que tire proveito de determinada atividade que lhe forneça lucratividade ou benefício. Se exercia atividade de alto risco, e se aproveita dos lucros, deve a empresa *BHP Billiton* responder objetivamente pelos danos. Deve-se também apurar seu dolo e/ou sua culpa, conjuntamente com o risco, para assim fixar-se uma devida punição.

### 2.5.2 Responsabilidade Objetiva e o Risco Integral

Como visto, na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva os juristas conceberam a teoria do risco. Para o professor CAVALIERI<sup>149</sup> “risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente”. A doutrina do risco é resumida pelo autor em comentário da seguinte forma “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”<sup>150</sup>, ou seja, como explica o autor “resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano”<sup>151</sup>.

Já a teoria do risco integral dita que o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda que nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Em outros termos justifica o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal. Por ser tão extrema, praticamente não é aplicada. É uma teoria sujeita a críticas doutrinárias, justamente por ser tão extremada, não cogitando como ou porque ocorreu o dano ou mesmo pela culpa ou dolo dos agentes.

São hipóteses de risco integral em nosso ordenamento: 1) Dano ambiental, nos termos

---

<sup>149</sup> FILHO, Sérgio Cavaliere. Capítulo1: responsabilidade. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, pg. 15.

<sup>150</sup> Ibid., pg. 152.

<sup>151</sup> Ibid., pg. 152.



dos artigos: 225, § 3º da CF/88<sup>152</sup> c/c art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/ 81<sup>153</sup>, que estabelecem a obrigação de reparar o dano ambiental independentemente de culpa (como no caso Samarco);

2) Seguro obrigatório DPVAT<sup>154</sup>, instituído pela Lei nº 6.194/74<sup>155</sup>, com alteração pela Lei nº 8.441/92<sup>156</sup>, o objetivo do DPVAT é custear as indenizações às pessoas envolvidas em acidentes de trânsito ou a seus dependentes, em outros termos, qualquer lesado em um acidente de trânsito poderá receber o DPVAT, sem a necessidade de comprovar a culpa ou o pagamento do seguro;

3) Danos nucleares, nos termos do art. 21, XXIII, “d” da CF/88<sup>157</sup>.

Quanto a essa modalidade de risco integral tendo em vista o dano ambiental, principalmente em relação ao caso em estudo, Caroline Menezes Barreto<sup>158</sup>, esclarece que o

---

<sup>152</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>153</sup> Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de agosto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

<sup>154</sup> Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre.

<sup>155</sup> BRASIL. **Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974**. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 19 de dezembro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6194.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

<sup>156</sup> BRASIL. **Lei nº 8.441, de 13 de julho de 1992**. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 13 de julho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8441.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

<sup>157</sup> Art. 21. Compete à União: XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (Incluída pela Emenda: XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho; XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>158</sup> BARRETO, Caroline Menezes. **O STJ e a teoria do risco integral na responsabilidade civil por dano ambiental**. IN: conteúdo jurídico. Disponível em: <

Superior Tribunal de Justiça (STJ) consagrou o entendimento de que a responsabilidade civil por dano ambiental é fundada na teoria do risco integral, pois não se admitem excludentes de responsabilidade. Necessário apenas a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao meio ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável. Desse modo, conforme Barreto<sup>159</sup>, para o STJ a responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente ou por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, que consagra o *princípio do poluidor-pagador*.

Ademais, conforme dita Barreto<sup>160</sup>, o STJ entende que a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas para ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente. Por conseguinte, Barreto<sup>161</sup> em *apud* STJ entende que:

Desse modo, tem-se que em relação aos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art.14, § 1º, da Lei 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável (EDcl no REsp 1.346.430-PR, Quarta Turma, DJe 14/2/2013)'.  
(EDcl no REsp 1.346.430-PR, Quarta Turma, DJe 14/2/2013)'

Por conta disso, podemos claramente imputar a responsabilidade civil por risco integral a Samarco, pois há a ocorrência de resultado prejudicial (morte do Rio Doce) advinda de uma omissão do responsável por suas atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle. Todavia, como já demonstrado nesse trabalho (item anterior), isto gera vários problemas, dentre eles, um desmerecimento quanto à culpa dos agentes econômicos envolvidos, não que a teoria

---

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-stj-e-a-teoria-do-risco-integral-na-responsabilidade-civil-por-dano-ambiental,51705.html>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

<sup>159</sup>BARRETO, Caroline Menezes. **O STJ e a teoria do risco integral na responsabilidade civil por dano ambiental.** IN: conteúdo jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-stj-e-a-teoria-do-risco-integral-na-responsabilidade-civil-por-dano-ambiental,51705.html>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

<sup>160</sup> Ibid..

<sup>161</sup> Ibid..

do risco integral seja retrógada ou desmerecida, mas necessário se faz, juntamente a ela, investigar a culpa, ou até mesmo o dolo, dos agentes envolvidos.

Isso se torna importantíssimo para o caso em estudo: como visto pelo grupo PoEMAS<sup>162</sup>, a análise da constituição da Samarco revela uma estratégia financeira do grupo *BHP Billiton* com a criação de sua subsidiária *BHP Billiton Brasil Ltda.*, tendo por objeto a “*desresponsabilização operacional*” do grupo, se revelando plenamente a partir do ingresso da Vale S.A. (em 2000) e de sua reestruturação societária como um modelo de *joint venture* no qual a responsabilidade jurídica sobre as operações da Samarco recai exclusivamente sobre a Vale. Necessário, portanto, perquirir por esse dolo e acrescê-lo na responsabilidade objetiva; somado a isso, também investigar a falta de cuidado da empresa com o meio ambiente e para com todos os brasileiros; as falsas informações (principalmente, quanto a análise toxicológica da lama) dada pela empresa a sociedade brasileira; a falta de apreço por aqueles que sofreram com a tragédia; entre outros.

Para aplicar o novo conceito de responsabilidade civil defendido, é necessário perquirir juntamente a teoria do risco o elemento subjetivo da conduta no caso concreto. No caso em estudo, fica claro que a empresa responde por omissão (deveria tomar medidas preventivas e, em especial, ter um plano de contingência), lembrando que essa imputação se baseia na imputação jusnaturalista, quanto a responsabilidade, faltou com seu dever de cuidado com o todo e para com todos, por isso, aplica-se os *punitive damages* também ao caso, pois busca-se todas as suas subfunções ao caso. Estas subfunções serão estudadas no capítulo 4, desse trabalho.

---

<sup>162</sup> Vide página 16 no capítulo 1 desse trabalho.

## CAPÍTULO 3 FUNÇÕES E SUBFUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB ENFOQUE DOS PUNITIVE DAMAGES

### 3.1 Funções da responsabilidade civil

Antes de questionarmos a função da responsabilidade civil é necessário discutir a função do Direito. Sendo que, uma das mais importantes funções deste é justamente o fim ético que se persegue: garantir a liberdade e a igualdade de todos. A par disso, a proibição de causar danos ou expor a riscos é um bom motivo para restringir a liberdade (conforme ressaltado no capítulo 2, a restrição da liberdade pelo Direito tem como fim e somente se legitima na medida em que se presta a garantir a liberdade dos demais). Paul Smith<sup>163</sup> nos adverte que John Stuart Mill<sup>164</sup> acreditava que o único propósito para o qual o poder pode ser exercido corretamente sobre o indivíduo, a fim de limitar sua liberdade, é para evitar danos aos outros, pela ação ou omissão.

Smith<sup>165</sup> esclarece que causar dano é prejudicar interesses; nem todo dano ao interesse atinge o corpo ou a mente, por exemplo, posso ter sofrido um furto em minha casa sem saber. Todas as feridas são danos, mas nem todos os danos causam feridas. Apenas os atos moralmente errados podem ser justificadamente proibidos por Lei. Nem todo dano é errado, alguns se justificam por outros princípios, como no caso da legítima defesa.

Além do mais, Smith<sup>166</sup> em citação a Mill<sup>167</sup> elucida que as ações que prejudicam os direitos dos outros, podem ser punidas ou proibidas. O indivíduo também pode ser compelido a praticar ações que beneficiam os outros, como fornecer provas ao tribunal ou salvar vidas, por exemplo, pois para Mill tanto a ação quanto a omissão trarão, eventualmente, danos<sup>168</sup>. Por isso, Mill sugere a aplicação do princípio da prevenção aos danos nos casos que há uma obrigação de conduta de ajudar e cooperar.<sup>169</sup>

---

<sup>163</sup> SMITH, Paul. Capítulo 6: princípios limitadores da liberdade. **Filosofia Moral e Política: principais questões, conceitos e teorias**. Trad. Soraya Freitas. São Paulo: Madras, 2009, pg. 92.

<sup>164</sup> SMITH, op. cit., apud MILL, John Stuart. *On Liberty* (1859), ed. Elizabeth Rapaport, Indianápolis: Hackett Publishing Company, 1978.

<sup>165</sup> SMITH, op. cit., pg. 92.

<sup>166</sup> SMITH, op. cit., pg. 93.

<sup>167</sup> SMITH, op. cit., loc. cit.

<sup>168</sup> Idem.

<sup>169</sup> SMITH, Paul. Capítulo 6: princípios limitadores da liberdade. **Filosofia Moral e Política: principais questões, conceitos e teorias**. Trad. Soraya Freitas. São Paulo: Madras, 2009, pg. 93, em apud MILL,

Feinberg<sup>170</sup>, por sua vez, faz uma distinção entre dano prejudicial público e privado. Este ocorre com indivíduos específicos, enquanto o dano público acontece nas instituições de interesse público. Nesse sentido, evitar tanto os danos privados quanto os públicos é de interesse da lei; entretanto, executar uma lei traz gastos públicos, dessa maneira nem todo dano prejudicial deve ser ilegal. Logo, os legisladores devem levar em conta a gravidade do dano, sua probabilidade e o valor da atividade em risco<sup>171</sup>.

Isto posto, devemos analisar a responsabilidade civil como meio de prevenção tanto à danos privados quanto aos públicos, função esta precípua do Direito. Além do mais, dano não é somente uma conduta comissiva mas também omissiva, ou seja, quando se deixa de fazer algo em favor de terceiros pode ocorrer o dano. Podemos verificar, no caso Samarco, uma omissão tanto da Administração Pública em fiscalizar a empresa Samarco (principalmente da BHP e Vale), quanto desta, em ter um plano de contingência e ser precaucional.

A compensação de danos como instrumento ressarcitório se tornou prioridade em quase todos os manuais de estudos de direito privado: deve-se romper com esse dogma. No presente estudo, rompemos com esse dogma, as sanções civis punitivas são como um estímulo indireto capaz de induzir potenciais ofensores a se abster de atos antijurídicos e pautar suas condutas nos valores e normas que a sociedade brasileira tanto preza. Chega de impunidades!

A insuficiência das soluções oferecidas pela responsabilidade civil, como no caso Samarco, implica na necessidade de uma nova postura do ordenamento jurídico. A responsabilidade deve ser um sistema complexo com várias finalidades, oferecendo margens de operabilidade e interpretação do Direito, não somente aos juristas, legisladores e administradores públicos, mas a toda sociedade, desestimulando, prevenindo, punindo, reparando, estimulando. Nem sempre uma conduta danosa será tão torpe a ponto de ser punida, neste caso somente a reparação basta para prevenir e punir.

Como já traçamos o conceito de responsabilidade civil, trataremos agora das funções e subfunções da responsabilidade civil.

Para o autor Nelson Rosenvald<sup>172</sup>, é necessário “levantar o véu reparatório, que encobre toda a plasticidade da responsabilidade civil”, cada uma das funções perseguem uma utilidade,

---

John Stuart. **On Liberty** (1859), ed. Elizabeth Rapaport, Indianápolis: Hackett Publishing Company, 1978, apud FEINBERG, **Harm to Others**, p. 11; Harmless Weongdoing, p. 33f.

<sup>170</sup> SMITH, op. cit., pg. 93, apud Feinberg, Harm to Others, p. 191.

<sup>171</sup> SMITH, op. cit., p. 191.

<sup>172</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 108.

um fim. Enquanto a função reparatória e compensatória busca a certeza do direito, a função preventiva e punitiva buscam uma segurança social tendo em vista o princípio da solidariedade, rompe-se com os obstáculos econômicos e sociais que impedem realmente a igualdade e a liberdade.

De acordo com o doutrinador Arnoldo Wald<sup>173</sup>, “a função de um instituto se traduz por um conjunto de regras com um mesmo significado. Uma vez identificada a significação de determinadas regras, o intérprete pode aplicá-las de maneira mais adequada, evitando, assim, que a norma se torne injusta ao caso concreto”.

Em relação as funções da responsabilidade civil temos uma série de divergências doutrinárias quanto ao número das funções. Nelson Rosenvald<sup>174</sup> defende que há três funções da responsabilidade civil: a) reparatória; b) punitiva e; c) precaucional<sup>175</sup>. Já para o doutrinador Arnoldo Wald há várias funções da responsabilidade civil sendo elas: a) função ressarcitória; b) função compensatória; c) função punitiva; d) função sóciopreventiva. Para Paulo Nader há apenas três funções que são controvertidas na doutrina, sendo somente a primeira pacífica: 1) função reparatória; 2) função preventiva; 3) função punitiva (*punitive damages*). Adotamos as seguintes funções: 1) função reparatória; 2) função compensatória; 3) função preventiva precaucional; 4) função dos *punitive damages*. Cada qual, pode possuir subfunções ou uma única subfunção, de acordo com o caso concreto ou fato.

### 3.2 Função reparatória e compensatória

A função reparatória ou ressarcitória tem o condão de ressarcir a lesão sofrida pelo ofendido e, se possível, retornar ao *status quo ante*, enquanto a função compensatória se traduz como a impossibilidade daquela, ou seja, diante da impossibilidade de voltar ao *status quo ante*, se compensa o lesado por um valor pecuniário, isso ocorre principalmente em danos extrapatrimoniais. Essas duas funções são próprias do conceito clássico de responsabilidade civil, enquanto os demais itens partem de uma pesquisa mais avançada da responsabilidade civil que busca novas respostas aos ilícitos. Para o professor Paulo Nader<sup>176</sup>, “a reparação deve

<sup>173</sup> WALD, Arnoldo. Capítulo 4: funções da responsabilidade civil – função punitiva. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 7 v. (e-book epud).

<sup>174</sup> ROSENVALD, Nelson. As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 17.

<sup>175</sup> Idem.

<sup>176</sup> NADER, Paulo. Conceito de Responsabilidade Civil. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª ed, rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (e-book epud).

abranger todos os danos impostos pelo agente à vítima, sejam estes materiais ou morais, possível a cumulação das modalidades”, pois, para ele, a reparação que conste como parcial corresponde à justiça parcial.

Em alguns casos, a responsabilidade civil terá a subfunção preventiva e punitiva garantida na função reparatória ou/e compensatória, normalmente, porque nestes casos o dano não ultrapassa a sua individualidade, ou seja, fica restrito àquele caso. Como por exemplo: a responsabilidade por fato de outrem ou da coisa (art. 932 e arts. 936-938). O aplicador do direito, tendo em vista as condições do caso concreto, deverá ponderar se essas duas funções (compensatória e indenizatória) são suficientes para punir e prevenir futuros danos.

### 3.3 Função preventiva precaucional

A função precaucional desenvolvida por Nelson Rosenvald<sup>177</sup> é de suma importância neste trabalho. Apesar de utilizarmos algumas finalidades da função dada pelo autor, acrescentamos outras. Estas foram elaboradas através de pesquisa doutrinária e de acordo com o que foi retirado do caso em estudo.

Primeiramente, o doutrinador Rosenvald<sup>178</sup> distingue “ameaça” de “risco”: aquela é definida como algo que causa dano, o risco é o resultado da multiplicação da probabilidade pela ameaça. A função da prevenção precaucional é estudada como forma de princípio, *princípio da precaução*, e será aplicado nos casos de riscos potenciais (ou hipotéticos) e abstratos que possam induzir os chamados danos graves e irreversíveis. Nas palavras de Rosenvald, “é o risco do risco”<sup>179</sup>. Para o doutrinador, riscos e incertezas se aproximam do princípio, pois este atua na antecipação, nas incertezas, em “um momento em que não há certezas, sobre a inocuidade de um produto ou de uma atividade e, ainda assim, se dita uma restrição ou mesmo uma interdição”<sup>180</sup>.

De acordo com o professor, o princípio da precaução desloca a ideia de resolver os problemas *post factum*, o que não é compatível com a sociedade pós-moderna e, quando houver confronto entre o ordenamento jurídico e as atividades danosas cujas consequências não são

---

<sup>177</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, págs. 100 à 107.

<sup>178</sup> Ibid., pg. 101.

<sup>179</sup> Ibid., pg. 101.

<sup>180</sup> Ibid., pg. 102.

passíveis de compensação ou de securitização, o princípio deve ingressar coibindo ou sancionando condutas<sup>181</sup>.

Nelson Rosenthal<sup>182</sup>, esclarece que o Direito Ambiental foi a porta de ingresso do princípio da precaução, nos termos do artigo 15 da Declaração da ECO 92<sup>183</sup> que expressamente prevê o princípio, determinando que caberá ao Estado proteger o meio ambiente, observando o princípio da precaução quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis. Decerto, o princípio conduz efeitos preventivos. No caso em estudo a Samarco alegou a “surpresa” de ter ocorrido eventuais danos, entretanto, não pode o Estado acolher tal entendimento, pois há o dever de proteção ao meio ambiente segundo o princípio da precaução; a questão é: como? As subfunções deste princípio dará as respostas.

Existe muita crítica dos liberais quanto a esse princípio, alegando que o princípio em questão macula a autonomia privada, todavia, tal postulado não prospera, a responsabilidade civil deve aflorar da própria função do Direito, esta assegurar a liberdade, sendo que só há liberdade se houver limitação à própria liberdade, aliás, "a liberdade do tubarão é a morte das sardinhas"<sup>184</sup>. De acordo com o ilustre professor Bobbio<sup>185</sup>:

O liberalismo é uma doutrina só parcialmente igualitária, entre as liberdades protegidas inclusive também, em geral, a liberdade de possuir e de acumular, sem limites e a título privado, bens econômicos, assim como a liberdade de empreender operações econômicas (liberdade de iniciativa econômica), liberdades das quais se originaram e continuam a se originar as grandes desigualdades sociais nas sociedades capitalistas mais avançadas e entre as sociedades economicamente mais desenvolvidas e as do Terceiro Mundo.

---

<sup>181</sup> ROSENTHAL, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 103

<sup>182</sup> Idem.

<sup>183</sup> PRINCÍPIO 15 - De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. ONU. 1992. **DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (1992)**. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 01 de junho de 2016.

<sup>184</sup> BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a Liberdade**. Tradução FERREIRA, Wamberto Hudson. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, pg. 137.

<sup>185</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, pg.41.



Berlin<sup>186</sup>, explicando o conceito de liberdade negativa, relata que pelo fato dos filósofos clássicos da Inglaterra perceberem que os fins e as atividades dos homens não se harmonizam automaticamente entre si, bem como pelo fato de atribuírem alto valor à outras finalidades, tais como a justiça, felicidade, cultura, segurança, igualdade, eles estavam preparados para restringir a liberdade em favor de outros valores e até mesmo da própria liberdade, entendeu-se, portanto, que a área de livre ação dos homens deve ser limitada pela lei<sup>187</sup>. Ora, o Estado deve delimitar esse espaço de liberdade dos seus cidadãos para não ocorrer o inverso da própria liberdade, e o faz em matéria cível, coordenando condutas. O Estado, para assegurar a liberdade, deve restringir condutas que causem danos evitando-as ou punindo-as.

De acordo com Nelson Rosenthal<sup>188</sup>, a função preventiva precaucional levará em consideração a ponderação do custo de evitar o risco e realização do risco, ou seja, na busca de uma licença de funcionamento de determinada empresa, o empresário deverá demonstrar que a sua atividade não degradou o meio ambiente, logo, inverte-se o ônus da prova perante a Administração Pública ou ao Judiciário. O STJ<sup>189</sup> já se manifestou nesse sentido, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança de seu empreendimento numa ação civil pública que objetivava a reparação do dano ambiental.

Outra materialização deste princípio no direito brasileiro é a exigência do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) no procedimento de licenciamento de obras ou atividades

---

<sup>186</sup> BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a Liberdade**. Tradução FERREIRA, Wamberto Hudson. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, pg. 137.

<sup>187</sup> Idem.

<sup>188</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 104

<sup>189</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Turma). RESP 972.902-RS. Rio Grande Sul. Relatora: Min. Eliana Calmon. **Pesquisa de Jurisprudência**. Julgado em 25/08/2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=903149&sReg=200701758820&sData=20090914&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=903149&sReg=200701758820&sData=20090914&formato=PDF)>. Acesso em: 03 de junho de 2016.

potencialmente causadoras de impacto ambiental. Também o princípio está de acordo com o disposto nos artigos 225, § 1º, IV da CF<sup>190</sup> e art. 5º, XXXV da CF<sup>191</sup>.

Outra importante característica desse princípio dado por Nelson Rosenvald<sup>192</sup> é a flexibilidade do nexos causal para aplicação da causalidade concorrente, tendo por consequência a responsabilização coletiva da pluralidade de agentes envolvidos. O autor destaca, ainda, que a precaução dentro dos parâmetros de razoabilidade, aplicaria sanções tais como: proibição do exercício da atividade em casos extremos (função proibitiva); restrição ao exercício da atividade e; impor um dever de transparência quanto ao conteúdo da atividade danosa à sociedade<sup>193</sup> (função investigativa e informativa).

O princípio da precaução nos oferece novos contornos do instituto da responsabilidade civil, principalmente em relação ao caso Samarco. Houve falhas não apenas das empresas Samarco, BHP *Billiton*, Vale e BHP *Billiton* Brasil, mas do próprio Estado em não aplicar o princípio em comento para evitar essa enorme tragédia. De fato, Nelson Rosenvald não poderia estar mais certo. Nesse seguimento, veja o entendimento do Greenpeace<sup>194</sup> no caso em estudo:

Ao contrário do que recomendava o Ministério Público, a Samarco não tinha um plano de contingência para a comunidade de Bento Rodrigues. O máximo que se soube foi de algumas ligações telefônicas para os moradores. Ouvindo o barulho destruidor se aproximar, um corre-corre desesperado começou. Os mais velhos foram recolhidos de carro. Os mais jovens subiram correndo para as partes mais altas da localidade.

---

<sup>190</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>191</sup> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>192</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 105.

<sup>193</sup> *Ibid.*, págs. 106 à 107.

<sup>194</sup> MANENTI, Caetano. **Do lucro à Lama**. Revista Greenpeace. 4ª edição. Disponível em: <<http://revistagreenpeace.org/edicao/4/mariana/>>. Acesso em: 04 de julho de 2016.

O engenheiro civil Celso Atienza<sup>195</sup> relata que a tragédia envolvendo a mineradora Samarco deixou claro que não havia um plano de emergência. De acordo o especialista “Eles não tinham um plano de contingência ativo”, ainda, Atienza relata que o Instituto de Pesquisas Espaciais (INPE) já havia previsto que a barragem estava sujeita a rompimento, e questiona: “Quais medidas de engenharia foram tomadas?”<sup>196</sup>.

Logo, poderá a Administração Pública ou o Poder Judiciário, quando o caso lhe for levado, exercer a: a) função restritiva: restringe a atividade de uma empresa, por exemplo, que a empresa funcione com apenas 30% de sua capacidade até que determinado problema seja resolvido; b) função interditiva, nesta função, ao contrário da anterior, a atividade empresária não poder ser exercida até que todos os problemas envolvendo a atividade sejam resolvidos; c) função proibitiva, nesta haverá total proibição de determinada atividade empresarial, citemos como exemplo, a proibição do trabalho infantil; d) função probatória, de acordo com o princípio da precaução, o ônus da prova fica a cargo daquele que exerce a atividade, devendo provar que sua atividade não é de risco ou danosa; e) função informativa: decorre, em parte, do princípio anterior, cabe àquele que exerce atividade empresarial informar quais são os riscos e ameaças que sua atividade trarão a sociedade brasileira e ao meio ambiente.

Outra importante subfunção dessa função é o incentivo a práticas correta (função incentivadora). Em outros termos, o Estado poderá incentivar condutas preventivas e socioambientais corretas. Podemos citar como exemplo: o IPTU verde adotado em Salvador pelo Decreto n. 25.899 de 24 de março de 2015<sup>197</sup>, um incentivo fiscal àqueles que adotam práticas socioambientais em propriedades residenciais e não residenciais. No caso em estudo, o Estado poderá incentivar às Mineradoras a adotarem certas posturas preventivas e socioambientais a troco de um incentivo fiscal, ou outro que atenda aos interesses coletivos. Portanto, tal incentivo, satisfaz o princípio da socialidade, pois busca-se um fim ético, um bem comum à todos.

---

<sup>195</sup> SOBRAL, EMILY. **Samarco, cadê o plano de emergência da mineradora em Mariana?** In: Blog Emily Sobral. Disponível em: <<http://segurancaocupacionais.com.br/samarco-cade-o-plano-de-emergencia-da-mineradora-em-mariana/>>. Acesso em 06 de junho de 2016.

<sup>196</sup> Idem.

<sup>197</sup> BRASIL. **Decreto n. 25.899 de 24 de março de 2015**. Poder Executivo. Salvador, Bahia, março de 2015. Disponível em: <<http://www.sefaz.salvador.ba.gov.br/Documento/ObterArquivo/1252>>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

Para o HOMA (Centro de Direitos Humanos e Empresas)<sup>198</sup> em citação à Tuncak<sup>199</sup>, afirma-se que: “as autoridades brasileiras precisam discutir se a legislação para a atividade mineradora é consistente com os padrões internacionais de direitos humanos, incluindo o direito à informação”. Nesse sentido, Tuncak afirma que o “Estado tem a obrigação de gerar, atualizar e disseminar informações sobre o impacto ambiental e presença de substâncias nocivas, ao passo que empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos”<sup>200</sup>. Acrescenta-se mais uma subfunção da função preventiva precaucional: investigativa. Deve o Estado antes de consentir com determinada atividade de alto risco investigar ou pedir informações ao futuro administrador dessa atividade os riscos que trarão a sociedade brasileira, ou seja, um estudo sobre o impacto ambiental e social que essas empresas podem ou trazem na persecução da sua atividade empresarial.

Em contrapartida ao defendido, o doutrinador Paulo Nader<sup>201</sup>, entende que: “a previsão legal ou contratual da reparação reforça nas pessoas a consciência da importância de não lesar outrem”. Para o doutrinador, a função preventiva é assumida quando a sentença judicial atribui a obrigação de reparar os danos, logo, para o autor “as sentenças judiciais desenvolvem uma atividade pedagógica, educativa, evitando, em muitos casos, a prática de atos ilícitos”. Ainda, Nader cita Margareth Brazier e John Murphy<sup>202</sup>, para afirmar que: “a imposição de responsabilidade civil opera não simplesmente para transferir os prejuízos relevantes da vítima para o ofensor, mas também para impedir a conduta ilícita em questão...”. Como já visto, em alguns casos a compensação ou a indenização será suficiente para punir e prevenir, como defendido pelo doutrinador. Mas, essa prevenção, será *post factum* e somente será válida em alguns casos. Diferentemente do autor, a função preventiva precaucional exerce a função primordialmente *ante factum*.

---

<sup>198</sup> HOMA. **RELATÓRIO REUNIÃO COM O GRUPO DE TRABALHO DA ONU SOBRE DIREITOS HUMANOS, EMPRESAS TRANSNACIONAIS E OUTRAS EMPRESAS EM MARIANA, MINAS GERAIS**. Mariana, 12 de Dezembro de 2015. Disponível em: <<http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2015/12/Relato%CC%81rio-Final-Visita-a%CC%80-Mariana-e-reunia%CC%83o-com-GP.pdf>>. Acesso em 14 de junho de 2016.

<sup>199</sup> TUNCAK, Baskut. Reunião. **In: Visita do Grupo de Trabalho da Organização das Nações Unidas ao Brasil**. Mariana, MG. 12 dez. 2015.

<sup>200</sup> Idem.

<sup>201</sup> NADER, Paulo. Conceito de Responsabilidade Civil. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª ed, rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (e-book epud).

<sup>202</sup> NADER, op. cit., apud André Gustavo Corrêa de Andrade, “**Indenização Punitiva**”, em Revista EMERJ, periódico da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, edição em homenagem pelo centenário de nascimento do Ministro José de Aguiar Dias, vol. 9, nº 16, 2006, p. 138. Do autor, v. ainda Dano Moral e Indenização Punitiva, 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

Certamente, uma das subfunções mais importante dessa função é a fiscalizatória. Mesmo que tenha se dado o aceite a determinada atividade empresarial, deverá a Administração Pública exercer sua função fiscalizatória para averiguar se as empresas então cumprindo realmente seus deveres e obrigações.

Para o doutrinador Arnoldo Wald<sup>203</sup>, “A função sociopreventiva, que decorre do princípio da precaução, representa o esforço do legislador no sentido de evitar a infração. Trata-se de uma forma mais suave que a pena em sentido *lato*”. Aqui poderíamos adicionar mais uma função do princípio em comento, função deliberativa. Nesse sentido, há uma iniciativa da Associação Mineradora do Ministério Público (AMMP) em propor um projeto de lei de iniciativa popular para estabelecer normas de segurança para as barragens de rejeitos de mineração em Minas Gerais<sup>204</sup>. Entre as medidas, temos a participação da população no licenciamento ambiental; prioridade nas ações de prevenção e, por fim; a transparência das informações relacionadas à segurança. Esse projeto de Lei nada mais é do que a personificação do princípio da precaução ao caso estudado. Nesse sentido, a função precaucional é primordialmente *ante factum* e secundariamente aplicada *post factum*.

Rosenvald<sup>205</sup> entende que na sociedade de risco deve o ordenamento jurídico induzir comportamentos, principalmente estimulando aos potenciais ofensores a adotar medidas de segurança, bem como o Poder Público deve fiscalizar os agentes econômicos de maior potencial lesivo. Para o autor, todas as perspectivas de proteção efetiva de direito merecem destaque, seja processualmente ou materialmente, para assegurar as funções da responsabilidade civil. Para tanto, precisamos romper com o dogma da responsabilidade civil como sistema reparatório de danos.<sup>206</sup>

Fica a cargo principalmente da Administração Pública em aplicar o princípio em comento; fiscalizando; flexibilizando o nexa causal para aplicação da causalidade concorrente (no caso entre as empresas *BHP Billiton*, *BHP Billiton Brasil*, *Samarco* e *Vale*); proibindo o exercício da atividade se for o caso (se entender que a Samarco ainda não é capaz de desenvolver a atividade); restringindo e interditando o exercício da atividade até a adequação

<sup>203</sup> WALD, Arnoldo. Capítulo 2: 3. Responsabilidade jurídica: a relação conceitual entre obrigação e dever. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 7 v. (e-book epud).

<sup>204</sup> AMMP. **AMMP e Caoma lançam campanha Mar de Lama Nunca Mais**. In: AMMP, Minas Gerais, 2016. Disponível em: < <http://www.ammp.org.br/institucional/mostrar-noticias/noticia/14627>>. Acesso em 19 de junho de 2016.

<sup>205</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, págs. 80 à 83.

<sup>206</sup> Idem.

da empresa a todos os parâmetros de segurança; e impondo um dever de transparência quanto ao conteúdo da atividade danosa à sociedade.

Quando aplicado o princípio ao caso concreto, poderá o juiz aplicar uma destas medidas e, ainda, inverter o ônus da prova, podendo inclusive fixar obrigação de fazer, em relação a transparência. Mas, fica a cargo do Poder Legislativo e Executivo: àquele deliberar sobre novas leis que tenham como objetivo evitar ou coibir danos, a este de regulamentar novos meios de prevenção a determinadas atividades de risco ou a condutas potencialmente lesivas a sociedade.

### 3.4 Função punitiva - *punitive damages*

O que são os *punitive damages*? Os *punitive damages* são um acréscimo pecuniário na condenação daquele que praticou um ilícito tendo por finalidade uma punição para coibir malícias ou condutas arbitrárias, segundo Nelson Rosenthal<sup>207</sup> é um “remédio que tem por finalidade deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar da mesma maneira”. Se diferem dos *compensatory damages*, porque estes estão ligados à importância dos danos sofridos pela vítima; também não se confundem com os *exemplary damages* que tem por principal finalidade constituir um desestímulo a condutas similares, enquanto que os *punitive damages* tem por finalidade primordial a punição<sup>208</sup>. Para Salomão Resedá<sup>209</sup> os *punitive damages* são:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil.

A doutrina dos *punitive damages* advém do sistema jurídico do *common law*, principalmente adotado pela Inglaterra e Estados Unidos. Conforme ensina Andrade<sup>210</sup>, tornou-se comum dizer que o Direito, no sistema de *common law*, é mais orientado pela experiência do que pela lógica, o raciocínio indutivo prepondera sobre o dedutivo. Além do mais, como

<sup>207</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, págs. 80 à 83.

<sup>208</sup> Ibid., pg.170.

<sup>209</sup> RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, pg. 225.

<sup>210</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2003.280 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, pg. 123.

explica o autor: “correndo o risco de um excessivo reducionismo, pode-se dizer que a marca característica do *common law* é o pragmatismo”.

Contudo, nos países da família romano-germânica, prepondera o Direito positivo sob o signo da segurança e da previsibilidade, regulando todos os aspectos da vida social através da formulação de regras gerais e abstratas previamente elaboradas<sup>211</sup>. Para além dessas diferenças, Nelson Rosenvald<sup>212</sup> acredita que as fronteiras entre ambos foram rompidas, não são universos apartados, pois as nações da *common law* recorrem à legislação assim como os filiados ao *civil law* recorrem e reconhecem a importância de uma construção do direito pelos tribunais e pelos costumes.

Nossa doutrina tem atribuído ao termo e ao conceito vários significados para estabelecer um critério de conexão (ou não) com a responsabilidade civil brasileira. Para muitos doutrinadores, os *punitive damages* são a materialização de uma das funções da responsabilidade civil. Outros doutrinadores entendem, como Paulo Nader<sup>213</sup>, que não faz parte do instituto.

Como visto, a responsabilidade civil em sua função preventiva precaucional pode evitar futuros danos, mas também é necessário outro item de suma importância para que ela exerça essa função preventiva: os *punitive damages*. Estes serão aplicados quando a função reparatória e/ou compensatória não forem capazes de prevenir e punir futuros danos.

O jurista Andrade<sup>214</sup>, esclarece que os *punitive damages* são denominados também como *vindictive damages*, *punitive damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *smart money*. Para Adriano Stanley Rocha Souza, Andréa Moraes Borges e Andréa Gouthier Caldas<sup>215</sup>, assim como para Pedro Ricardo Serpa<sup>216</sup>

---

<sup>211</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. 2003. 280 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, págs. 123 à 124.

<sup>212</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg.165.

<sup>213</sup> NADER, Paulo. Conceito de Responsabilidade Civil. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª ed, rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (e-book epub).

<sup>214</sup> ANDRADE, op. cit., pg. 186.

<sup>215</sup> SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. Capítulo IV: *punitive damages*. **Dano Moral & Punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, pg.57.

<sup>216</sup> SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pg. 21.

a tradução seria *indenização punitiva*, já para o doutrinador Nelson Rosenvald<sup>217</sup> a melhor tradução seria *condenação punitiva*, segue-se a tradução do autor Nelson Rosenvald.

No direito norte-americano a consequência jurídica mais comum para o dano (*damage*) é a indenização ou reparação em dinheiro, à qual se atribui a denominação *damages*; entretanto, também é difundido o entendimento de que a responsabilidade civil (*tort law*) tem por finalidade não apenas a reparação ou compensação do dano ocorrido, mas também a prevenção de danos futuros, atuando como fator de dissuasão, ou seja, opera como como prevenção de danos tanto na esfera do ofensor para que não cause mais danos quanto perante os outros<sup>218</sup>.

Para entender o conceito de *condenação punitiva*, ou *função punitiva civil*, de autoria do doutrinador Nelson Rosenvald<sup>219</sup>, é necessário demonstrar a tese a que ele recorre para fundamentar seu posicionamento quanto ao ilícito e à correspondente sanção. Pois bem, Rosenvald<sup>220</sup> entende pela mesma tese do autor Paolo Benazzo<sup>221</sup> que, “o conceito de ilícito é conexo com o de sanção”, e como tal, o ilícito submetido à sanção poderá ser tratado de duas formas, pelo seu valor *sintomático* ou por seu *valor causal*. No primeiro o valor do ilícito é considerado por si só, ou seja, uma ruptura no ordenamento jurídico já é capaz de sustentar a sanção, mesmo que não haja dano. Em melhor termo, a sanção intervém pela conduta, por exemplo, o artigo 187 do Código Civil que trata do abuso do direito, pois caracteriza o abuso de direito por aquele que exerce um direito subjetivo ou potestativo de forma desproporcional independentemente de sua consequência<sup>222</sup>.

O valor *sintomático* pode ser vislumbrado, por exemplo, na punição dos crimes de mera conduta ou nos crimes formais, eis que este independe de resultado naturalístico, pois sua consumação ocorre antes de sua produção, por exemplo, na extorsão mediante sequestro, o crime ocorre no momento que a pessoa é sequestrada, independente do recebimento do resgate. O crime de mera conduta, por sua vez, é aquele que não concebe o resultado naturalístico, diferentemente do crime formal que o resultado naturalístico pode até ocorrer, mas é irrelevante, como por exemplo, o crime de desobediência.

---

<sup>217</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg.167.

<sup>218</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**.2003.280 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, págs. 125 à 126.

<sup>219</sup> ROSENVALD, op. cit., págs. 35 à 44.

<sup>220</sup> ROSENVALD, op. cit., pg. 56.

<sup>221</sup> ROSENVALD, op. cit., apud BENAZZO, Paolo. **Le “pene civili” nel diritto privato d’impresa**. Pg. 93-112.

<sup>222</sup> ROSENVALD, op. cit., pg. 41.



O autor Rosenthal dá o seguinte exemplo: imaginemos um sujeito que queira ver a nudez de sua vizinha, para tanto invade sua residência e tenta espionar pelas janelas, contudo, a vizinha não se encontra, qual seria a responsabilidade deste autor frente a responsabilidade civil? Pela atual sistemática do conceito de responsabilidade civil não responderia civilmente, pois não há o elemento “dano”.

O valor casual, por sua vez, leva em conta a consequência da conduta ilícita, ou seja, o desvalor do comportamento é diretamente proporcional à relevância dos efeitos que derivam do ilícito, no plano do ordenamento jurídico. O artigo 927 do Código Civil estabelece, no nosso ordenamento, a regra geral pela qual “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Perceba que não se sanciona o comportamento, mas a causa em si<sup>223</sup>.

Logo, para Rosenthal,<sup>224</sup> amparado na tese de Paolo Benazzo<sup>225</sup>, entende que as sanções punitivas de direito civil se articulam em dois grupos: *as penas privadas* e *as penas civis*, diferenciando-se pelas circunstâncias punitivas primárias ou secundárias. As penas civis possuem finalidade punitiva primária, pois tendem a evitar uma conduta, possuindo, de acordo com o autor, valor *sintomático*. Por outro lado, as penas privadas possuem finalidade punitiva secundária e possuem valor *casual*, porque o momento aflitivo sempre revestirá uma exigência de elidir os efeitos do ilícito, sendo a pena privada instrumental à reparação, já que a pena desencadeada pelo dano neutraliza as consequências da ofensa. É *casual*, pois o valor do ilícito é proporcional à consideração e à relevância dos efeitos que derivam do ilícito no ordenamento, ou seja, a sanção intervém pelas consequências dela emanada.

Em suma, os *punitive damages* estariam no campo do *valor sintomático* punindo o fato em si. Para Rosenthal “o ilícito é pressuposto da sanção”,<sup>226</sup> logo, “a incidência de uma sanção punitiva pela prática de um ilícito poderá ser fonte de responsabilidade, independentemente de aferição concreta de danos”<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, págs. 41 à 42.

<sup>224</sup> Ibid., pg. 57.

<sup>225</sup> ROSENVALD, op. cit., pg. 57, apud BENAZZO, Paolo. **Le “pene civili” nel diritto privato d’impresa**. Pg. 93-112.

<sup>226</sup> ROSENVALD, op. cit., pg. 51.

<sup>227</sup> ROSENVALD, op. cit., pg. 51.

Decerto, devemos romper com o antigo consenso dogmático que a responsabilidade civil deve apenas reparar os danos. De acordo com o doutrinador Wald<sup>228</sup>, a punição civil está sendo discutida tendo em vista à reflexão acerca dos danos insuscetíveis de reparação pecuniária, cuja determinação e quantificação se tornam bastante complexas. Também, o autor, questionar a eventual complementação da indenização paga pelas seguradoras, nos casos de seguro obrigatório. Um dos exemplos dado pelo doutrinador Wald<sup>229</sup> em relação aos novas reflexões da pena civil é justamente com relação aos danos ambientais, “os quais geram consequências tão graves que a sociedade é incapaz de avaliar com precisão (p. ex., o desastre nuclear de Chernobyl), além dos danos em massa praticados contra os consumidores”.

Arnoldo Wald<sup>230</sup> entende que com a ampla difusão dos danos, as quais além de irreparáveis apresentam um alto grau de incerteza de identificação dos lesados, é possível concluir que o custo social desses prejuízos será quase sempre superior ao dano sofrido por cada lesado individualmente considerado. É justamente o que foi defendido aqui, antes da Samarco ser indiciada judicialmente quem arcou com os primeiros efeitos dos danos foi a Administração Pública, para além disso, o dano ambiental atingiu todos os brasileiros, o Rio Doce restou morto, também tivemos uma perda sem precedentes do patrimônio histórico da cidade de Mariana.

### 3.4.1 Funções dos *punitive damages*

De acordo com Serpa<sup>231</sup> os *punitive damages* elencados na doutrina estadunidense têm as seguintes funções: 1) função de justiça pública; 2) função preventiva; 3) função punitiva; 4) função educativa; 5) função vingativa; 6) função compensatória. Utilizando as funções dos *punitive damages* estadunidense estudado por SERPA e, outras funções dos *punitive damages* elencados na doutrina, construímos as seguintes funções dos *punitive damages* como *condenação punitiva*: 1) função de Justiça Social; 2) função preventiva de desestímulo ao cometimento de novos ilícitos; 3) função punitiva; 4) função educativa; 5) função vingativa; 6) função corretiva de vícios mercadológicos ou capitalistas.

---

<sup>228</sup> WALD, Arnoldo. Capítulo 2: 3. Responsabilidade jurídica: a relação conceitual entre obrigação e dever. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 7 v. (e-book epud).

<sup>229</sup> Idem.

<sup>230</sup> Idem.

<sup>231</sup> SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pg. 39-54.

### 3.4.1.1 Função de Justiça Social

De acordo com Luis Fernando Barzotto<sup>232</sup>, a justiça social se contrapõe à justiça particular. Esta tem como objeto o bem do particular, em uma troca ou distribuição, enquanto que a justiça social tem por objeto o bem comum. Sendo um conceito moral, o conceito de justiça diz respeito a realização de um determinado bem, na justiça social visa-se diretamente o bem comum e, indiretamente, o bem deste ou daquele particular. De acordo com o autor Barzotto<sup>233</sup>:

Em uma sociedade de iguais, isto significa que o outro é considerado, simplesmente por sua condição de pessoa humana, membro da comunidade. Assim, o que é devido a um é devido a todos, e o benefício de um recai sobre todos. Por exemplo, no direito ambiental, o ato de não poluir é algo devido não a este ou àquele indivíduo, mas à comunidade como um todo ou, de um modo mais preciso, este ato é devido a todos os membros da comunidade. O ato que visa diretamente o bem comum alcança indiretamente o bem de cada membro da comunidade.

Os *punitive damages*, nessa perspectiva, é uma expressão da justiça social, pois protege a pessoa humana como tal, e não este ou aquele membro, principalmente se aplicados pelo valor *sintomático* do ilícito. Por isso, uma ofensa a um membro é uma ofensa a toda comunidade, a depender do efetivo prejuízo causado pelo dano, este deve superar o caráter individual do dano e transbordar os limites da tolerabilidade, deve, ainda, ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. A existência da pena deve-se à justiça social, ao passo que a quantificação da pena fica a cargo da justiça comutativa<sup>234</sup>.

Um dano que afeta um coletivo de pessoas configura uma lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico e moral, é apto para ensejar uma punição para atender a uma justiça social. Logo, tem função de justiça social, porque determinados danos extrapolam sua esfera individual

---

<sup>232</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. **Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. IN: PUCRS. Disponível em: <[http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Textos/pdf/DHEA\\_justica\\_social\\_old.pdf](http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Textos/pdf/DHEA_justica_social_old.pdf)>. Acesso em: 01 de julho de 2016, pg. 8.

<sup>233</sup> Idem.

<sup>234</sup> Idem.

moral, alcançado um coletivo de pessoas que se sentem maculadas, desrespeitadas, tanto quanto nas suas esferas morais quanto na esfera jurídica, no dever de respeitar às leis e os valores consagrados em nosso ordenamento jurídico. É o que ocorreu de fato no caso Samarco, a tragédia ambiental trouxe consigo uma desonra a instituição do Estado e do Direito, assim como entristeceu a todos nós pela perda histórica, ambiental e humana.

Ainda, de acordo com Serpa<sup>235</sup>, quando aplicamos os *punitive damages*, estes asseguram o correto respeito à Lei e aos direitos subjetivos dos cidadãos. Aplicam-se os *punitive damages* especialmente quando os outros ramos do Direito sancionadores não conseguem incidir (principalmente o penal). Além do mais, alguns danos, como no caso Samarco, que violam direitos humanos e fundamentais de várias pessoas, funcionaria, também, como forma de estímulo ao respeito aos direitos fundamentais. Ao incentivar os cidadãos a cumprirem os preceitos da lei, conseqüentemente se promove o bem estar social. Após a promulgação da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, ambos eivados de valores em perquirir a Justiça, tal função vai ao encontro das (“de encontro a” = contra; “ao encontro de” = a favor) necessidades e anseios de uma sociedade solidária e republicana.

Essa função tem nítida relação com o conceito de responsabilidade civil como *dever de cuidado*, pois a justiça social pressupõe a *reciprocidade*. Barzotto<sup>236</sup> explica que: “nas relações do indivíduo com a comunidade, o dever de justiça com todos os demais considerados como membros da comunidade fundamenta-se na reciprocidade”. Ou seja, cada um possui a condição de membro da comunidade, por possuírem valores pessoais e humanos reconhecidos pela própria sociedade, “cada pessoa humana só pode esperar ser tratado como pessoa humana por outra pessoa humana”<sup>237</sup>. Para Barzotto<sup>238</sup>: “a “dignidade da pessoa humana” é o termo que expressa o princípio subjacente à justiça social: a pessoa humana é digna, merecedora de todos os bens necessários para realizar-se como ser concreto, individual, racional e social”.

### 3.4.1.2 Função preventiva de desestímulo ao cometimento de novos ilícitos

---

<sup>235</sup> SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pg. 39.

<sup>236</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. IN: PUCRS. Disponível em: <[http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Textos/pdf/DHEA\\_justica\\_social\\_old.pdf](http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Textos/pdf/DHEA_justica_social_old.pdf)>. Acesso em: 01 de julho de 2016, pg. 10.

<sup>237</sup> Ibid., pg. 11.

<sup>238</sup> Ibid., pg. 12.

De acordo com Rosenthal<sup>239</sup>, “as sanções punitivas de direito civil: possuem natureza aflitiva, sendo estranhas ao direito penal e administrativo, atuando como um *tertium genus* em matéria de direito punitivo”. Continua o autor, destacando que essa função punitiva, tem em maior ou menor grau, a criação de uma ameaça de punição que desestimula a prática de ilícito. Para o autor Rosenthal<sup>240</sup>, necessário se faz a superação da função meramente reparatória da responsabilidade civil para assegurar uma outra função, que é a desestímulo, ou seja, da prevenção, que ganha destaque na atualidade. É a subfunção da responsabilidade civil aqui defendida *como preventiva de desestímulo*.

Assim também o é para Arnaldo Wald<sup>241</sup>. Para ele, os *punitive damages* apresentam dupla finalidade, a primeira garante uma conscientização do comportamento danoso do ofensor através da aplicação de uma sanção, que diminui o seu patrimônio, a segunda, por sua vez, gera um efeito de dissuasão, ou seja, que a conduta do ofensor sirva de exemplo para outros. A primeira finalidade condiz com a função de correto respeito à Lei, enquanto a segunda é própria da função preventiva de desestímulo ao cometimento de novos ilícitos.

Para Serpa<sup>242</sup>, os *punitive damages* visam punir o ofensor pelo ilícito cometido e desestimulá-lo a reiterar a conduta ofensiva, o que também se destina a sociedade em geral, para desestimular cometimento de semelhantes ilícitos.

A partir do momento que o juiz aplica os *punitive damages* sancionando um comportamento ilícito, esta decisão serve de modelo para os demais agentes privados da sociedade. Isso é de suma importância, por isso, a função punitiva da responsabilidade civil também funcionaria como um modelo de desestímulo para a sociedade em geral, em especial para aqueles que estão na mesma situação do ofensor. No caso em análise, podemos perceber a importância dessa nova função, pois temos outras mineradoras no Brasil que levariam a punição como modelo, nesse sentido, o grupo PoEMAS<sup>243</sup>, na conclusão de seu relatório, entende que:

---

<sup>239</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg.28.

<sup>240</sup> Ibid., pg.108.

<sup>241</sup> WALD, Arnaldo. Capítulo 2: 3. Responsabilidade jurídica: a relação conceitual entre obrigação e dever. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 7 v. (e-book epud).

<sup>242</sup> SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pg. 25.

<sup>243</sup> PoEMAS. **Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG)**. Mimeo. 2015, passim.

Recomenda-se analisar até que ponto outras empresas mineradoras também apresentam um comportamento semelhante, do ponto de vista do endividamento, da intensificação da produção, da precariedade do licenciamento ambiental e da fragilidade do monitoramento de barragens de rejeito de modo a avaliar a possibilidade de novos rompimentos durante esse período de fim de ciclo.

Rosenvald<sup>244</sup> entende que a pena civil fixada pelo magistrado em razão de ilícitos subjetivos não se restringe a atender interesses particulares das vítimas, mas pelo contrário, sua função primária é de evitar que o ofensor (e potenciais ofensores) pratique qualquer comportamento de perigo social. Ainda de acordo com o autor, as funções da responsabilidade civil variam entre a contenção de danos e a contenção de comportamentos: no primeiro caso o juiz observa o passado na tentativa de restaurar o *status quo ante*, enquanto no segundo, o legislador observará a conduta do ofensor e a reprovabilidade desta, para assumir se é necessário uma função de desestímulo para o ofensor ou para os demais agentes que pretendam realizar o mesmo ato desprezível <sup>245</sup>.

Para Serpa<sup>246</sup>, a função preventiva de desestímulo ao cometimento de novos ilícitos se direciona ao autor do ilícito e à sociedade – opera, segundo o autor, “*ex ante* (ou pro futuro), desestimulando (“detendo”) o cometimento de novos ilícitos

### 3.4.1.3 Função Punitiva

Para Serpa<sup>247</sup>, e grande parte da doutrina, defende-se que a função mais importante dos *punitive damages* é a punitiva, da qual se extrai o próprio nome do instituto. Tal função é nitidamente retributiva em face de um dano, se destinam a sancionar os ilícitos civis mais reprováveis, marcados pela intencionalidade ou desrespeito com direitos alheios.

---

<sup>244</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 58/59.

<sup>245</sup> Ibid., pg.126.

<sup>246</sup>SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pg. 42.

<sup>247</sup> Ibid., pg. 45.

Serpa<sup>248</sup> em citação a C. Calleros<sup>249</sup>, esclarece que na aplicação dos *punitive damages*, o grau de reprovabilidade do ilícito é tão alto que é quase considerado um crime. Por isso, a pena civil é convocada para impor uma punição. Como bem colocado por Serpa<sup>250</sup>, em citação a A. H. Scheiner<sup>251</sup>, os *punitive damages* são “a marreta da Justiça Civil”, pois quando utilizados são um instrumento de força, próximo às sanções do Direito Penal.

Nelson Rosenvald<sup>252</sup>, entende que a função punitiva é necessária quando o estímulo indireto não funcionou para desencorajar o ofensor a praticar novos ilícitos, aplicando-se, portanto, uma sanção ao responsável pelo elemento da intencionalidade do seu comportamento ou seu desprezo pelos efeitos deletérios que sua atividade possa deferir na ordem econômica ou no psicológico de terceiros.

Interessante a citação de Serpa<sup>253</sup> à “metáfora do ladrão” desenvolvida por D.G. Owen, para descrever a função punitiva. De acordo com a metáfora, quando o ofensor (ladrão) comete um ilícito altamente reprovável, ele não apenas fere o ofendido, mas, também, a própria sociedade, uma vez que, ao invadir intencionalmente a órbita jurídica de outra pessoa, o ofensor também viola os direitos e interesses de todos em respeitar os limites estabelecidos pelo Direito (não causar danos aos outros). Na medida que o ofensor se enriquece com a conduta ilícita, os membros da sociedade se empobrecem, logo, sua conduta deve ser sancionada de maneira exemplar, a sanção irá extrapolar os limites do prejuízo suportado pelo ofendido e irá abarcar também os prejuízos que tal conduta impôs a sociedade.

Poderíamos enquadrar essa *metáfora do ladrão* na questão de perda social de um patrimônio. Nesse sentido, Rosenvald<sup>254</sup> em citação a Roppo<sup>255</sup>, demonstra que: a sociedade normalmente reconhece apenas a função compensatória sob seu aspecto individual, do dano em

---

<sup>248</sup> Ibid., pg. 46.

<sup>249</sup> C. CALLEROS. **Punitive Damages**. Liquidated Damages and Clauses Pénales in Contract Action: A comparative Analysis of thw American Common Law and French Civil Code, in Brooklyn Journal of International Law, vol. 32, 2006, pg. 78.

<sup>250</sup> SERPA, op. cit., pg. 46.

<sup>251</sup> A. H. SCHEINER. **Judicial Assessment of Punitive Damages, The Seventh Amendment and The Politics of Juri Power**, in Columbia Law Review, vol. 91, 1991, pg. 142.

<sup>252</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 110.

<sup>253</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, págs. 46-47.

<sup>254</sup> ROSENVALD, op. cit., pg. 86.

<sup>255</sup> ROSENVALD, op. cit., pg. 86, apud ROPPO, Vincenzo, **Diritto privato**. Torino. Giappichelli, 2010, p. 585.

relação ao lesado, mas não em favor da sociedade. Elucidando, Rosenvald<sup>256</sup> dá o seguinte exemplo: imaginemos que um sujeito “A” destrói o carro de “B”, “B” ficará satisfeito quando “A” lhe indenizar no valor do carro perdido, contudo, quem não estará na mesma situação será a sociedade, pois restará um carro a menos, e este foi feito a partir de recursos naturais escassos, teremos aí uma perda social de um patrimônio.

Para Nelson Rosenvald<sup>257</sup> “a pena, do ponto de vista de uma teoria preventiva, deve consistir na ameaça de um mal ou sofrimento maior do que o mal ou dano causado com a violação da norma; caso contrário não haveria função intimidativa”. Além disso, conforme entende o autor: “a retribuição não é o escopo da pena, ela concerne apenas a um dever jurídico e moral de se dar uma resposta a quem violou a norma”<sup>258</sup>.

Outro importante aspecto desenvolvido pelo doutrinador Rosenvald nesse tópico é: a função punitiva será chamada a responder os ilícitos sem a necessidade do dano, ou seja, independentemente da aferição concreta de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, seja por não existirem ou serem de difícil reparação ou constatação. Pois, como visto, os ilícitos podem ser tratados de duas formas pelo ordenamento jurídico, pelo seu valor *sintomático* e pelo seu valor *causal*, conseqüentemente, a pena civil tem valor *sintomático* e será chamada: a desencorajar novas condutas pelo autor dos danos assim como em prol de potenciais vítimas; punir um direito que não se presta à tutela do direito penal, que certamente receberá sanção mais efetiva no cível<sup>259</sup>.

#### 3.4.1.4 Função educativa

Está intimamente ligada à função anterior e a função preventiva. Como já visto, a pena civil fixada pelo magistrado em razão de ilícitos subjetivos não limita-se a atender interesses particulares das vítimas, mas, pelo contrário, sua função primária é evitar que o ofensor (e potenciais ofensores) pratique qualquer comportamento de perigo social. Além disso, os *punitive damages* são uma adição pecuniária a compensação e, por incidirem desta forma, em resposta àquelas condutas ilícitas com alto grau de reprovabilidade social, tem função educativa, quer em relação ao ofensor quer em relação a sociedade.

<sup>256</sup> ROSENVALD, op. cit., pg. 86.

<sup>257</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 28.

<sup>258</sup> Ibid., pg. 40.

<sup>259</sup> Ibid., pg. 48 à 57.



Nesse sentido, Serpa<sup>260</sup> ensina que a função educativa dada pelos *punitive damages* certifica a importância de determinado direito e, posteriormente, proclama a gravidade que o Direito atribui àqueles interesses violados. Logo, “a sanção reforça a imperatividade da norma jurídica à qual ela se liga e, conseqüentemente, intensifica a proteção aos interesses tutelados na aludida norma”<sup>261</sup>, demonstrando o grau de reprovabilidade da conduta sinalizando os *standards* que devem ser seguidos.

Para Nelson Rosenthal,<sup>262</sup> as sanções civis da natureza preventiva atuam como um relevante “instrumento pedagógico e de índole ‘conformativa’ da ordem de mercado. Elas objetivam promover o *individualismo responsável*”, ou seja, a autonomia privada do indivíduo é suscetível de harmonização com os princípios da solidariedade e igualdade material, na qual: “reserva-se o direito a escolha das funções merecedoras de tutela das atividades econômicas”<sup>263</sup>.

### 3.4.1.5 Função vingativa

A vingança aqui a ser ressaltada não é aquela dos primórdios das relações humanas, mas aqui se reverte de outra roupagem, serve para recompor a *honra* perdida. Nesse sentido, Serpa<sup>264</sup> cita C. Calleros<sup>265</sup>, a função vingativa assume: “a punição do malfeitor atribui à vítima do ilícito um sentimento de satisfação, de que a Justiça foi feita, ou outro sentimento de satisfação, decorrente da vingança imposta ao ofensor”. Também, responde e sacia a sociedade de informação, pois na medida que todos tem conhecimento de uma tragédia, se deseja a punição e a vingança daqueles que sofreram com o ilícito.

Barzotto em citação a Charles Taylor<sup>266</sup>, demonstra que: “pode-se afirmar que a principal base de identificação social nas sociedades hierárquicas é a noção de honra”. Ainda,

<sup>260</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pg. 48.

<sup>261</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pg. 48.

<sup>262</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 59.

<sup>263</sup> *Ibid.*, pg. 59

<sup>264</sup> SERPA, op. cit., pg. 51.

<sup>265</sup> C. CALLEROS. **Punitive Damages**. Liquidated Damages and Clauses Pénales in Contract Action: A comparative Analysis of thw American Common Law and French Civil Code, in Brooklyn Journal of International Law, vol. 32, 2006, pg. 78/79.

<sup>266</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. **Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. IN: PUCRS. Disponível em: <[http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Textos/pdf/DHEA\\_justica\\_social\\_old.pdf](http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Textos/pdf/DHEA_justica_social_old.pdf)>.

prossegue o autor citando Montesquieu<sup>267</sup>, “a honra ‘é o preconceito de cada pessoa e de cada condição’, impondo ‘preferências e distinções’”. Conclui Barzotto<sup>268</sup> que: a honra é o sentimento de valor pessoal que ocupa uma determinada posição (*status*) dentro da hierarquia social, mas, assumindo-se que os membros da sociedade relacionam-se segundo as ideias de diferenciação e subordinação, a igualdade entre os membros da sociedade se dará de forma proporcional.

O conteúdo da regra de distribuição na comunidade política será "a cada um segundo sua posição"<sup>269</sup>. De outro lado, para Barzotto<sup>270</sup>, na sociedade democrática moderna, todos possuem a mesma "relevância", substitui-se a noção de *honra* pela noção moderna de dignidade, agora usada num sentido universalista e igualitário que nos permite falar de dignidade inerente aos seres humanos<sup>271</sup>. Portanto, a função vingativa afirma que, por sermos humanos, temos dignidade; esta é protegida pela nossa Constituição Federal, e se esse valor precípuo de todos é violado, será necessário recompor o valor da *honra*, ou em melhores termos, reafirmar o valor da pessoa humana.

#### 3.4.1.6 Função corretiva de vícios mercadológicos ou capitalistas

Essa função é de suma importância para o estudo; os *punitive damages* assumem a função de *remédio*, de *correção*, de vícios ou ilícitos próprios do mercado e do sistema capitalista. Nesse sentido, a pena civil visa monitorar o mercado tendo em vista os princípios da solidariedade, socialidade, dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva.

Acertadamente, uma das funções mais importantes dos *punitive damages* é conter o cálculo econômico do empreendedor de reparar o dano e repassar os custos pelas externalidades aos ofendidos. Como assevera Rosenthal, a *condenação punitiva* concretiza um dever de

---

Acesso em: 01 de julho de 2016, pg. 4, apud TAYLOR, Charles. Argumentos filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000.

<sup>267</sup> BARZOTTO, op. cit., pg. 4, apud MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

<sup>268</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. IN: PUCRS. Disponível em: <[http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Textos/pdf/DHEA\\_justica\\_social\\_old.pdf](http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Textos/pdf/DHEA_justica_social_old.pdf)>.

Acesso em: 01 de julho de 2016, pg. 4, apud MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

<sup>269</sup> BARZOTTO, op. cit., pg. 4, apud MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

<sup>270</sup> Idem.

<sup>271</sup> Idem.

solidariedade, limitando o campo de iniciativa econômica a proibição de atos lesivos a interesses sociais, reforçando o compromisso entre a proteção do mercado e a dignidade da pessoa humana<sup>272</sup>. Os mercados exercem função social dentro de nossa sociedade, mas “o ordenamento não tem que obedecer cegamente a determinantes externas, as chamadas leis de mercado, limitando-se a traduzi-las na sua linguagem própria”<sup>273</sup>. Podemos entender que essa função é assegurada com a eficácia horizontal dos direitos humanos. Vide, Daniel Sarmento<sup>274</sup>, sobre o tema:

O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.

Nelson Rosenvald<sup>275</sup> entende que a punição econômica pela ilicitude do ato não se presta à tutela penal e recebe tutela mais efetiva no cível. A responsabilidade civil fornece um instrumento maleável para a tutela de situações jurídicas relevantes, pois conforma as práticas do mercado às aspirações sociais, “ao inibir atividades que vulneram a expectativa coletiva quanto a comportamentos confiáveis”<sup>276</sup>, pois o ordenamento não se presta a obedecer as leis de mercado, mas assegurar uma tutela ao sujeito deficitário “predispondo adequados mecanismo de contenção e de compensação contra poderes e riscos a que ele está exposto”<sup>277</sup>. Além do mais, como assevera o doutrinador, ao agir apenas reparando o equilíbrio econômico rompido, nada faz o ordenamento jurídico que: “passivamente aceitar a concepção da imunidade do mercado perante o ordenamento jurídico, ou, como prefere Posner, do direito como mimetismo do mercado”<sup>278</sup>. O preceito primário da pena civil não se volta à proteção do interesse da vítima do ilícito, mas a um interesse geral de ordem econômica e social<sup>279</sup>. Entre outros vários vícios e ilícitos, tanto do mercado quanto do capitalismo, os *punitive damages* podem corrigir os seguintes problemas:

---

<sup>272</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, págs. 193 à 194.

<sup>273</sup> *Idem*.

<sup>274</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

<sup>275</sup> ROSENVALD, *op. cit.*, pg. 49.

<sup>276</sup> ROSENVALD, *op. cit.*, pg. 59.

<sup>277</sup> ROSENVALD, *op. cit.*, pg. 81.

<sup>278</sup> ROSENVALD, *op. cit.*, pg. 89.

<sup>279</sup> ROSENVALD, *op. cit.*, pg. 110.

- a) A absorção da função reparatória por mecanismo de garantia contratual (como os contratos de seguro), resulta em uma espécie de “terceirização da responsabilidade” por grandes corporações;
- b) Os déficits de fiscalização por parte da Administração Pública, como ocorreu no caso Samarco e em outros tantos casos, acaba sendo mitigado na ação de responsabilidade civil. Quando trata-se apenas da função reparatória e compensatória, ignora-se o fato que se a empresa fosse corretamente fiscalizada à época *ante factum*, provavelmente seria multada. Em outros termos, a sanção *ante factum* desaparece quando o ofensor só é obrigado a reparar ou compensar o ofendido, não se alegando o prejuízo e o descaso com as instituições do Estado;
- c) O lucro do ilícito é maior do que da reparação. De acordo com Nelson Rosenthal<sup>280</sup>, a defesa da função meramente reparatória exclui a reflexão para além do dano e do lesado, nessa perspectiva o direito civil é incapaz de “impor restituição do lucro obtido pela prática do fato ilícito, porque tal reação punitiva seria característica do direito penal”;
- d) Os custos de transação e o oportunismo não são observados nos moldes da responsabilidade civil. Os custos de transação são os custos totais associados a uma transação, executando-se o mínimo preço possível do produto. A análise de transações visa obter eficiência na gestão dessas transações ou, em outras palavras, visa à minimização dos custos de transação. As transações e os custos são exatamente os principais determinantes da forma de organização das empresas produtoras de bens ou serviços. A ideia central relacionada ao oportunismo relaciona-se ao padrão de orientação que o indivíduo estabelece para a busca do seu próprio interesse e que termina por se refletir no padrão de relacionamento entre os agentes econômicos. “Oportunismo é a busca pelo interesse próprio com dolo”<sup>281</sup>;
- e) Externalidades e socialização dos custos;
- f) Doutrina do individualismo moral. Sandel<sup>282</sup> explica que: “para o individualista moral, ser livre é submeter-se apenas às obrigações assumidas voluntariamente”, essa

<sup>280</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 111.

<sup>281</sup> FERREIRA, Gabriel Murad Velloso et al. **A economia dos custos de transação sob uma análise crítica: perspectivas de aplicação no agronegócio**. In: XLIII CONGRESSO DA SOBER “Instituições, Eficiência, Gestão e Contratos no Sistema Agroindustrial”. Disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/2/811.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

<sup>282</sup> SANDEL, Michael J. **JUSTIÇA: o que é fazer a coisa certa**. 20ª ed. Trad. MATIAS, Heloísa; MÁXIMO, Maria Alice. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, pg.264.

- liberdade, entretanto, não deixa margem para a responsabilidade coletiva ou para o dever de arcar com as consequências morais da injustiça histórica;
- g) Financiamento de campanhas para desvirtuamento da responsabilidade e fiscalização;
  - h) Promover a dependência econômica de um coletivo de pessoas pela atividade econômica prestada naquela região;
  - i) Corrupção das instituições privadas, como a fraude em licitações;
  - j) Falso rótulos de sustentabilidade e responsabilidade social.

### 3.5 *Punitive Damages* e Direito penal

Há juristas, a malgrado da defesa desse trabalho, como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho<sup>283</sup>, que acreditam que a ofensa aos bens jurídicos podem gerar responsabilização em dois graus: quando o ordenamento visa à prevenção e a repressão aplica-se o Direito Penal e quando se busca uma reparação dos danos causados pelo autor utiliza-se a responsabilidade civil.

Do mesmo entendimento partilha Paulo Nader<sup>284</sup> defendendo que: “a finalidade punitiva da responsabilidade, em nossa experiência, é própria da esfera criminal. No âmbito civil é bastante relativa, pois nem sempre o dever de ressarcir impõe sacrifícios pessoais ao ofensor”<sup>285</sup>.

Contudo, isso leva a expansão do direito penal, este deve ser a *ultima ratio*, não deve ser chamado para exercer função preventiva se temos outros institutos capazes de exercer essa função. Senão, levaríamos a cabo a *política de tolerância zero* que é uma das vertentes do chamado movimento de *Lei e Ordem*, este almeja que o Direito Penal seja o protetor de todos os bens existentes na sociedade, não se perquirindo à respeito de sua importância na sociedade. Alerta-nos Greco<sup>286</sup>, nesse ponto de vista, que: “se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador”<sup>287</sup>.

---

<sup>283</sup>NADER, Paulo. Conceito de Responsabilidade Civil. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª ed, rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (e-book epub).

<sup>284</sup> Idem.

<sup>285</sup> Idem.

<sup>286</sup>GRECO, Leonardo. **DIREITO PENAL DO INIMIGO**. In: ROGÉRIO GRECO SITE OFICIAL. Artigo. Disponível em: < <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 13 de junho de 2016.

<sup>287</sup> Idem.

Ora, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, como ressaltado e estudado na maioria dos manuais de direito penal, a atuação do Estado deve restringir-se à punição de comportamentos que molestem bens jurídicos considerados socialmente benévolos ao convívio pacífico entre os cidadãos, cuja necessidade justifica-se na inaplicabilidade de todos os demais ramos do direito como meio de controle social. Doravante, senão nos atentamos a isso, principalmente em relação ao poder midiático brasileiro, recairíamos num direito simbólico, como bem ressalta Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar<sup>288</sup>:

Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico, com o qual se desemboca em um Direito Penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandando-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um Direito Penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia.

Para Greco<sup>289</sup>, “Não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal”, ainda, conforme o autor, “o raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade”<sup>290</sup>, além do mais, quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra. Greco<sup>291</sup>, em citação a Luiz Luisi, sobre o problema de afirmarmos que cabe ao direito penal a eficácia preventiva, afirma que:

No nosso século têm sido inúmeras as advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da criação excessiva e descriteriosa de delitos. Francesco Carnelutti fala em inflação legislativa, sustentando que seus efeitos são análogos ao da inflação monetária, pois ‘desvalorizam as leis, e no concernente as leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral.

Como se isso não bastasse como justificação para afastar a tutela do direito penal para qualquer e todo tipo de prevenção de ilícitos, muitos doutrinadores penalista de destaque, como

---

<sup>288</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 1 v..

p. 631.

<sup>289</sup> GRECO, Leonardo. **DIREITO PENAL DO INIMIGO**. In: ROGÉRIO GRECO SITE OFICIAL. Artigo. Disponível em: < <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 13 de junho de 2016.

<sup>290</sup> Idem.

<sup>291</sup> Idem..

Jesús-María Silva Sánchez<sup>292</sup>, crítica essa expansão do direito penal em sua tese sobre “a teoria das velocidades do Direito Penal”. Sánchez defende que existe três velocidades do Direito Penal: a primeira velocidade consiste no Direito Penal ‘do cárcere’, ou seja, o direito penal como aplicação da pena de restrição de liberdade, na qual deve ser mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcionada a menor intensidade da sanção; a terceira velocidade, por sua vez, é a conciliação das duas anteriores velocidades, é também aqui que temos o Direito Penal do inimigo (de Günther Jakobs), consistindo num direito de emergência, de exceção<sup>293</sup>.

Magalhães<sup>294</sup> explica que a concepção de Günther Jakobs trata o “inimigo” como indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras elementares de convívio em sociedade. Logo, de acordo com Magalhães, haveria uma divisão do Direito Penal do cidadão, aplicando-se os direitos e garantias legais constitucionalmente previstas; e do Inimigo, com a flexibilização ou eliminação de direitos e garantias constitucionais e legais. E isso, certamente, o Estado Democrático de Direito não consagra, principalmente, porque o princípio da dignidade da pessoa humana, como ensina Barroso<sup>295</sup>, é um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, aliás, o princípio é fonte de direitos e deveres e, quando o princípio é utilizado como bússola interpretativa: nas lacunas, ambiguidades, colisões entre direitos fundamentais e metas coletivas, buscará a melhor solução. Qualquer lei que viole a dignidade da pessoa humana, seja em abstrato ou em concreto, será nula<sup>296</sup>.

Não prospera, decerto, que o Direito Penal fique responsável por todos os casos que se julgue necessário a prevenção de determinadas condutas, sob pena de recair num Direito Penal simbólico e, majorando esse fato, num Direito Penal do inimigo que contraria o Estado

---

<sup>292</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

<sup>293</sup> MAGALHÃES, Alex Pacheco. **A 4ª (quarta) velocidade do direito penal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11272](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11272)>. Acesso em: 25 junho de 2016.

<sup>294</sup> Idem.

<sup>295</sup> BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Trad. MELLO, Humberto Laporte. Disponível em: < [http://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade\\_humana.pdf](http://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf) >. Acesso em 06 de junho de 2016, pg. 24.

<sup>296</sup> Ibid., págs. 26-27.

Democrático de Direito que vivenciamos no Brasil. Para além disso, o princípio da precaução já está positivado em nosso ordenamento, e, portanto, o Estado deve segui-lo.

Além disso, há séria divergências consensuais quanto a prerrogativa ou não do Direito Penal imputar crimes às pessoas jurídicas de direito privado. Encontramos no nosso sistema normativo a prerrogativa de imputação de crimes a pessoa jurídica apenas nos crimes ambientais, e mesmo assim, não temos um consenso doutrinário claro quanto a isso.

De acordo com o autor Nelson Rosenvald<sup>297</sup>, no âmbito civil, os critérios de imputação são orientados a uma concepção mais objetiva e abstrata da culpa (um comportamento contrário a um padrão de conduta), enquanto que no âmbito penal, o âmbito subjetivo da culpa se acentua sob a égide do brocado *nulum crimen sine culpa*<sup>298</sup>. O Direito Penal está mais centrado na conduta subjetiva (dolo e culpa) individual do autor e partícipes do crime, porque lida com a questão primordial da liberdade. Por isso, no campo penal, teremos o importante princípio *in dubio pro reo*, a dúvida deve ser interpretada em favor do acusado, porque a garantia constitucional da liberdade deve prevalecer sobre o *jus puniendi* do Estado. Tais preceitos não condizem com a responsabilidade objetiva pautada no risco. Além do mais, a responsabilidade criminal irá recair sobre os dirigentes da Samarco e não sobre as demais pessoas jurídicas responsáveis: *BHP Billiton*, *BHP Billiton Brasil* e *Vale*.

Ainda, no caso Samarco, se os dirigentes forem considerados culpados na área penal, a empresa *BHP* poderá declarar em seu favor (dolosamente), através da mídia, que a culpa reside, exclusivamente, neles, demonizando os dirigentes e, em contrapartida, dirá que o Estado não resguardou seu dever de fiscalizador e protetor da sociedade contra “os vilões”. Por conseguinte, transferirá sua responsabilidade (diabolicamente) para os dirigentes, para ser desresponsabilizada, sem que ao menos a própria empresa tenha tomado atitudes preventivas, tais como planos de contingência, fiscalização das barragens, funcionamento, etc..

Acrescentando tudo o que já foi dito, Serpa<sup>299</sup> entende que a função pública dos *punitive damages*, por serem um instituto jurídico no âmbito do Direito Privado, atuam adequadamente de modo a assegurar, com sua incidência, o esmerado cumprimento das normas e dos princípios constitucionais, hipótese na qual o Direito Penal e outros ramos do direito não incidem.

---

<sup>297</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg.143.

<sup>298</sup> Idem.

<sup>299</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pg. 40.



### 3.6 *Punitive damages* e os Direitos Humanos

Hodiernamente, muito acertadamente, vem se questionando o discurso dos direitos humanos nas sociedades capitalistas. Boaventura de Souza Santos é um dos grandes expoentes desta teoria crítica dos direitos humanos fundamentais, para ele “a grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos, é o objeto de discurso de direitos humanos”<sup>300</sup>. O autor propõe a hermenêutica da suspeita para compreender as concepções dos direitos humanos mais diretamente vinculadas à matriz liberal e ocidental<sup>301</sup>. Através dessa análise, Santos desfaz várias “ilusões” quanto ao conceito dos direitos fundamentais. Uma dessas “desilusões” é a descontextualização dos direitos humanos, de acordo com Santos, os direitos humanos foram usados como discurso e como arma política, em contextos muitos distintos e com objetivos contraditórios<sup>302</sup>.

É sabido que com o passar do tempo os direitos humanos foram subsumidos no direito do Estado. Este assumiu o monopólio da produção do direito e da administração da justiça. Também, com o passar do tempo, reconheceu-se que o discurso dominante dos direitos humanos passou a ser da dignidade da pessoa humana, portanto, em tese, deveria ser congruente com as políticas liberais e com o desenvolvimento capitalista<sup>303</sup>. Julga-se que o Estado deve ser o centro dos debates sobre os direitos humanos e assim deve continuar.

Entretanto, como bem observa Santos<sup>304</sup>, esta “centralidade não tem permitido analisar adequadamente as transformações operadas no poder político pelo neoliberalismo nas três últimas décadas e, numa fase de ‘capitalismo desorganizado’, colapsaram muitas das formas de organização de momentos anteriores”. O princípio do mercado atingiu uma pujança sem precedentes que extrapola o econômico e impõe aos Estados seus princípios. Decerto, o mercado hodiernamente extrapola os seus limites territoriais, as grandes empresas transnacionais, assim como os Estados, favorecem mais o desenvolvimento do que os direitos humanos.

Por isso, Boaventura de Souza Santos entende que: a promiscuidade entre o poder político e o poder econômico; as condicionalidades imposta por agentes financeiros

---

<sup>300</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013, pg. 42.

<sup>301</sup> Ibid., pg. 43.

<sup>302</sup> Ibid., pg. 47.

<sup>303</sup> Ibid., pg. 49.

<sup>304</sup> Ibid., pg. 51.

internacionais; o papel preponderante das empresas multinacionais; entre outros, tem contribuído para reorganizar o Estado, diminuindo sua soberania e submetendo-o à crescente influência de poderosos agentes econômicos. Os mandatos democráticos estão sendo subvertidos por mandatos de interesses minoritários dos mais poderosos<sup>305</sup>.

Nessa diminuição do poder do Estado, identificamos às violações de direitos humanos, não apenas pelo Estado omissivo, mas também por esses agentes poderosos, por isso, Santos<sup>306</sup> entende que: “na punição das violações de direitos humanos sejam incluídas as ações daqueles cujo o poder econômico é suficiente forte para transformar o Estado num dócil instrumento dos seus interesses”. Essa punição pode ocorrer através dos *punitive damages*, dentro do instituto da responsabilidade civil multifuncional, capaz de coordenar o agir desses novos agentes econômicos nacionais e transnacionais.

A tensão se torna mais robusta quando questionamos o direito ao desenvolvimento e outros direitos humanos individuais e coletivos, como o meio ambiente. Para Santos<sup>307</sup>, “o direito ao desenvolvimento se tornou o dever de desenvolvimento”. Todavia, o desenvolvimento passou a ser: mais antissocial, mais vinculado do que nunca ao crescimento econômico e mais predador do meio ambiente.

Na América-latina os recursos naturais se tornaram a grande oportunidade para esses Estados (como o Brasil) se libertarem do fardo histórico. Como elucida o autor: “as locomotivas da mineração do petróleo, do gás natural, da fronteira agrícola são cada vez mais potentes e tudo o que lhe surge no caminho impede o trajeto tende a ser trucidado enquanto obstáculo ao desenvolvimento”<sup>308</sup>. Esse modelo de desenvolvimento “*põe em xeque*” a relação dos direitos humanos com a responsabilização das empresas por danos aos direitos humanos.

A eficácia horizontal dos direitos humanos vêm nesse encontro, pois limita, ou deveria limitar, a margem de atuação malévola do mercado, nesse sentido o doutrinador Ingo Sarlet<sup>309</sup>:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que. Ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, nas condições de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal

<sup>305</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013, pg. 51.

<sup>306</sup> Ibid., pg. 52.

<sup>307</sup> Ibid., pg. 53.

<sup>308</sup> Ibid., pg. 55.

<sup>309</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9a.ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 402.

e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que a liberdade se encontram particularmente ameaçadas

### 3.7 *Punitive damages* e danos morais coletivos

De acordo com a análise do doutrinador Tartuce<sup>310</sup>, em citação ao doutrinador Antônio Junqueira de Azevedo<sup>311</sup>, os danos sociais são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral quanto por diminuição na sua qualidade de vida. Entretanto, o que se percebe é que esses danos podem gerar repercussões materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais.

De acordo com a publicação do STJ<sup>312</sup> no site Jusbrasil, a possibilidade de perquirir pela indenização por dano moral está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V. Conforme, o entendimento do STJ<sup>313</sup>, “o texto não restringe a violação à esfera individual”, logo, “mudanças históricas e legislativas têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial”. Tal publicação trouxe uma gama de decisões tratando do dano moral coletivo. Os posicionamentos foram variados, mas, conforme a publicação podemos traçar algumas linhas fundamentais dos danos morais coletivos.

---

<sup>310</sup> TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil e o Direito Civil Constitucional. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: GEN, 2008, 2 v., pg. 221.

<sup>311</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2476068/nilson%20de%20castro%20di%C3%A3o%202003.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

<sup>312</sup> STJ. **Dano moral coletivo avança e inova na jurisprudência do STJ**. In: jusbrasil. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3153339/dano-moral-coletivo-avanca-e-inova-na-jurisprudencia-do-stj>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

<sup>313</sup> Idem.

Para o STJ<sup>314</sup>, “o dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico”. Conforme o STJ<sup>315</sup> as ações que ensejam danos morais podem tratar de:

dano ambiental (lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), desrespeito aos direitos do consumidor (por exemplo, por publicidade abusiva), danos ao patrimônio histórico e artístico, violação à honra de determinada comunidade (negra, judaica, japonesa, indígena etc.) e até fraude a licitações.

Conforme a publicação do STJ<sup>316</sup> em comentário, “uma das consequências dessa evolução legislativa seria o reconhecimento de que a lesão a um bem difuso ou coletivo corresponde a um dano não patrimonial”. Ainda, de acordo com a ministra Nancy Andrigh “Nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado”<sup>317</sup>.

Conforme o STJ<sup>318</sup> no REsp 598.281, fixou-se o entendimento de que a vítima do dano moral deve ser, necessariamente, uma pessoa. “Não existe dano moral ao meio ambiente. Muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas”<sup>319</sup>. Conclui que: “a ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único”<sup>320</sup>.

No REsp 821.891- RS analisado pelo STJ<sup>321</sup>, o ministro Luis Fux afirmou que é preciso haver a comprovação de efetivo prejuízo para superar o caráter individual do dano moral. Já no REsp 1.057.274, analisado também pelo STJ<sup>322</sup>, a ministra Eliana Calmon entendeu que o dano extrapatrimonial coletivo prescindiria da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos, pois estas decorrem do sentimento coletivo de

---

<sup>314</sup> STJ. **Dano moral coletivo avança e inova na jurisprudência do STJ**. In: jusbrasil. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3153339/dano-moral-coletivo-avanca-e-inova-na-jurisprudencia-do-stj>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

<sup>315</sup> Idem.

<sup>316</sup> Idem.

<sup>317</sup> Idem.

<sup>318</sup> STJ, op. cit., apud REsp 598.281.

<sup>319</sup> STJ, op. cit., apud REsp 598.281.

<sup>320</sup> STJ, op. cit., apud REsp 598.281.

<sup>321</sup> STJ, op. cit., apud REsp 821.891- RS.

<sup>322</sup> STJ, op. cit., apud REsp 1.057.274.

participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo.

Na análise do REsp 1.180.078, o ministro Herman Benjamin, destacou que a reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa. Nesse sentido, “a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano interino (o que permanece entre o fato e a reparação), o dano residual e o dano moral coletivo”<sup>323</sup>.

No REsp 1.221.756, por sua vez, entendeu-se que no dano moral coletivo: “é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e transborde os limites da tolerabilidade”<sup>324</sup>. O ministro Massami Uyeda, relator do recurso especial em comento, entendeu que: “o dano deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva”<sup>325</sup>.

No julgamento emblemático do REsp 866.636, o STJ<sup>326</sup>, confirmou-se a condenação do laboratório Schering do Brasil ao pagamento de danos morais coletivos no valor de R\$ 1 milhão, em decorrência da colocação no mercado do anticoncepcional Microvlar sem o princípio ativo, o que ocasionou a gravidez de diversas consumidoras.

Percebe-se pela publicação do STJ que os danos morais coletivos ainda então sendo construídos e firmados na jurisprudência. Mas, além desses casos, há jurisprudência do STJ aplicando os danos morais coletivos com as seguintes funções (ou finalidades): a) a condenação em reparar o dano moral coletivo visa *punir e inibir* a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em *ultima ratio*, seus valores primordiais, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização<sup>327</sup>; b) o dano moral coletivo nos danos ao meio ambiente se justificam, porque o meio ambiente é bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a

---

<sup>323</sup> STJ. **Dano moral coletivo avança e inova na jurisprudência do STJ**. In: jusbrasil. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3153339/dano-moral-coletivo-avanca-e-inova-na-jurisprudencia-do-stj>>. Acesso em: 01 de junho de 2016 em *apud* ao Resp 1.180.078.

<sup>324</sup> STJ, *op. cit.*, *apud* REsp 1.221.756.

<sup>325</sup> STJ, *op. cit.*, *apud* REsp 1.221.756.

<sup>326</sup> STJ, *op. cit.*, *apud* REsp 866.636.

<sup>327</sup> STJ - **REsp: 1303014 RS 2011/0185365-0**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/12/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2015.

coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.<sup>328</sup>; c) o Ministério Público Federal tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública objetivando indenização por danos morais coletivos em decorrência de emissões de declarações falsas de exclusividade para burlar procedimentos licitatórios<sup>329</sup>.

Feitas tais considerações, o dano moral coletivo é eufemismo do *punitive damages*? Para responder essa questão precisamos perpassar pela aplicação dos *punitive damages*, conseqüentemente, a resposta estará no próximo item.

### 3.8 Aplicação dos *punitive damages* no caso Samarco

Alguns autores como Judth Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler<sup>330</sup> compreendem que não é possível aplicar os *punitive damages* aos casos de responsabilidade civil objetiva, pois não haveria a apreciação da subjetividade, ou seja, a conduta culposa não estaria presente. Todavia, tal entendimento não prospera, já temos decisões do STF aplicando os *punitive damages* em casos de responsabilidade civil objetiva, vide ementa:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO<sup>331</sup>.

<sup>328</sup> STJ - REsp: 1269494 MG 2011/0124011-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/10/2013.

<sup>329</sup> STJ - AgRg no REsp: 1003126 PB 2007/0261672-3, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 01/03/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2011.

<sup>330</sup> SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDA, Andréa Gouthier. **Dano Moral & Punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, pg. 69. Em apud MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, pg. 21.

<sup>331</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 455846/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 11/10/2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 de junho 2016.

O caso se refere à má atuação de um servidor público no exercício de sua atividade médica. Este médico, afundou a parte frontal do crânio de um recém-nascido após o parto em hospital público. O ministro então relator Celso de Mello, aplicou os *punitive damages* ao hospital público, para assegurar a função preventiva e educativa da pena civil.

Com já visto, defende-se a postura do autor Nelson Rosendal quanto a responsabilidade civil objetiva, devendo a culpa e o risco serem analisados em conjunto. Logo, a discussão se há necessidade ou não do elemento subjetivo para aplicação dos *punitive damages* é desnecessária quando analisamos o novo conceito de responsabilidade civil.

A doutrina e a jurisprudência se divergem na possibilidade de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. A doutrina contrária a aplicação desse instituto no sistema jurídico brasileiro, se baseia no fato de que tal instituto não possui expressa previsão legal, ferindo o princípio da legalidade. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes<sup>332</sup> afirma que a indenização punitiva fere o princípio da legalidade, tendo em vista que *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sendo que os critérios para fixação deste instituto devem ser firmados pelo legislador, o mesmo é o entendimento do doutrinador Nelson Rosendal<sup>333</sup>, da qual filia-se.

Outro argumento contrário à aplicação dos *punitive damages*: as indenizações exorbitantes trazem para o ordenamento jurídico grandes riscos, gerando insegurança jurídica e enriquecimento ilícito. Esse é o posicionamento do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves<sup>334</sup>. No mesmo sentido, o doutrinador Paulo Nader<sup>335</sup> alega que: “a função punitiva induz ao enriquecimento sem causa”.

De acordo com Serpa<sup>336</sup>, muitos doutrinadores entendem que a partir da função compensatória e reparatória da responsabilidade civil brasileira teríamos a função punitiva,

---

<sup>332</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.7. pg. 13.

<sup>333</sup> Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 preceitua em seu artigo 5º, XXXIV: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Logo se entende que ninguém poderá ser punido por algo não tipificado em lei, ou seja, ser punido por algo não tipificado.

<sup>334</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, pg. 575.

<sup>335</sup> NADER, Paulo. Conceito de Responsabilidade Civil. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª ed, rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (e-book epub).

<sup>336</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pg. 43.

preventiva e educativa. Nesse sentido, o entendimento do doutrinador Paulo Nader<sup>337</sup>: “Ao impor a obrigação de reparar os danos, as sentenças judiciais desenvolvem uma atividade pedagógica, educativa, evitando, em muitos casos, a prática de atos ilícitos”. Prossegue o doutrinador: “Em nossa experiência, admite-se, ainda, a reparação cumulativa por danos materiais e morais, que produz, também, efeito punitivo”<sup>338</sup>. Tal posicionamento não prospera, em casos paradigmáticos como o caso Samarco, certamente a função compensatória e reparatória não será suficiente para punir, educar e muito menos prevenir novos danos.

Quanto à crítica ao enriquecimento ilícito, entendemos pela posição do autor Nelson Rosenvald<sup>339</sup>, os *punitive damages* não se restringem aos interesses particulares da vítima, mas ao interesse geral, por isso, as vítimas não poderão se apropriar da totalidade da pena civil, sendo que parte do montante pecuniário será destinado ao Estado ou a instituições assistenciais.

Importante ressaltar que mesmo a parcela da doutrina defensora da adoção dos *punitive damages* (como teoria do desestímulo, pena privada ou pena civil), ressalta que esta não deve ser idêntica ao *punitive damages* estadunidense ou inglês, posto que há diferenças entre os ordenamentos jurídicos, incluindo a medida dos poderes dos magistrados, que no sistema de “*common law*” são muito mais amplos, e, também, ressalta-se as diferenças econômicas entre os países<sup>340</sup>. Nesse sentido, ensina Rosenvald<sup>341</sup>, que a prática estrangeira demonstra que há espaços de atuação para os *punitive damages no Brasil*, “desde que aplicados com razoabilidade e de forma excepcional”.

Adotamos a postura do doutrinador Nelson Rosenvald<sup>342</sup> quanto a aplicação da pena civil (*punitive damages*) apenas na responsabilidade civil extracontratual. Na responsabilidade civil contratual aplica-se a pena privada. Pois nesta responsabilidade, vigora princípios protetores dos agentes envolvidos, como a boa-fé objetiva e as penas privadas<sup>343</sup> que são capazes de assegurar o escorreito cumprimento do contrato e da lei contratual.

Na defesa da aplicação dos *punitive damages*, o jurista André Gustavo Corrêa de Andrade, tem ganhado bastante destaque na doutrina e na jurisprudência, para ele:

---

<sup>337</sup> NADER, Paulo. Conceito de Responsabilidade Civil. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª ed, rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (e-book epud).

<sup>338</sup> Ibid..

<sup>339</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg.58.

<sup>340</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 677.

<sup>341</sup> ROSENVALD, op. cit., pg.173.

<sup>342</sup> ROSENVALD, op. cit., passim.

<sup>343</sup> São exemplos das penas privadas: Cláusula penal (art. 416 do Código Civil); *Astreintes* (arts. 536 do NCPC).



A indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos de personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico.

Quanto a aplicação dos *punitive damages*, seguimos o pressuposto objetivo estabelecido por Serpa<sup>344</sup>, para tanto, deve-se responder a seguinte indagação: “por que (e em quais casos) a prevenção exercida pela condenação de indenização compensatória ou reparatória é insuficiente para atingir as exigências sociais quanto à prevenção?”. A resposta encontrada pelo autor está nas condutas que devem ser sancionadas, sendo elas: *propositais, injustificadas, ou grosseiramente negligenciadas*, todas elas marcadas pela intencionalidade ou, no mínimo, que se tenha consciência dos prejuízos que dela resultarão. Assim sendo, sempre serão aplicados os *punitive damages* quando se pretende um meio de prevenção adequado, quando a responsabilização do lesante perante a indenização compensatória ou reparatória for insuficiente para inibir futuros ilícitos.

Nelson Rosenthal<sup>345</sup>, entende que a pena civil (*punitive damages*) deverá ser aplicada em face de quem detém o controle da atividade e o poder de decisão sobre o seu desenvolvimento, porém, ao fazê-lo, manifesta um comportamento de desprezo por deveres de proteção, cooperação e informação. Nesta seara, conforme o autor Nelson Rosenthal<sup>346</sup>:

No que pertine aos *punitive damages* – modelo jurídico celebrado na experiência estadunidense –, eventual pena civil fixada pelo magistrado em razão de ilícitos aquilianos, não se restringirá a atender interesses particulares da vítima. Muito pelo contrário, para além de um mera lesão a uma obrigação pré-constituída, a finalidade primária da pena civil é preventiva e dissuasiva, objetivando tutelar o interesse geral de evitar que o potencial ofensor pratique qualquer comportamento de perigo social. Isto é, o interesse do particular só será relevante enquanto coincidir com o interesse público de intimidar uma pessoa natural ou jurídica, por medidas de desestímulo, a adotar um comportamento que não coloque em risco interesses supraindividuais. Por

<sup>344</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pg. 55.

<sup>345</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg.58/59.

<sup>346</sup> Idem.

isto, a vítima não poderá se apropriar da totalidade da pena civil, sendo que uma parte do montante será destinado ao Estado ou a instituições assistenciais. Ademais os *punitive damages* serão arbitrados independentemente da existência dos *compensatory damages*. Vale dizer, se além da prática da conduta proibida surgirem danos patrimoniais ou morais, a responsabilidade civil incidirá de forma distinta

Para o doutrinador Nelson Rosenvald<sup>347</sup>, para aplicarmos a pena civil (*punitive damages*) é necessário o ilícito e seu suporte fático, posteriormente, devem ser observados os atributos *subjetivos* e *objetivos*. No atributo subjetivo observa-se a pessoalidade e a intransferibilidade, deve-se restar comprovado o elemento intencional do agente sob o viés da culpa grave ou do dolo, na qual o agente viola o comportamento social que deveria seguir, podendo ser os ilícitos comissivos ou omissivos. No caso da conduta omissiva, temos o seguinte exemplo fornecido pelo doutrinador: “inação do empresário que, com a implantação de medidas de baixo custo e complexidade, poderia ter evitado um evento lesivo”<sup>348</sup>.

No atributo objetivo, deve-se atender a: tipicidade, determinação e taxatividade. O autor entende ser necessário para aplicar a pena civil a reserva legal em respeito ao princípios da legalidade e da *nulla poena sine previa lege*. O fato punitivo deve ser abstratamente previsto pela norma civil para ser apta a aplicar a sanção, devendo a lei antecipar no seu preceito secundário a ameaça de uma pena e, no preceito primário, descrever com precisão os seus contornos. Além disso, haverá indisponibilidade da pena pelos particulares e a taxatividade das hipóteses de incidência da pena, sem possibilidade de recursos à interpretação extensiva e analógica<sup>349</sup>.

Reitera-se que, para Rosenvald, determinados fatos merecedores de condenação punitiva (*punitive damages*), devem ser sancionados pelo seu valor *sintomático* dado a sua gravidade, independentemente do evento danoso e de suas consequências, já que a sanção se pautará no futuro daquela conduta ou da atividades de perigo social<sup>350</sup>.

Após isso, deve-se, de acordo com Nelson Rosenvald<sup>351</sup>, fixar os critérios da incidência da pena civil, são eles: a) a extensão (gravidade) da lesão, quanto maior a gravidade do comportamento antijurídico, maior a reprovação social e, conseqüentemente, maior a

---

<sup>347</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, págs. 62/69.

<sup>348</sup> Ibid., pg. 63.

<sup>349</sup> Ibid., pg. 62 à 69.

<sup>350</sup> Ibid., págs. 63 à 64.

<sup>351</sup> Ibid., págs. 249 à 253.

necessidade do desestímulo; b) grau de culpa do ofensor, este critério é capaz de potencializar a pena civil, variando entre o dolo e a culpa; c) condição patrimonial do autor do ilícito, grandes empresas, normalmente, potencializam seus danos, pois quanto maior o potencial econômico, maiores as possibilidades de obter grandes lucros às custas de violações aos direitos. Esses critérios (a, b e c) devem obedecer a três critérios de proporcionalidade: a) vedação de excesso relativamente a um teto de condenação; b) vedação de excesso com relação a um múltiplo dos valores arbitrados a título de compensação de danos; c) o sujeito a benefício de quem a soma da pena civil será direcionada<sup>352</sup>.

Tais critérios de aplicação dos *punitive damages* pelo autor Nelson Rosenthal estão de acordo com o novo no Novo Código de Processo Civil<sup>353</sup>, que em seu artigo 8º preceitua: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”. Por isso, entendemos que o melhor critério de aplicação dos *punitive damages* é do autor Rosenthal. Porém, o critério objetivo apresentado por Serpa facilita a aplicação dos *punitive damages* ao caso, portanto, entendemos que primeiramente deve-se analisar o critério objetivo dos *punitive damages* e, posteriormente e sequencialmente: analisa-se o ilícito e seu suporte fático; observa-se se os atributos *subjetivos* e *objetivos*, e; por último, fixamos os critérios da incidência da pena civil de acordo com o abordado pelo doutrinador Nelson Rosenthal.

Quanto a questão da reserva legal e a inaplicabilidade dos *punitive damages*, filia-se ao entendimento do autor Nelson Rosenthal<sup>354</sup>. Este, esclarece que nos danos ambientais e de consumo o legislador admitiu um caráter punitivo a atividade do causador do dano, normalmente titulado como *dano moral coletivo* nas ações ajuizadas pelo Ministério Público. Para Nelson Rosenthal: “o dano moral coletivo não passa de um eufemismo que se traduz em

---

<sup>352</sup> ROSENTHAL, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg. 253.

<sup>353</sup> Brasil. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de Março. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

<sup>354</sup> ROSENTHAL, op. cit., páginas 107, apud à Lei nº 7.347 de 1985 em seu artigo 1º, inciso IV “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo ((Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990). BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de julho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

uma sanção punitiva ao poluidor-degradador, como resposta sancionatória à extrema reprovabilidade de atos antissociais”<sup>355</sup>. Tal pena civil, de acordo com Nelson Rosenvald<sup>356</sup>, é uma *condenação punitiva* porque em nada se assemelha ao dano extrapatrimonial (dano moral individual), o dano moral coletivo reverte-se em benefício de toda a sociedade por meio de um depósito a um fundo e não as próprias vítimas<sup>357</sup>, conforme o artigo 13 da Lei nº 7.347/1985,<sup>358</sup> a indenização reservada *aos danos morais coletivos* irão para um fundo gerido por um Conselho Federal ou Estadual.

Portanto, para Rosenvald, o modelo jurídico do *dano moral coletivo* se apresenta como condenação punitiva (*punitive damages*), tem respaldo nas ações civis ajuizadas pelo Ministério Público em casos de danos ambientais e do consumidor, com esteio no CDC no artigo 6º, inc. VI, Lei nº 8.078/1990<sup>359</sup> ou na forma mais ampla do inc. IV do art. 1º da Lei nº 7.347/1984<sup>360</sup>.

Como analisado no item anterior (4.7), os danos morais coletivos tem assumido diversos fundamentos e finalidades. Uma dessas finalidades, como já apresentado seria: a) *punir e inibir*

---

<sup>355</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, páginas 107.

<sup>356</sup> Ibid., página 229.

<sup>357</sup> Ibid., páginas 228 à 229.

<sup>358</sup> Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de julho. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

<sup>359</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. . . Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de setembro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016

<sup>360</sup> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990); V - por infração da ordem econômica (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011); VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001); VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014); VIII - ao patrimônio público e social. (Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014). Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001). BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. . Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de julho. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade; b) preservar o meio ambiente, pois este é um bem público devendo ser protegido por todos, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado, e; c) punir atos de corrupção (fraude em licitações) que violem a coletividade.

Certamente, as funções dos *punitive damages* correspondem as funções dos danos morais coletivos elencados pela jurisprudência do STJ. No item “a” temos a função punitiva, preventiva e educativa, quanto ao item “b” função de justiça social, vingativa e educativa, e no “c” temos claramente a função corretiva de vícios mercadológicos ou capitalistas. Portanto, se os danos morais estão revestidos dessas funções próprias dos *punitive damages* é necessário repensar o instituto e aplicá-lo de forma correta e clara. Mesmo porque os *punitive damages* tem natureza nitidamente punitiva, e quando observamos o termo “dano moral coletivo” percebemos que não há, claramente, essa natureza.

Consequentemente o melhor termo seria *condenação punitiva* em tradução ao *punitive damages*, ou como feito na jurisprudência do STF citada, a própria expressão “*punitive damages*”, deixando claro que se aplicou uma pena civil com funções próprias.

O Ministério Público Federal, que investigou o desastre causado pelo rompimento da barragem de Fundão, entrou com ação pública contra as mineradoras Samarco, Vale e BHP, no valor de R\$ 155 bilhões<sup>361</sup>. A ação civil é resultado de seis meses de investigação, tem 359 páginas e apresenta mais de 200 pedidos que buscam a reparação integral dos danos sociais, econômicos e ambientais causados pelo rompimento da barragem<sup>362</sup>. Nesta ação o MPF pediu danos morais coletivos pois entende que os réus: “também devem ser condenados por dano moral coletivo, na medida em que seus atos causaram prejuízos que transcenderam os valores ambientais passíveis de serem restaurados, mitigados ou compensados materialmente”<sup>363</sup>.

Assim, para o MPF, a indenização por danos morais coletivos deve levar em conta "os lucros cessantes ambientais, que são decorrentes do período de espera para o cumprimento da obrigação de reconstituir, em que a coletividade é privada de desfrutar do meio ambiente

---

<sup>361</sup> PIMENTEL, Taís. **MPF pede R\$ 155 bilhões em ação civil contra Samarco, Vale e BHP**. In: G1 MG. Minas Gerais, março de 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/05/mpf-pede-r-155-bilhoes-em-acao-civil-contra-samarco-vale-e-bhp.html>>. Acesso em: 12/06/2016.

<sup>362</sup> Idem.

<sup>363</sup> MPF. **MPF entra com ação para total reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem da Samarco**. IN: Procuradoria da República em Minas Gerais: Ministério Público Federal. Minas Gerais, 2016. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-entra-com-acao-para-total-reparacao-dos-danos-sociais-ambientais-e-economicos-causados-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-1>>. Acesso em 04 de junho de 2016.

equilibrado"<sup>364</sup>. Para calcular essa indenização, o MPF pede que seja considerada a extensão e gravidade do dano, o tempo decorrido entre o dano e recuperação ou compensação ambiental e o caráter pedagógico da indenização<sup>365</sup>. Ou seja, se contempla as funções da pena civil, sem se aprofundar nos valores que ela trata, o discurso certamente estará mais fraco, fragilizado, sem muitos fundamentos.

O pedido de danos morais coletivos são importantes, mas acabam por desvirtuar outras funções em que se reverterem os *punitive damages*. Certamente que as subfunções dos *punitive damages* estarão ali, mas estarão sobre um véu, e este impedirá as discursões acerca da punição civil e sua função no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, impedirá um diálogo construtivo e valorativo que pode romper com as clássicas funções da responsabilidade civil (reparação e compensação). Além do mais, trazer ao discurso jurídico os *punitive damages* no caso concreto traria mais segurança e previsibilidade ao próprio sistema, uma vez que delimitaria a sua aplicação e conceituação, extirpando o termo “dano moral coletivo”.

Conclui-se, portanto, que é válida a aplicação dos *punitive damages* ao caso Samarco, porque há previsão legal para isso. Segundo o critério objetivo apresentado por Serpa para aplicação dos *punitive damages*, a condenação de indenização compensatória e reparatória não é suficiente para atingir as exigências sociais quanto a prevenção, já que a Samarco (e também *BHP Billiton Brasil*, *BHP Billiton* e *Vale*), teve sua conduta preventiva e precaucional grosseiramente negligenciada, verificamos isso no caso concreto pois as empresas em comento não tinham um plano de contingência.

No critério subjetivo de aplicação dos *punitive damages* do autor Rosenvald: há o caráter omissivo da Samarco, nem mesmo implantou medidas de baixo custo para evitar os danos, como uma simples sirene. Quanto ao critério objetivo: tipicidade, determinação e taxatividade, segundo o autor, há expressa previsão da punição nos termos do CDC no artigo 6º, inc. VI, Lei nº 8.078/1990 ou na forma mais ampla do inc. IV do art. 1º da Lei nº 7.347/1984.

Consequentemente, as empresas Samarco, Vale e *BHP* devem responder objetivamente pelo risco integral, e ainda, deve-se aplicar os *punitive damages*.

---

<sup>364</sup> MPF. **MPF entra com ação para total reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem da Samarco**. IN: Procuradoria da República em Minas Gerais: Ministério Público Federal. Minas Gerais, 2016. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-entra-com-acao-para-total-reparacao-dos-danos-sociais-ambientais-e-economicos-causados-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-1>>. Acesso em 04 de junho de 2016.

<sup>365</sup> *Idem*.

Como já analisado, a ação pública se reverteu num acordo<sup>366</sup>, este já foi denunciado pelo MPF, pela comissão de Direitos Humanos e pela entidade social (como visto no capítulo 1 deste trabalho), certamente o acordo viola os direitos apreciados pela sociedade na ação civil, e, além disso, retira a função punitiva, educativa, desestimuladora, vingativa (dentre outras) que poderiam ser alcançados com os *punitive damages*.

O acordo erra em *desresponsabilizar* a conduta das empresas, e ao fazê-lo, a condenação civil se converte em *impunidade* do ofensor e torna-se um estímulo a novas condutas ofensivas. Para além disso, retiramos o valor *sintomático* e *causal* dos ilícitos cometidos contra os direitos humanos, colocando o desenvolvimento econômico acima dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade, saúde, direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros.

Além do mais, outro desacerto no acordo é o de não estabelecer outros meios de fiscalização e prevenção da atividade econômica da mineradora, pautando-se exclusivamente em reparar os danos ambientais e patrimoniais através de programas socioambientais e socioeconômicos, na qual a gestão e a execução dos programas serão feitas por uma fundação de Direito Privado, o que contrária o dever do Estado em fiscalizar e aplicar o princípio da precaução. Um completo descaso com a sociedade brasileira e com os direitos humanos. O disso pior, é que o financiamento e a garantia da execução deste acordo tem o valor aproximado de R\$ 4,4 bilhões, parcelados (Cláusula 226)<sup>367</sup>, certamente, tal valor não é capaz de reparar, compensar, punir ou desestimular novos danos.

Ainda, tal pagamento fica a cargo da Samarco, Vale e *BHP Billiton* Brasil, escapando às margens do sistema a empresa *BHP Billiton* Ltda. de sua responsabilidade, ou seja, transferiu-se claramente a responsabilidade (diabolicamente). Ante o exposto, nunca ficou tão evidente a irresponsabilidade dos agentes públicos e privados com a Carta Magna brasileira (Constituição Federal de 1988), com escancarados desrespeitos aos direitos humanos.

Após esse episódio trágico, verifica-se a necessidade de analisar o instituto da responsabilidade civil como multifuncional, dinâmica e flexível para conter o capitalismo e fomentar a democracia. Pois o princípio republicano importa na premissa de que, em qualquer situação jurídica, deve sempre prevalecer o bem comum. Nesse sentido, Roque Antônio

---

<sup>366</sup> Veja as páginas 18 e 19 deste trabalho.

<sup>367</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região (SistCon1). **Ata de Audiência**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ata-audiencia-homologacao-acordo.pdf>>. Acesso em: 04 de junho de 2016, página 20.

Carrazza<sup>368</sup>: “República é o tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade”.

Certamente, o ilícito cometido pela Samarco extrapolou as esferas individuais dos indivíduos afetados e, para além disso, o ilícito ofendeu claramente direitos humanos e fundamentais, tais como o direito a saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, proteção à infância, e assistência aos desamparados, meio ambiente ecologicamente equilibrado, liberdade, propriedade, entre outros. Mas, com certeza, o direito humano mais violado foi o princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o grupo PoEMAS<sup>369</sup>, a Samarco, têm promovido através de ações filantrópicas um falso rótulo de sustentabilidade e responsabilidade social para afastar a ideia dos riscos inerentes a sua atividade. Nesse sentido, “As modificações nas formas de relacionamento da empresa para com as comunidades teriam o objetivo de neutralizar a crítica social e garantir o que no léxico corporativo vem sendo denominado de licença social para operar”<sup>370</sup>. Daí, entendermos que na verdade a Samarco sabe dos riscos desenvolvidos por sua atividade, mas prefere vestir uma máscara falsa quanto a sua responsabilidade. Analogicamente, por exemplo, a face da empresa está cheia de manchas, rugas, espinhas, lesões, etc., para reverta essa face feia da empresa perante a sociedade, utiliza-se a maquiagem dos rótulos de sustentabilidade e responsabilidade social, fugindo, portanto, do seu *dever de cuidado*.

Devemos afastar essa responsabilidade diabólica que viola direitos humanos e ambientais. Além disso, a função precaucional deve ser atendida para o devido funcionamento do instituto; também aqui o incentivo merece atenção, se o governo conseguir através de estímulos que a empresa promovesse essas ações filantrópicas onde ela atua, retiraríamos essa maquiagem.

Outra questão pertinente é a diminuição do Estado em sua soberania, submetendo-o à crescente influência de poderosos agentes econômicos. Fica evidente isso no caso Samarco, de acordo com o relatório do PoEMAS “As receitas municipais têm como principal fonte a arrecadação decorrente da atividade das mineradoras”, para além disso, “a principal fonte de recursos para o município de Mariana é efetivamente a Compensação Financeira pela

---

<sup>368</sup> CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª Ed. São Paulo- SP: Editora Malheiros. p. 81 e seguintes.

<sup>369</sup> PoEMAS. **Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG)**. Mimeo. 2015, pg. 37

<sup>370</sup> Idem.



Exploração de Recursos Minerais (CFEM)”, que corresponde pelos dados ofertados pelo relatório, “dependendo do mineral extraído, abarca entre 1% e 3% do lucro líquido da empresa. O município fica assim com 65% da CFEM”<sup>371</sup>. Como falar da responsabilidade civil da Samarco sem ilustramos esse viés econômico? Ora, o Estado tem diminuído seu papel de responsabilizar e fiscalizar a Samarco (aqui também a *BHP Billiton*, *BHP Billiton Brasil* e Vale) dado seu suporte econômico àquele Município, então como coibir e punir esse comportamento? Não vejo outra resposta a não ser por um novo conceito de responsabilidade civil.

De acordo com dados do relatório ofertado pelo grupo PoEMAS os empregos criados pelas mineradoras, normalmente em municípios com populações pequenas e empobrecidas, é extremamente relevante em escala local, pois gera o dilema minerador, isto é, “a percepção de que, apesar dos impactos negativos causados pela atividade, a mineração é a principal atividade econômica das regiões mineradas, sustentadora de parcela importante da renda familiar”<sup>372</sup>. Então, a melhor forma de punir a empresa e fazê-la cumprir a lei é aplicando os *punitive damages* e perseverando pela aplicação da função preventiva precaucional.

Sob o discurso do desenvolvimento se alega que é necessário que a empresa resida e continue com suas atividades no local, pois o Município depende dela para arrecadar os seus fundos (receita) e concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos da região. A tragédia se torna “um mal necessário”, a responsabilidade civil fica fragilizada e inútil, porque transfere-se parte dessa para os próprios lesados.

Outra questão problemática diz respeito a mídia, o grande impacto midiático sobre o caso Samarco deu-se a entender que foi a primeira vez que a Samarco violou o meio ambiente, o que não é verdade. Segundo o levantamento efetuado no Sistema Integrado de Informação Ambiental – SIAM, no Sistema de Informações do Ibama, a mineradora soma um total de 19 autos de infração em seu nome por danos ambientais<sup>373</sup>.

O pior disso tudo é como forçar a Administração Pública a fiscalizar, aplicar multas de descumprimento de preceitos administrativos ou renovar a licença sobre certos preceitos, se os próprios representantes da administração conseguirem seus cargos a mercê de financiamentos de campanha dessas empresas. Como bem observa o grupo PoEMAS:

No Brasil, a possibilidade do financiamento de campanha por empresas privadas tem criado uma série de distorções no sistema de democracia

---

<sup>371</sup> PoEMAS. **Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG)**. Mimeo. 2015, pg. 37.

<sup>372</sup> Ibid., pg. 39.

<sup>373</sup> Ibid., pg. 41.

representativa, por meio da qual o poder econômico empresarial aprofunda assimetrias já existentes na representação política. À medida que as empresas podem financiar campanhas políticas, o processo eleitoral passa a se tornar cada vez mais caro e inicia-se uma dinâmica de seleção artificial, por meio do qual aqueles que têm acesso a esses recursos aumentam a probabilidade de serem eleitos<sup>374</sup>.

No caso em análise não poderia ser diferente, de acordo com o relatório do PoEMAS, as empresas pertencentes ao grupo Vale (Vale Energia, Vale Manganês, Vale Mina do Azul, Minerações Brasileiras Reunidas, Mineração Corumbaense Reunida e Salobo Metais), financiaram, em 2014, candidaturas em níveis estaduais e federais<sup>375</sup>.

Outra questão, já discutida, mas de grande repercussão: quem arcou primeiramente com o dano? O Estado, pois assumiu para si a responsabilidade e depois a empresa se mobilizou, ou seja, a conduta da empresa nos momentos que se seguiram ao rompimento, as medidas fundamentais e urgentes para a garantia dos direitos humanos das comunidades impactadas só foram tomadas após solicitação da equipe de resgate<sup>376</sup>, pressão popular e intervenção judicial. Embora a empresa as divulgue como ações assistenciais e voluntárias. Além do mais, a empresa sequer tinha um plano de contingência, ainda, no que se refere ao sistema sonoro, o mesmo somente foi instalado dois dias após o rompimento das barragem<sup>377</sup>, o próprio engenheiro civil da Samarco admitiu: “Não houve sinal de sirene para a população, houve contato telefônico e contato com as autoridades”<sup>378</sup>.

Após tudo o que foi dito, o Estado Democrático de Direito brasileiro é um Estado subordinado ao Mercado ou as Leis? Se as empresas *BHP Billiton*, *BHP Billiton Brasil*, Samarco, Vale não forem punidas, ficará claro que estamos dando mais valor ao mercado do que ao Direito.

---

<sup>374</sup> PoEMAS. **Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG)**. Mimeo. 2015, pg. 44.

<sup>375</sup> Ibid., págs. 44 à 45.

<sup>376</sup> Em um primeiro momento, as famílias foram levadas para o ginásio de Mariana e somente alocadas em hotéis pela empresa após intervenção do Ministério Público, que considerou o espaço inadequado para as famílias. Pesquisadores do Grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade (PoEMAS) estiveram em Mariana e arredores, e puderam observar também famílias hospedadas em casas de parentes no próprio município ou em outros lugares, como no Morro da Água Quente, no município de Catas Altas (MG).

<sup>377</sup> PoEMAS, op. cit., págs. 70 à 71.

<sup>378</sup> Emerich, D. (2015). **Moradores pediram sirenes à Samarco, mas empresa negou**. O Tempo. (11/06/2015) Disponível em: <http://www.otempo.com.br/cidades/moradores-pediram-sirenes-%C3%A0-samarcomas-empresa-negou-1.1160171>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

Certamente, o ideário liberal, defende a intervenção mínima na atividade econômica, e por conseguinte, a responsabilidade civil só pode atuar *post factum*, ou seja, a responsabilidade civil só atuar após os fatos danosos e não *ante factum*. Ao agir apenas no momento patológico da consumação do dano, nada mais faz o sistema jurídico do que aceitar a concepção da imunidade do mercado perante o ordenamento, ou seja, uma ferramenta também do mercado. Devemos mudar isso, o ilícito pode ser sancionado a luz dos *punitive damages* em seu *valor sintomático e casual*, um instrumento capaz de limitar o capitalismo e defender os direitos humanos. Além do mais, a responsabilidade civil aqui defendida deve atuar também *ante factum*, protegendo a sociedade contra potenciais danos.

Aliás, como bem dito pelo doutrinador Arnoldo Wald<sup>379</sup> “os *punitive damages* também são um instrumento contra à impunidade”. Ora, como visto, o financiamento de campanhas tem o condão de obstaculizar a fiscalização e, por conseguinte o princípio da *precaução*, por isso os *punitive damages* nestes casos tem a prerrogativa de corrigir a falta de fiscalização da administração, aplicando uma sanção que deveria ser aplicada pela Administração Pública, mas que não o foi por: a) omissão formal— ausência de lei para regular determinada atividade ou não existe meios; b) inércia administrativa; c) omissão material – falta de fiscais, de material para os fiscais trabalharem, poucos fiscais; pouco orçamento para contratar fiscais, etc.; d) corrupção.

Quanto a função punitiva, há na doutrina a afirmativa que a súmula nº 385 do STJ tende a supressão do abalo moral e a derrocada do dano moral punitivo, pois prescreve que: “*Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento*”. Conforme o entendimento do professor Luiz Henrique Herrera<sup>380</sup>, a súmula dita que um sujeito “A” terá direito ao cancelamento da anotação e, isso, por evidente, não se discute, todavia a questão reside no fato de “A” não ter direito a indenização por danos morais decorrentes do ato ilícito cometido, ou seja, o ato ilícito não se torna lícito quando preexistente legítima inscrição; continua ilícito. Nessa ótica, a súmula nº 385 do STJ, não encontra correspondência ao que enunciado nos artigos 186, 187, 188 e 927 do Código Civil, nem mesmo no art. 42, parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>379</sup> WALD, Arnoldo. Capítulo 2: 3. Responsabilidade jurídica: a relação conceitual entre obrigação e dever. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 7 v. (e-book epub).

<sup>380</sup> HERRERA, Luiz Henrique. **Súmula nº 385 do STJ: a supressão do abalo moral e a derrocada do dano moral punitivo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2190, 30 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13070>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

Ademais, quanto a súmula em comento, acrescenta HERRERA que: ao definir que a anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, está-se, dando-se permissão à impunidade no exercício irregular de um direito, conforme o autor<sup>381</sup>:

a anotação irregular sem qualquer condenação por danos morais, torna inconsistente a tentativa do Estado em sanar os abusos praticados no comércio, pois é notória a existência de pessoas (físicas ou jurídicas) que solicitam anotação de dívidas ilegítimas (títulos destituídos de formalidade legal, dívidas já pagas, prescritas, etc.) [...] Ademais, vale ressaltar ainda, que ao violar o parágrafo segundo do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, suprime-se do ordenamento jurídico a existência do dever de comunicação prévia, que constitui um verdadeiro "filtro" frente às cobranças indevidas [...] pergunta: como inibir tais órgãos, e de certa forma, também as pessoas (físicas e jurídicas), a não mais cometerem equívocos de apontamento irregular, no sentido de compeli-las à diligência incondicionada e ao respeito ao consumidor? Enfim, como educá-las? Estas questões nos levam a encontrar outra problemática da Súmula nº 385 do STJ, qual seja: a derrocada do caráter punitivo ou inibidor do dano moral e o descompasso da ementa com a jurisprudência do próprio tribunal.

Em contrapartida a súmula 385 do STJ, temo o Projeto de Lei n.º 276/2007, apresentado pelo Deputado Federal Léo Alcântara, que acrescenta ao art. 944 do Código Civil um novo parágrafo, com a seguinte redação: “Art. 944 (...) § 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Apesar deste projeto não abarcar todas as subfunções que a responsabilidade civil pode alcançar, o projeto consagra no ordenamento pátrio a função punitiva, mesmo que o desestímulo não seja a única função que *os punitive damages* podem assumir, o projeto busca uma nova interpretação e aplicação da responsabilidade civil sobre o enfoque da punição. Entretanto, na forma que o projeto se encontra, pode gerar alguns problemas, como o enriquecimento ilícito e desproporção na aplicação da pena civil.

---

<sup>381</sup> HERRERA, Luiz Henrique. **Súmula nº 385 do STJ: a supressão do abalo moral e a derrocada do dano moral punitivo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2190, 30 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13070>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

## CONCLUSÃO

O caso Samarco demonstra como o instituto da responsabilidade civil deve ser repensado, principalmente pelos vários vícios e ilícitos que a empresa Samarco (incluindo Vale, *BHP Billiton* e *BHP Billiton Brasil*) cometeu *ante factum* e *post factum*, citamos: a má conduta da *BHP Billiton* com a criação de sua subsidiária *BHP Billiton Brasil Ltda.*, tendo por objeto a “*desresponsabilização operacional*” do grupo, se revelando plenamente a partir do ingresso da Vale S.A. e de sua reestruturação societária como um modelo de *joint venture*; o financiamento de campanhas; desrespeito aos direitos humanos tendo como fulcro o desenvolvimento econômico; ações filantrópicas com fins vulgares; falta de um plano de contingência; falta de compromisso com aqueles que sofreram indiretamente e diretamente com o desastre; irresponsabilidade da empresa em alegar que não há nada tóxico nos rejeitos de minério de ferro liberados durante o acidente; discurso de desenvolvimento econômico e social em contraposição ao seu ilícito; a falsa investida da empresa em alegar ajuda aos lesados; falsa abordagem do poder midiático e da empresa Samarco, em alegar apenas um único dano ambiental – rompimento das barragens e; por fim, a responsabilidade demoníaca das empresas BHP, Samarco e Vale em transferir sua culpa à natureza e ao governo.

Quanto ao posição da empresa frente aos fatos, em entrevista ao portal G1, o diretor-presidente Ricardo Vescovi da empresa Samarco, argumentou que: não sabe os motivos do rompimento da barragem de Fundão, que a mesma era exemplo de modelo de operação; os custos serão altos, mas pretende voltar a funcionar o mais breve possível; o Rio Doce foi contaminado com lama, mas certamente a empresa e demais cooperadores iram recuperá-lo; que cadastrou pessoas impactadas direta e indiretamente e está trabalhando para mitigar os efeitos no meio ambiente; a discussão se a Samarco vai voltar ou não a operar virá em um outro momento mais a frente e aí vai depender da capacidade da empresa oferecer para sociedade alguma coisa que seja possível e da sociedade entender se ela quer ou não; não é possível garantir todos os empregos tendo em vista os danos; que a Samarco pede desculpas tanto às famílias que foram diretamente impactadas, que perderam entes queridos, quanto aos que foram indiretamente impactados, tantas pessoas ao longo do Rio Doce que estão perdendo alguma fonte de renda ou forma de vida. À população do Espírito Santo e Minas Gerais, a Samarco

também se desculpa. Nós estamos muito tristes, consternados e trabalhando para reverter e procurar soluções<sup>382</sup>.

Quanto a responsabilidade do Estado em perquirir pela culpa da empresa a súmula n. 467 do STJ, dita que “prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental”. Ou seja, como visto, anteriormente já havia vários danos ambientais de autoria da empresa Samarco, entretanto, o órgão administrativo não perseguiu tal responsabilidade, e pelo prazo de tempo, tais infrações devem estar prescritas, sendo que a penalidade dessas infrações poderiam responsabilizar a empresa e forçá-la a tomar medidas preventivas.

Em conclusão, entendeu-se que a responsabilidade civil muitas vezes assume um caráter diabólico (pois sempre conduz a transferência da responsabilidade), e por isso necessita de ser revista. Para tanto, em primeira análise, buscou-se a interpretação da palavra “responsável” na linguagem natural, depois abordou-se a questão da liberdade e de quem arca primeiramente com os danos, para aperfeiçoar a responsabilidade civil na linguagem jurídica. Teve-se como marco teórico a responsabilidade civil do doutrinador Nelson Rosendal pautada no *dever de cuidado* sob o signo da *prudência preventiva* para atender os preceitos punitivos que nos atentamos.

Conclui-se que a insuficiência das soluções oferecidas pela responsabilidade civil, como no caso Samarco, implica a necessidade de nova postura do ordenamento jurídico. A responsabilidade civil deve ser multifuncional, flexível e dinâmica, dando margens de operabilidade e interpretação do direito a ser aplicado ao caso concreto, não somente aos juristas, legisladores e administradores públicos, mas também a toda sociedade: desestimulando, prevenindo, punindo, reparando, estimulando, educando, corrigindo. Para tanto, foi necessário filiar-se a uma responsabilidade civil pautada no *dever de cuidado*, retornando a discussão da moral e da culpa, principalmente, na responsabilidade civil objetiva, fomentando a necessidade da teoria do risco ser observada juntamente com a culpa para atendermos a todas as funções e subfunções da responsabilidade civil. Pelo melhor termo

---

<sup>382</sup> VESCOVI, Ricardo. **Presidente da Samarco diz que ainda é cedo para saber causas de acidente: depoimento.** [25 de novembro de 2015]. Minas Gerais: Gazeta. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2015/11/presidente-da-samarco-diz-que-ainda-e-cedo-para-saber-causas-de-acidente.html>>. Acesso em: 20 de junho de 2016. Entrevista concedida a Carla Sá e Abdo Filho.

traduzido dos “*punitive damages*”, elegemos a *condenação punitiva* ou pena civil, mas se aplicado como “*punitive damages*” não acarreta prejuízo nenhum, como assim já o fez o STF.

Quanto a pesquisa histórica, com o avanço tecnológico e científico, a responsabilidade civil não foi sendo capaz de responsabilizar os infratores, para conseguir tal feito, foi criada a teoria do risco, na qual se tirou a necessidade da comprovação da culpa. Critica-se esse posicionamento, pois desvaloriza a conduta, para a responsabilidade civil objetiva, pouco importa se o agente causador de dano agiu com dolo ou culpa grave, importa-se apenas com aquele que sofreu o dano, tal posicionamento corrobora com o estímulos de novas condutas danosas à sociedade.

Construiu-se a responsabilidade civil multifuncional tendo quatro funções: compensatória, reparatória, precaucional e punitiva. A função precaucional possui 9 subfunções, sendo essas funções: restritiva; interditiva, proibitiva, probatória, informativa, incentivadora, deliberativa, investigativa e fiscalizatória. A função precaucional preventiva é primordialmente *ante factum* e secundariamente *post factum*. A função punitiva (*punitive damages*) assumiu as seguintes subfunções: função de justiça social; função preventiva de desestímulo ao cometimento de novos ilícitos; função punitiva; função educativa; função vingativa; função corretiva de vícios mercadológicos ou capitalistas. A função punitiva é primordialmente *post factum* e secundariamente *ante factum*.

Da função da responsabilidade civil entendeu-se que a clássica função (compensatória e indenizatória) não é mais capaz de atender todas as finalidades sociais de uma sociedade de risco, de informação, globalizada, complexa, plural, dinâmica e capitalista. Como se observou no caso Samarco, devem-se auferir novos mecanismos de controle do mercado e certificar os preceitos da ordem constitucional para assegurar a justiça social e os direitos humanos fundamentais.

Entendeu-se que a tutela civil é mais eficiente em suas funções preventiva do que a seara penal, que deve ser a *ultima ratio*. Quanto aos direitos humanos, a função corretiva de vícios mercadológicos ou capitalistas exerceria papel semelhante a eficácia horizontal dos direitos humanos. Quanto a aplicação dos *punitive damages* na responsabilidade civil, o STJ já aplica o instituto, mas com outro termo: “danos morais coletivo”. Entretanto, entende-se que o termo é errôneo, pois desmerece o instituto e as funções que ele exerce.

Quanto a aplicação dos *punitive damages*, assentou-se que primeiramente é necessário responder porque devem-se aplicá-los, posteriormente analisou-se a conduta e o ilícito, para depois responder os atributos objetivos e subjetivos. Na fixação da pena analisa-se a extensão

da gravidade da lesão, o grau de culpa do ofensor e a condição patrimonial do autor do ilícito, respeitando as regras de proporcionalidade e o artigo 8º do novo Código de Processo Civil.

Quanto a súmula 385 e o projeto de Lei n.º 276/2007, a primeira vai contra a aplicação dos *punitive damages* enquanto que o projeto regulamenta a punição.

A empresa Samarco, Vale e BHP devem responder objetivamente pelo risco integral, e ainda, deve-se aplicar-se os *punitive damages*. Quanto ao primeiro requisito o MPF com propriedade acertou o caminho, mas ao implementar os *punitive damages* como “danos morais coletivos” unicamente pela função pedagógica, abstraiu-se das outras funções que os *punitive damages* podem alcançar.

Respondendo as questões propostas nesse estudo: qual seria a função da responsabilidade civil neste caso, seria apenas ressarcitória e compensatória? Não, as funções ressarcitória e compensatória não são capazes de atender o clamor da sociedade civil, para isso necessário seria aplicar a responsabilidade civil multifuncional, principalmente a função punitiva. Apenas compelir a Samarco restituir ao *status quo ante* é o bastante para coibir novas tragédias dela e de outras empresas mineradoras? Certamente que não, a empresa utilizou-se de vários meios para se abster de sua culpa, além disso, não evitaria o cálculo econômico que o dano e sua reparação é mais vantajoso que a sua prevenção. Além disso, é possível que se volte ao *status quo* anterior? A resposta também é negativa, por isso, a prevenção *ante factum* é necessária, tanto na função punitiva quanto na função precaucional. Há novas estratégias preventivas? Sim, como visto no trabalho, temos a função precaucional e os *punitive damages*. E os direitos humanos violados? Pelo estudo do valor dado ao ilícito no ordenamento, entendemos ser passível punir a violação dos direitos humanos pelo valor *sintomático* e *casual*. Danos morais coletivos é sinônimo de *punitive damages*? Não, para o doutrinador Rosenvald é um eufemismo dos *punitive damages*, entretanto, este termo errôneo, coloca um véu sobre as demais funções que os *punitive damages* possuem, assentar essas funções, além de garantir um discurso de carga axiológica maior, também daria mais segurança ao que realmente se quer alcançar com a aplicação dos *punitive damages*.



## REFERÊNCIAS

A. H. SCHEINER. **Judicial Assessment of Punitive Damages, The Seventh Amendment and The Politics of Juri Power**, in Columbia Law Review, vol. 91, 1991.

ALMÉRI, Tatiana Martins. **Velocidade máxima, espaços reduzidos**. Revista Sociologia. Editora Escala. Disponível em: <<http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESSO/Edicoes/28/artigo170102-1.asp>>. Acesso em: 1 de janeiro de 2016.

AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: TARTUCE, FLÁVIO; CARTILHO, Ricardo. Direito (coordenadores). **Direito Civil: Direito patrimonial e Direito existencial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006.

AMMP. **AMMP e Caoma lançam campanha Mar de Lama Nunca Mais**. In: AMMP, Minas Gerais, 2016. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/institucional/mostrar-noticias/noticia/14627>>. Acesso em: 19 de junho de 2016.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2476068/nilson%20de%20castro%20di%C3%A3o%202003.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANTUNES, ANA. **Sociedade da Informação**. IN: FACULDADE DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. COIMBRA, 2008. Disponível em: <<http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2008007.pdf>>. Acesso em: 06 de março de 2016.

ARAÚJO, Alex. **Parentes fazem protesto e pedem que buscas por desaparecidos não parem**. Portal G1 MG. Globo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre->

ambiental-em-mariana/noticia/2015/11/parentes-fazem-protesto-e-pedem-que-buscas-por-desaparecidos-nao-parem.html>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

ARAÚJO, Vaneska Donato (Cord.). **Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 5 v.

BARRETO, Caroline Menezes. **O STJ e a teoria do risco integral na responsabilidade civil por dano ambiental**. IN: conteúdo jurídico. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-stj-e-a-teoria-do-risco-integral-na-responsabilidade-civil-por-dano-ambiental,51705.html>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. “**Aqui, lá e em todo lugar**”: **A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Trad. MELLO, Humberto Laporte. Disponível em: < [http://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade\\_humana.pdf](http://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf) >. Acesso em 06 de junho de 2016.

BARZOTTO, Luís Fernando. **Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. IN: PUCRS. Disponível em: < [http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Textos/pdf/DHEA\\_justica\\_social\\_old.pdf](http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Textos/pdf/DHEA_justica_social_old.pdf)>. Acesso em: 01 de julho de 2016.

BECK, Ulrich. Parte I: no vulcão civilizatório: os contornos da sociedade de risco. **Sociedade de risco rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERLIN, Isaiah. **Quatros ensaios sobre a Liberdade**. Tradução FERREIRA, Wamberto Hudson. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BIERCE, Ambrose. **Dicionário do Diabo**. Tradução por Rui Lopes. Lisboa: Tinta-da-China, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Decreto n. 25.899 de 24 de março de 2015.** Poder Executivo. Salvador, Bahia, março de 2015. Disponível em: <<http://www.sefaz.salvador.ba.gov.br/Documento/ObterArquivo/1252>>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015.** Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de Março. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974.** Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 19 de dezembro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6194.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de agosto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de julho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. . .** Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de setembro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.441, de 13 de julho de 1992.** Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 13 de julho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8441.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 455846/RJ.** Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 11/10/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 543.974-7 Minas Gerais**. Relator Min. Grau, Eros. Data de Julgamento: 26/03/2009. Data de publicação: DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-08 PP-01477. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4130696/recurso-extraordinario-re-543974-mg>>. Acesso em: 01/03/2016.

C. CALLEROS. **Punitive Damages**. Liquidated Damages and Clauses Pënales in Contract Action: A comparative Analysis of thw American Common Law and French Civil Code, in Brooklyn Journal of International Law, vol. 32, 2006.

CAPRIGLIONE, Laura. **Empresa da Vale cuida da cena do crime, exclui imprensa e povo, por Laura Capriglione**. Jornalistas Livres. GGN. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/empresa-da-vale-cuida-da-cena-do-crime-exclui-imprensa-e-povo-por-laura-capriglione>>. Acesso em: 03 de junho 2016.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª Ed. São Paulo-SP, Editora Malheiros.

CARVALHO, Douglas. **Multa imposta à Samarco corresponde a 9% do lucro da mineradora**. Correio Braziliense. EM. Disponível em: < [http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/11/12/interna\\_gerais,707374/multa-imposta-a-samarco-corresponde-a-9-do-lucro-da-mineradora.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/11/12/interna_gerais,707374/multa-imposta-a-samarco-corresponde-a-9-do-lucro-da-mineradora.shtml)>. Acesso em: 04 de julho de 2016.

CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. **Codificação, descodificação e recodificação - do monossistema ao polissistema jurídico**. In: Lex Magister. São Paulo. Disponível em: < [http://www.editoramagister.com/doutrina\\_26450826\\_CODIFICACAO\\_DESCODIFICACAO\\_E\\_RECODIFICACAO\\_DO\\_MONOSSISTEMA\\_AO\\_POLISSISTEMA\\_JURIDICO.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_26450826_CODIFICACAO_DESCODIFICACAO_E_RECODIFICACAO_DO_MONOSSISTEMA_AO_POLISSISTEMA_JURIDICO.aspx)> Acesso em: 01 de junho de 2016.

CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: ATLAS, 2015, 3 v..

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (e-book epud).

CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

CONSULTOR JURÍDICO. **STJ suspende acordo com a Samarco para recuperação ambiental**. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-01/stj-suspende-acordo-samarco-recuperacao-ambiental>>. Acesso em: 06 de julho de 2016.

DIAS, José De Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11<sup>a</sup> ed. rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DICIONÁRIO AURÉLIO. **Responsável**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/responsavel>>. Acesso em: 30/05/2016.

DICIONÁRIO MICHAELIS. **Responsável**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=respons%E1vel>>. Acesso em: 30/05/2016

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2014, 7 v.

EDITORIA DE WEB EM JORNALISMO. **MPF pede suspensão do acordo entre União e Samarco sobre barragem em Mariana**. In: Itatiaia. Disponível em: <<http://www.itatiaia.com.br/noticia/mpf-pede-suspensao-do-acordo-entre-uniao-e-samarco-sobre-barragem-em-mariana>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

EMERICH, Danilo. **Moradores pediram sirenes à Samarco, mas empresa negou**. In: O Tempo. (11/06/2015) Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/cidades/moradores-pediram-sirenes-%C3%A0-samarcomas-empresa-negou-1.1160171>>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Gabriel Murad Velloso et al. **A economia dos custos de transação sob uma análise crítica: perspectivas de aplicação no agronegócio**. In: XLIII Congresso da Sober “Instituições, Eficiência, Gestão e Contratos no Sistema Agroindustrial”. Disponível em: < <http://www.sober.org.br/palestra/2/811.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, 4 v.

GRAU, Roberto Eros. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2014.

GRECO, Leonardo. **DIREITO PENAL DO INIMIGO**. In: ROGÉRIO GRECO SITE OFICIAL. Artigo. Disponível em: < <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 13 de junho de 2016.

HERRERA, Luiz Henrique. **Súmula nº 385 do STJ: a supressão do abalo moral e a derrocada do dano moral punitivo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2190, 30 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13070>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

HOCK, Dee. **Nascimento da Era Caórdica**. Tradução SALUM, Carlos A. L.; FRANCO, Ana Lucia. 5ª edição. São Paulo: Cultrix, 2006.

HOMA. **RELATÓRIO REUNIÃO COM O GRUPO DE TRABALHO DA ONU SOBRE DIREITOS HUMANOS, EMPRESAS TRANSNACIONAIS E OUTRAS EMPRESAS EM MARIANA, MINAS GERAIS**. Mariana, 12 de Dezembro de 2015. Disponível em: < <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2015/12/Relato%CC%81rio-Final-Visita-a%CC%80-Mariana-e-reunia%CC%83o-com-GP.pdf>>. Acesso em 14 de junho de 2016.

IBAMA. **Mineradora Samarco é multada em R\$250 milhões por catástrofe ambiental**. Disponível em: < <http://www.ibama.gov.br/publicadas/samarco-e-multada-em-r250-milhoes-por-catastrofe-ambiental>>. Acesso em: 01 de junho 2016.

JOÃO, Padre. **Nota Pública Da Presidência Sobre A Homologação Do Acordo De Mariana. Portal PT na Câmara.** Disponível em: < <http://www.ptnacamara.org.br/index.php/manchetes/item/27470-tragedia-de-mariana-comissao-de-direitos-humanos-repudia-acordo-entre-samarco-e-poder-publico>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

JÚNIOR, Onofre Alves Batista; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **Pulverização de ações contra a Samarco requer reunião em juízo único.** Consultor Jurídico. Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/pulverizacao-acoes-samarco-requer-reuniao-juizo-unico#\\_ftn4](http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/pulverizacao-acoes-samarco-requer-reuniao-juizo-unico#_ftn4)>. Acesso em 04 de junho de 2016.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito.** Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, HANS. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIEFER, Sandra. **Mariana vê avalanche de solidariedade após rompimento de barragem.** EM. Disponível em: < [http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/12/14/interna\\_gerais,716909/marina-ve-avalanche-de-solidariedade-apos-rompimento-de-barragem.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/12/14/interna_gerais,716909/marina-ve-avalanche-de-solidariedade-apos-rompimento-de-barragem.shtml)>. Acesso em: 05 de julho de 2016.

LISBOA, Luciene. **Exportação da Samarco tem alta de 51,27%.** Diário do Comércio. Disponível em: < [http://diariodocomercio.com.br/noticia.php?tit=exportacao\\_da\\_samarco\\_tem\\_alta\\_de\\_51,27&id=33088](http://diariodocomercio.com.br/noticia.php?tit=exportacao_da_samarco_tem_alta_de_51,27&id=33088)>. Acesso: 05 de julho de 2016

MACADO, Viviane. **Lama no Rio Doce: linha do tempo mostra o desastre no Espírito Santo.** Portal G1 MG. Globo. Disponível em: < <http://g1.globo.com/espírito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2016/05/lama-no-rio-doce-linha-do-tempo-mostra-o-desastre-no-espírito-santo.html>>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

MAGALHÃES, Alex Pacheco. **A 4ª (quarta) velocidade do direito penal.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: < <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=11272>. Acesso em: 25 junho 2016.

MAGNO, Douglas. **ONU diz que responsabilidade por Mariana também é do governo.** ESTADÃO. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/12/15/responsabilidade-por-mariana-tambem-e-do-governo-diz-onu.htm>>. Acesso em 03 de junho de 2006.

MANENTI, Caetano. **Do lucro à Lama.** Revista Greenpeace. 4ª edição. Disponível em: <<http://revistagreenpeace.org/edicao/4/mariana/>>. Acesso em: 04 de julho de 2016.

MEDEIROS, Manaira. **Organizações denunciam acordo firmado com a Samarco/Vale-BHP à ONU.** Século Diário. Disponível em: <<http://seculodiario.com.br/28750/10/entidades-denunciam-acordo-firmado-com-a-samarcovale-bhp-a-onu>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

MILL, John Stuart. **On Liberty** (1859), ed. Elizabeth Rapaport, Indianápolis: Hackett Publishing Company, 1978.

MPF. **MPF entra com ação para total reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem da Samarco.** IN: Procuradoria da República em Minas Gerais: Ministério Público Federal. Minas Gerais, 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-entra-com-acao-para-total-reparacao-dos-danos-sociais-ambientais-e-economicos-causados-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-1>>. Acesso em 04 de junho de 2016.

NADDEO, André. **'Sociedade clama por respostas', diz promotor do caso Samarco.** Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1717590-sociedade-clama-por-respostas-diz-promotor-do-caso-samarco.shtml>>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

NADER, Paulo. Conceito de Responsabilidade Civil. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 6ª ed, rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (e-book epud).

NOGUEIRA, Marta. **ONU cobra mudança de postura da Vale, BHP e governo diante de desastre em Mariana.** Reuters Brasil. Disponível em: <



<http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN0TE2WY20151125?pageNumber=2&virtualBrandChannel=0>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

ONU. 1992. **DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (1992)**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 01 de junho de 2016.

PIMENTEL, Taís. **MPF pede R\$ 155 bilhões em ação civil contra Samarco, Vale e BHP**. In: G1 MG. Minas Gerais, março de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/05/mpf-pede-r-155-bilhoes-em-acao-civil-contrasamarco-vale-e-bhp.html>>. Acesso em: 12/06/2016.

PoEMAS. **Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG)**. Mimeo. 2015.

PORTAL G1 MG. GLOBO. **Municípios atingidos por lama terão mais R\$ 2 milhões do governo federal**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/04/ministerio-da-saude-repassa-mais-r-2-mi-cidades-atingidas-por-lama.html>>. Acesso em: 03 de junho 2016.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade Civil**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 4 v.

ROSEVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas: 2014, pg.19.

SALDIVA, Paulo. **Mariana é o maior desastre ambiental do Brasil: depoimento**. [16 de novembro, 2015]. SÃO PAULO: Brasileiros. Disponível em: <<http://brasileiros.com.br/2015/11/mariana-e-o-maior-desastre-ambiental-ocorrido-no-pais/>>. Acesso em: 03 de junho 2016. Entrevista concedida Mônica Tarantino.

SANDEL, Michael J. **JUSTIÇA: o que é fazer a coisa certa**. 20ª ed. Trad. SANDEL, Michael

J. JUSTIÇA: o que é fazer a coisa certa. 20ª ed. Trad. MATIAS, Heloísa; MÁXIMO, Maria Alice. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, pg.264.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9a.ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Universidade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SMITH, Paul. Capítulo 6: princípios limitadores da liberdade. **Filosofia Moral e Política: principais questões, conceitos e teorias**. Trad. Soraya Freitas. São Paulo: Madras, 2009

SOBRAL, EMILY. **Samarco, cadê o plano de emergência da mineradora em Mariana?** In: Blog Emily Sobral. Disponível em: <<http://segurancaocupacionais.com.br/samarco-cade-o-plano-de-emergencia-da-mineradora-em-mariana/>>. Acesso em 06 de junho de 2016.

SOUSA, Giselle. **TRF-1 homologa acordo de recuperação entre a Samarco e governos**. Desastre em Mariana. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/trf-homologa-acordo-recuperacao-entre-samarco-governos>>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

STJ AgRg no REsp: 1003126 PB 2007/0261672-3, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 01/03/2011,T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2011.

STJ - REsp: 1269494 MG 2011/0124011-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/10/2013.

STJ - REsp: 1303014 RS 2011/0185365-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/12/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2015.

STJ. **Dano moral coletivo avança e inova na jurisprudência do STJ.** In: jusbrasil. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3153339/dano-moral-coletivo-avanca-e-inova-na-jurisprudencia-do-stj>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

REPOSITÓRIO. **Vivendo na Sociedade de Risco: aspectos gerais do risco no pensamento de Ulrich Beck.** Disponível em: <[http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1730/6/21816\\_ulfl061014\\_tm\\_cap1.pdf](http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1730/6/21816_ulfl061014_tm_cap1.pdf)>. Acesso em: 02/05/2016.

TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil e o Direito Civil Constitucional. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 3ª ed. São Paulo: GEN, 2008, 2 v.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 2 v., págs. 804 à 805.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região (SistCon1). **Ata de Audiência.** Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ata-audiencia-homologacao-acordo.pdf>>. Acesso em: 04 de junho de 2016, páginas 2 e 3.

TUNCAK, Baskut. Reunião. **In: Visita do Grupo de Trabalho da Organização das Nações Unidas ao Brasil.** Mariana, MG. 12 dez. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie.** 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, 3 v., p.464.

VESCOVI, Ricardo. **Presidente da Samarco diz que ainda é cedo para saber causas de acidente: depoimento.** [25 de novembro de 2015]. Minas Gerais: Gazeta. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2015/11/presidente-da-samarco-diz-que-ainda-e-cedo-para-saber-causas-de-acidente.html>>. Acesso em: 20 de junho de 2016. Entrevista concedida a Carla Sá e Abdo Filho.

WALD, Arnoldo. Capítulo 2: 3. Responsabilidade jurídica: a relação conceitual entre obrigação e dever. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 7 v. (e-book epud).

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, 1 v.