

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 147 • Novembro 2012

A close-up, three-quarter profile portrait of a man with dark hair, wearing a dark blue pinstriped suit jacket, a white shirt, and a dark tie with small white polka dots. He is looking slightly to the right of the frame with a neutral expression. The background is dark and out of focus.

Ministro Francisco Falcão

“PODEMOS SER DUROS E ELEGANTES”

Editorial: A imprensa e o mensalão

Evolução da Responsabilidade

Inexistência de punição na Responsabilidade

Civil brasileira

Margareth Michels Bilhalva | Advogada

Para compreender a Responsabilidade Civil Ambiental é importante traçar uma retrospectiva do instituto da responsabilidade civil, para que se possa concluir, ao final, pela inexistência de caráter punitivo no âmbito da responsabilidade civil, sob pena de se reconhecer um retrocesso.

Historicamente, Hamurabi (2.067-2025 a. C) foi o rei da dinastia amorita e reunificador da Mesopotâmia e fundador do Primeiro Império Babilônico, que era despótico e centralizador. Na época do seu reinado ocorreu também a centralização jurídica, com a elaboração de “código de leis”, especialmente o Código Hamurabi, no qual vigorava a lei *olho por olho, dente por dente*. Esta lei tinha como fundamento a vingança, a troca do mal feito, por mal em igual (ou até em maior) proporção. Embora não se possa extrair do seu texto a ideia de responsabilidade, pode-se identificar que os delitos eram apenados não com a reparação monetária ou compensatória, mas com penas físicas contra a pessoa, tais como a morte. Nesta época, a responsabilidade aqui está intimamente ligada à pena como vingança.

Posteriormente, de relevante, vigorou a repressão como forma de satisfação da divindade ofendida pelo crime, dentro de um sistema teocrático. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a

intimidação. Relativo a este período, deve ser mencionado Manu (1.300 a 800 a.C), progênie de Brahma, na Índia, e o seu Código de Manu, considerado o mais antigo legislador do mundo, onde não havia as penas capitais, pois evoluíram em boa medida para penas de danos físicos que, contudo, eram desumanas. De toda sorte, a responsabilidade está ligada à ideia de pena física e há grande diferença de classes/castas. Não obstante, já surge nesta época da história também uma noção de reparação monetária, devida, no entanto, ao rei, ente divino.

Evolui-se, então, para a fase da vingança privada, sendo, na linha histórica, a Lei das XII Tábuas (também chamada simplesmente *Lex*), em 451 a.C, uma das primeiras leis que eliminava as diferenças de classes, já nos moldes da nova forma de governo republicana em Roma, sendo a origem mais remota do Direito Civil. Neste período da fundação de Roma, a pena ainda era utilizada com caráter sacral, confundindo-se a figura do Rei e do Sacerdote, ambos com poderes ilimitados, numa verdadeira simbiose de Direito e Religião, terminando o período clássico de Roma. Todavia, já não era mais possível fazer justiça pelas próprias mãos, devendo o lesado se contentar com a composição fixada pela autoridade, havendo, portanto, a evolução definitiva da vingança privada para o princípio de que não é lícito a ninguém fazer justiça pelas próprias mãos.



Assim, quando da formação da república de Roma, a responsabilidade ainda passava por uma ideia de vingança, como meio de reparação à lesão. Nesta época, havia a Lei das XII Tábuas (Tábua VIII – Dos Delitos), na qual vigorava a “lei do talião”, impregnada de um conceitual primitivo de responsabilidade. Evolui-se, em razão do fato de ser grande o número de infratores, que caracterizavam populações deformadas, o sistema *talion* evoluiu para a composição/reparação, no qual o infrator comprava sua liberdade, livrando-se do castigo físico.

Com a evolução do Direito Romano, inspirado na filosofia de ARISTÓTELES, tinha-se como fonte primeira a natureza e não a lei, muito embora seja inegável sua importância já naquela época. Durante o Império Romano, quando se imputava responsabilidade a alguém por determinado fato ou ato, havia a imputação de uma pena e a correspondente reparação, muito embora se sustente que o “termo” responsabilidade ainda não existisse. Responder significava aplicação de uma pena coercitiva ligada à ideia de punição, ou sua substituição/cumulação para minimização de uma reparação, mas já existia o caráter retributivo. Desta maneira, a responsabilidade tinha dois lados: a reparação e a pena, como duas faces de uma mesma moeda.

Não havia, contudo, ainda a diferenciação da responsabilidade em civil, penal, quicá administrativa. Com o advento da *Lex Aquilia de Damno*, no século III a.C, a ideia, no entanto, evoluiu para que o patrimônio do agente suportasse o ônus da reparação, passando-se para uma “vingança pública”, ou “fase pública” da responsabilidade. Na época de Justiniano, houve a formação da responsabilidade aquiliana em contraponto à contratual, sendo a mais remota origem do elemento culpa para autores como DIAS e MORATO.

Com o advento da Idade Média e a fusão (corrupção) do sistema jurídico com a Igreja, ocorreu um desmembramento, pela primeira vez, da responsabilidade como reparação (aspecto civil) e da pena (aspecto penal). Este período histórico é marcado pela metafísica do divino. Sem dúvida, os atributos e os méritos (ou deméritos) da criação do instituto jurídico da culpa são da Igreja. Por intermédio do Cristianismo, a partir da noção de pecado, foi desenvolvido o instituto jurídico da culpa. Nesta fase, a responsabilidade já havia evoluído para a existência de duas modalidades reparatórias (compensação e pena), pois naquela época de forma incipiente e original, em certa medida, havia a responsabilidade civil (com a ideia de reparação) e a penal (com a ideia de pena). Contudo, na Idade Média, outros ramos do Direito, tais como o administrativo, não tinham espaço para florescer, em razão do fato de as monarquias absolutistas centralizarem todo o poder no soberano.

Com a revolução burguesa, definitivamente a máxima não era mais a pessoa e sim seu patrimônio. Vivencia-se uma migração do foco jurídico, da pessoa para o seu patrimônio, no tocante à responsabilidade de um modo geral, com ênfase no aperfeiçoamento do instituto da responsabilidade, por meio da fusão definitiva da esfera civil e penal. Isto porque houve o fortalecimento das moedas com o escambo no entorno dos burgos. Os valores jurídicos, utilizados para solução das controvérsias, foram deslocados da pessoa para o seu patrimônio individual, a partir do sistema de equivalências.

Nesta linha, a partir da revolução burguesa, a Igreja deixou paulatinamente de ser confundida com o próprio Estado, sendo o absolutismo gradativamente dissolvido, havendo o rompimento desta associação. A questão da responsabilidade, então, se resolvia primordialmente por meio da constrição do patrimônio, não obstante tivesse sido mantida a tradição da culpa que foi criada pelo domínio da Igreja durante a Idade Média.

O Estado autônomo, em formato mais similar ao atual, começa a ser moldado. A resposta jurídica para questões de responsabilidade civil, aferida por meio da existência

“Nessa linha da história, pode-se afirmar que a sociedade gira em torno de causas e consequências. A descrição e comprovação da existência de dano e sua evolução ultima-se na teoria do risco concreto.”

ou não de culpa, resolvia-se com a restituição do prejuízo ou dano equivalente, ou perdas e danos traduzidos para valores monetários. Tudo – ao fim e ao cabo – era uma questão monetária, quer seja a responsabilidade originada de contrato, quer seja a aquiliana.

Desta maneira, as respostas (a responsabilidade) tradicionalmente foram concebidas a partir dos efeitos das condutas (danos) e não a partir das condutas em si. A responsabilidade penal foi concebida como *ultima ratio* do sistema, para aquelas condutas típicas, criminalmente reprováveis. A lesividade, neste caso, é ínsita à conduta. De toda sorte, todas as questões se resolviam com base na relação de causa e efeito para instituição de reparação ou aplicação de pena.

A sociedade foi construída em bases (quase que exclusivamente) individualistas, não se preocupando, portanto, o sistema do direito com questões transindividuais, difusas ou coletivas nos moldes atuais.

Com o advento da revolução industrial, os parâmetros da sociedade foram totalmente alterados, em decorrência da mecanização dos meios de produção, que deixaram de ser rudimentares e essencialmente rurais e agrícolas, mas passaram a ser de produção em massa e larga escala. Nessa linha da história, surge o Estado fortalecido e com ele a responsabilidade administrativa, dentro do Direito Administrativo, a partir do século XVIII e início do século XIX.

De outra parte, a massificação dos meios de produção fez com que o direito encontrasse uma nova resposta para o sistema de responsabilidade civil até então existente,

passando a tratar a questão da responsabilidade civil – ainda separada da penal – objetivamente. A grande evolução aqui é o abandono da necessidade de aferição ou prova da existência de culpa decorrente de ato ilícito (responsabilidade objetiva) e também a criação da responsabilidade solidária (ainda restrita a certos casos onde haja lei ou o contrato assim estipule). Aliás, cumpre referir que, até a revolução industrial, a responsabilidade, especialmente a civil, existe apenas após o cometimento de ato ilícito ou violação de contrato, ou seja, a partir da violação de normas, sem o que, não há se falar em responsabilidade.

Tal assertiva, inclusive, tem a mesma valia para a aferição da responsabilidade administrativa, que pressupõe uma conduta violadora de normas e regras e para a responsabilidade penal, amparada na adequação estrita ao tipo penal que prescreve condutas a partir de sua ilicitude, muito embora sua mistura com o Direito Ambiental, para parte da doutrina, lhe imprima um caráter preventivo.

Com efeito, na era da modernidade ou industrial, a responsabilidade civil está lastreada no ato ilícito, no nexo de causalidade e no dano. Já a responsabilidade administrativa e penal é concebida levando em consideração a tipicidade administrativa ou criminal respectivamente, mediante o cometimento de uma conduta dolosa, como regra. A responsabilidade por ato omissivo ou culposos é a exceção.

Ademais, na modernidade, já surgem algumas modalidades de responsabilidade objetiva, como dito, no âmbito da responsabilização civil, onde já não é mais necessária a prova da existência de culpa. Os seus pressupostos incluem (ou não), conforme o caso, o modal culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

Nessa linha da história, pode-se afirmar que a sociedade gira em torno de causas e consequências. A descrição e comprovação da existência de dano e sua evolução ultima-se na teoria do risco concreto.

Na sociedade pós-industrial ou da pós-modernidade, há doutrina basilada que sustenta ser apenas necessária para o reconhecimento da responsabilidade uma coordenação e cooperação de todos os atores envolvidos, que, no caso da responsabilidade ambiental, são a própria sociedade, através da presente geração e até das futuras gerações dotadas de interesses juridicamente protegidos. Com a formação da sociedade de risco, surgem as variáveis das teorias do risco (criado, da atividade, administrativo, integral, etc.).

No entanto, deve-se desconstruir a irresponsabilidade organizada construída na pós-modernidade, que assegura um anonimato em torno da responsabilidade ambiental. Nesta altura da história, existem três esferas clássicas de responsabilidade ambiental: administrativa, penal e civil,

ainda que esta última responsabilidade seja estipulada de forma objetiva. Desta maneira, o § 3º do artigo 225 da Constituição Federal estabelece que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores (pessoas físicas ou jurídicas) à responsabilidade administrativa, penal e civil, conforme o caso.

Assim, a exigência, por intermédio da responsabilidade civil, de indenização, de adoção de condutas (obrigações de fazer), ou o abandono de outras (obrigações de não fazer), não tem a conotação de uma penalidade ou pena agregada. Deste modo, exceto em casos de descumprimento, cuja exigência deve ser realizada pela via judicial (podendo neste caso haver a exigência de *astreintes*), no mais das vezes, este tipo de responsabilidade ambiental civil não possui, juridicamente, agregada a imputação de uma penalidade. A exigência a ser postulada é a exata medida da recuperação ambiental necessária ao ressarcimento do dano.

Embora existam autores que postulam por uma responsabilidade civil agregada à pena, por conta justamente do elevado custo social da permissão de sua ocorrência, trata-se de um equívoco. Ora, a pena é um instituto basilar de outras esferas de responsabilidade, tais como a administrativa – decorrente do exercício do poder de polícia – e propriamente, por excelência, da responsabilidade criminal. Além de representar um retrocesso histórico, como acima demonstrado, à era do Império Romano, ignora-se toda a evolução do sistema de responsabilidade civil até aqui traçado.

Desta maneira, compete à responsabilidade criminal ou penal imputar a pena. Propostas como tais, de impor penalidade no âmbito da responsabilidade civil, somente seriam aceitáveis se a Constituição Federal não tivesse estabelecido claramente também a responsabilidade penal (dentro do subsistema jurídico criminal) em matéria ambiental e o sistema jurídico brasileiro fosse similar ao americano (onde tudo se resolve em um único processo – *class action*). Acredita-se que entendimento contrário, em matéria ambiental, implicaria a possibilidade de se apenar e aplicar o instituto da pena – na verdade - três vezes em decorrência do mesmo fato, o que seria a configuração de um verdadeiro Estado de exceção e um retrocesso, com a completa negação de nossa tradição. Isto porque haveria a imputação de pena civil, pena administrativa e pena criminal. Por todo o exposto, o Poder Judiciário não pode acolher postulações nas quais procura-se agregar a punição no âmbito da responsabilidade civil. 

As notas de rodapé deste artigo foram suprimidas para composição da revista, com anuência da autora. A íntegra está disponível no site editorajc.com.br