

## **Responsabilidade Ambiental e as Teorias de Justiça: um novo paradigma rumo à justiça ambiental distributiva?**

Virginia de Carvalho Leal<sup>1</sup>

Doutoranda na Universidad de León – Espanha

“Personal Investigador en Formación (FPI – MEC)”

### **Resumo**

O presente trabalho propõe-se a analisar a progressiva mudança do paradigma tradicional da responsabilidade civil – baseada na imputação individual para uma espécie de responsabilidade coletiva, que tende a distribuir riscos e perdas ambientais.

**Palavras-chave:** responsabilidade, justiça corretiva, paradigma distributivo, dano ambiental.

### **Abstract**

This study aims to analyze the progressive shift from the traditional paradigm of liability - based on individual charging – to a kind of collective responsibility, which tends to distribute risks and environmental losses.

**Keywords:** Tort Law, corrective justice, distributive paradigm, environmental damage.

---

<sup>1</sup> Esse trabalho é escrito e desenvolvido no marco do projeto de investigação DER2010-19897C02 “Modelos de Razonamiento, tipos de argumentos, estructuras argumentativas en la decisión judicial” (Ministerio de Economía y Competitividad – Espanha), do qual o Prof. Dr. Juan António García Amado é o investigador principal, e em cuja equipe de trabalho é parte a autora como bolsista.

No contexto da responsabilidade ambiental atual inegável é a tendência à progressiva mudança no critério de imputação em relação aos danos ecológicos: nota-se uma gradual substituição do critério de responsabilidade individual a um enfoque coletivo. Um contexto em que a ideia de justiça distributiva busca ocupar o primeiro plano, deixando para trás a ideia de correção e compensação individual.

O que se propõe e o que se visualiza atualmente, por exemplo, é uma mudança do paradigma tradicional da responsabilidade civil – baseada na imputação individual, sobretudo – a uma espécie de responsabilidade coletiva, que tende a distribuir riscos e perdas. Advoga-se, pois, por uma progressiva mudança paradigmática desde as teorias de justiça comutativa ou corretiva à justiça distributiva, justificando gerar um efeito positivo da regra de responsabilidade e uma maior proteção ambiental.

Não é nosso objetivo nesse trabalho estudar toda a teoria da justiça em profundidade, desde os clássicos até a modernidade, muito menos esgotar os aspectos que diferenciam uma e outra teoria. A intenção é apenas acercar-nos às concepções clássicas e dedicar especial atenção às ideias de justiça distributiva e corretiva para, a partir desse enfoque, trabalhar essas teorias frente os problemas de responsabilidade ambiental que – segundo queremos demonstrar – vêm exigindo ou, ao menos, vem-se percebendo uma mudança de paradigma em direção à distribuição dos riscos e perdas ambientais.

Não nos vai interessar muito menos voltar à questão “que é justiça?”, amplamente debatida ao largo de séculos, de Platão a Kant. Tampouco nos ocuparemos aqui da descrição pormenorizada de todos os detalhes da doutrina jusfilosófica da justiça de Aristóteles, mas sim sublinhar suas principais colaborações ao que hoje é discutido sobre as teorias de justiça distributiva e justiça corretiva, e suas implicações diretas ou não no Direito de danos.

No mundo anglo-saxão, desde os anos 50 do século passado, percebia-se uma tradição de pensar filosoficamente a responsabilidade extracontratual, y desde a década de 60 e início dos nos 70 que a literatura sobre a responsabilidade extracontratual e o Direito de danos se dividiu e duas grandes correntes: de um lado, a visão econômica que sustenta a responsabilidade extracontratual como um instrumento para a maximização da riqueza social e com base no principio da

eficiência; de outro lado (ou, quiçá, não tanto do outro lado assim)<sup>2</sup>, os que sustentam que a responsabilidade extracontratual não é mais que a realização institucionalizada da justiça corretiva e que enfatiza a importância de conceitos morais que exigem retificar as interações injustas através do dever de compensar os danos ocasionados e o correlativo dever da vítima de ser indenizada.

A análise econômica do Direito (a partir de agora, AED) aplica as teorias e os métodos da economia às instituições centrais do sistema jurídico, mas não se restringe apenas a isso. Vê o Direito como um conjunto coerente, racional e determinado, e que pode ser explicado e justificado pelo princípio da eficiência econômica.<sup>3</sup>

No primeiro apartado, iremos até Aristóteles e sua teoria da justiça para repassar o que aquele autor entendia por justiça corretiva e justiça distributiva, e os fundamentos que plantou na doutrina da responsabilidade civil extracontratual a partir da sua teoria da justiça corretiva, e em que especificamente ela se distingue da justiça distributiva.

O apartado segundo dedicaremos a uma breve análise da doutrina ou AED, e a consequente análise econômica do Direito de danos, seus principais aspectos e aplicação à atual responsabilidade por danos ambientais.

Em seguida, dedicaremos o terceiro apartado a discussões mais específicas a partir de exemplos aplicados da responsabilidade ambiental e do dano ambiental puro, com especial atenção a essa progressiva mudança paradigmática que aponta a uma responsabilidade não pautada em uma justiça corretiva de compensação e reparação do dano ambiental, mas condicionada à progressiva distribuição dos danos e dos riscos ambientais.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido Diego Papayannis, por exemplo, defende que não estão contrapostas e sustenta tratar-se inclusive de um falso dilema apresentado pela doutrina do Direito de danos. (Papayannis, 2012)

<sup>3</sup> A tese conceitual sustenta que as instituições, a doutrina e os procedimentos jurídicos podem ser explicados através da reconstrução racional que demonstra que o Direito promove a eficácia; enquanto a tese normativa sustenta que a eficácia seria o critério que legitima a doutrina, instituições, procedimentos jurídicos sendo, pois, uma teoria instrumental.

### *1. Aristóteles e suas teorias de justiça corretiva e distributiva*

As ideias de Aristóteles sobre a justiça corretiva, relatadas em sua obra “*Ética a Nicômaco*”, representam o ponto de partida para muitos dos que buscaram uma explicação filosófica ao Direito de danos. Segundo James Gordley, Aristóteles logrou oferecer melhor base ao Direito da responsabilidade civil extracontratual que jamais conseguiram lograr os teóricos contemporâneos. Assim, muitas das análises atuais do Direito de danos valem-se das teorias de justiça de Aristóteles e mais especificamente da concepção de justiça corretiva como base de justificação da responsabilidade extracontratual. (GORDLEY, 1995: 71)

Passados mais de dois milhões de anos, Aristóteles segue sendo a referência originária da que se deve partir quando se decide falar de justiça, e nesse caso de justiça corretiva. Ao fim e ao cabo todos os caminhos levam a Aristóteles, e é inegável o alcance e a importância da sua doutrina – amplamente debatida e difundida – bem como a sua contribuição para a teoria da responsabilidade jurídica atual.

Começar o estudo pelas teorias de justiça de Aristóteles tem especial sentido porque sua concepção bipartida de justiça (corretiva e distributiva) não só ocupou o pensamento, por gerações, das mais brilhantes mentes da filosofia, do Direito e da teologia, mas também e inegavelmente, as encruzilhadas e teorias do direito moderno de dano não podem ser vistas separadas ou apartadas de suas bases, que estão escritas por aquele autor. (ENGLARD, 2009)

Ambas as aproximações são de crucial importância para o problema da responsabilidade. São teorias também concebidas e baseadas na equidade ou nos direitos, e que entram em conflito com as concepções baseadas no bem estar, na utilidade e no interesse em geral. Preocupam-se mais em focar as relações baseadas na vítima, no dano e causante do dano do que na minimização dos custos. Uma breve mirada atrás nos ajudará a compreender melhor os atuais debates e a propor e buscar nossas respostas aos problemas que apresentamos sobre o tema da responsabilidade por danos ambientais.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Sem embargo, os que desejam aprofundar no pensamento e autores anteriores à era moderna, conferir ENGLARD, 2009.

Aristóteles estabelece uma divisão da justiça particular em distributiva e corretiva. A justiça distributiva, como seu próprio nome indica, refere-se e tem a ver com a justa distribuição dos bens sociais, aqui incluídas as cargas públicas (como os impostos, por exemplo) e as honras. O segundo tipo – justiça comutativa ou corretiva – denomina-se aquela que implica atos voluntários das partes e também aquela que implica ato involuntário por uma das partes e que configura um dano à outra.

A ideia de Aristóteles é que, se há dois tipos de situações, cada uma delas requer um tipo diferente de justiça. Numa, a justiça é orientada à criação de um novo estado de coisas (que seria a justiça distributiva), enquanto que o objetivo da outra é estabelecer certo equilíbrio entre as partes (justiça corretiva). Para o autor, ambas justiças implementam igualmente a ideia de igualdade restrita, assim como são igualmente apropriadas para lograr a justiça, ainda que cada uma de maneira diferente, segundo a situação básica exija. O justo seria o proporcional e o injusto o que vai contra o proporcional. A justiça distributiva dos bens comuns será sempre conforme essa proporção.

Aristóteles sugere que o mérito deve ser a base para a distribuição, e uma vez que se estabeleça a proporção, o justo será exatamente a distribuição de acordo com o estabelecido nessa proporção. Em resumo, o justo será o proporcional. O mérito não se refere a uma concepção particular, mas sim ao que cada um deve receber ou merece receber, segundo o critério de distributivo assumido. Assim, a justiça distributiva requer um critério de distribuição, qualquer que seja esse critério, e a partir desse critério será estabelecida a igualdade nas proporções. Importante sublinhar que essa igualdade é uma igualdade em proporções, não uma igualdade em bens. (ARISTÓTELES, 1970: 1131a 25-27)

Partindo das teorias de justiça de Aristóteles, o que exige a justiça distributiva é que a proporção entre as porções distributivas seja igual à proporção entre os méritos (sob o critério escolhido) de cada um. Identificam-se três elementos na justiça distributiva: o que se distribui, seja o benefício ou a carga; as pessoas ou partes entre as que se distribui a carga ou benefício, e o mérito ou critério de acordo com que se vá buscar a igualdade proporcional.

A justiça corretiva, por sua vez, parte da igualdade aritmética. A lei apenas se fixa na natureza do dano e tratará a ambas partes de igual maneira, seja ao que comete a injustiça ou ao que a sofre. Aplica-se quando um adquire mais (ou menos) que a própria parte legítima, como consequência de um dano causado a outra pessoa. Trata-se de não ter nem mais nem menos do que tinha cada uma das partes antes de ocorrido o dano, mas sim “o mesmo” que se tinha antes da decisão. (ARISTÓTELES, 1970: 1132a18)

O princípio Aristotélico de justiça corretiva se reduz, assim, a que ninguém deve ganhar através da perda do outro, que pode servir de base geral para explicar a responsabilidade por danos causados.

Ao tratar sobre a justiça comutativa ou corretiva Aristóteles destaca que é uma forma de justiça diferente da anterior e quem tem lugar nas relações interpessoais, nos modos de trato entre as pessoas, sejam esses voluntários ou involuntários. Portanto, na justiça corretiva, que parte da igualdade aritmética, a lei apenas se fixará na natureza do dano e tratará a ambas partes de igual maneira, seja a que comete a injustiça ou a que a sofre. Aplica-se quando um adquire mais (ou menos) que a própria parte legítima, como consequência de um dano causado a outra pessoa.

O que protege a justiça corretiva são os direitos completamente igualitários e não se tomará em conta a índole do beneficiário ou do prejudicado, nem tampouco quaisquer de suas situações pessoais, mas sim devem ser tratados como iguais e a partir da imparcialidade da lei.

Essa imparcialidade deve ser vista também na aplicação da lei pelos juízes e aplicadores, que devem procurar igualar, através da punição do dano causado, as desigualdades criadas entre as partes ou a injustiça causada pelo dano (já que o injusto na justiça corretiva aristotélica é a desigualdade).

Trata-se de não ter nem mais nem menos do que cada parte tinha antes de ocasionado o dano, mas sim “o mesmo” de antes. Assim, esse seria o termo médio entre a perda e a ganância.

Esta famosa análise de Aristóteles sobre a noção de justiça que acabamos de ver exerceu uma enorme influencia através dos séculos e todavia é motivo e objeto de muito debate, ainda que sempre tenham coincidido em que o princípio da justiça

corretiva tenha sido pensado para reger diretamente as transações privadas entre indivíduos, enquanto que o conceito de justiça distributiva agrega os princípios que deverão regular a justa distribuição de cargas e benefícios comuns entre indivíduos ou grupos de indivíduos. Assim, comum à divisão que a justiça distributiva se alinha especialmente ao Direito Público e em especial ao Direito constitucional, administrativo e tributário buscando proporcionar uma distribuição justa de bens e cargas sociais, enquanto estaria a justiça corretiva alinhada ao direito privado e às transações contratuais ou extracontratuais.

Para Aristóteles, a justiça corretiva e a justiça distributiva representam duas formas de justiça categoricamente distintas. Há duas situações diferentes que demandam dois diferentes tipos de justiça: uma justiça orientada à criação de um novo estado de coisas através do reparto ou distribuição (justiça distributiva) e, de outro lado, uma justiça na que sua finalidade é restabelecer certo equilíbrio perdido (justiça corretiva). (ENGLARD, 2009)

Para isso, a estrutura de justificação da noção de direito na justiça corretiva deve obedecer a critérios distintos do distributivo. Do contrário, a justiça corretiva não seria uma forma de justiça distinta da justiça distributiva, mas parte dessa. Essa distinção entre as duas formas de justiça parece ser uma ideia original de Aristóteles, para quem tanto a concepção de justiça distributiva como a de justiça corretiva são igualmente apropriadas para lograr a justiça, ainda que cada uma de maneira diferente<sup>5</sup>, segundo se requeira pela situação básica distinta.

Para Rawls, ambos os tipos de justiça são excludentes e conceitualmente independentes, ainda que incompatíveis. Afirma que os tipos de princípios que integram a justiça são, de um lado, os que regulam e preservam ao longo do tempo a estrutura básica de uma geração à outra; e de outro, os que se aplicam às transações

---

<sup>5</sup> James Gordely y Wil Waluchow são dois representantes defensores do ponto de vista que se refere à justiça distributiva como conceitual e normativamente anterior à justiça corretiva, além de atribuir suas raízes a Aristóteles. É o que Perry determina ponto de vista prioritário distributivo. No mesmo sentido, defende Waluchow que a justiça corretiva seria parasitária com relação à justiça distributiva, que o seu objeto é corrigir um desequilíbrio na igualdade estabelecida pela justiça distributiva, e que deve corrigir-se. De acordo com esse ponto de vista prioritário distributivo, a justiça corretiva seria normativa e conceptualmente auxiliar àquela, com o objetivo de manter e regular o antecedente dado pelo justa distribuição. (PERRY, 2000:545)

privadas dos cidadãos.<sup>6</sup> Defende que a sociedade assume um compromisso de sustentar um sistema de liberdades básicas e de igualdade de oportunidades, ao mesmo tempo em que os indivíduos devem ter em conta respeitar e adequar seus planos de vida aos bens primários (direitos, liberdades, oportunidades, etc.) que terão a sua disposição. (RAWLS, 1982:170)

Nessa mesma linha, Ripstein acredita que o princípio de divisão da responsabilidade permite distinguir os âmbitos de justiça corretiva e de justiça distributiva. A comunidade assume o compromisso de prover aos indivíduos uma porção equitativa de bens primários, e que cada um seria responsável do que decida fazer com eles. Que seja dono de seu próprio destino se estabelece e se reconheça a responsabilidade entre cidadãos privados. Afirma que a vida em sociedade supõe que um indivíduo está exposto a externalidades positivas e negativas, mas que as perdas produto do azar ou as fatalidades naturais que causam danos aos interesses legítimos das pessoas não podem ser interpretados como parte da responsabilidade individual. Aqui, a única responsabilidade plausível na visão de Ripstein seria a responsabilidade social.<sup>7</sup> (RIPSTEIN, 2004)

A respeito afirma Weinrib que a bipartição entre as duas formas de justiça está baseada em um estrutura de ordenação; que as formas de justiça são formas de ordenar e estruturar o sistema legal a partir de características básicas, sejam de relações distributivas ou transacionais. A justiça corretiva reflete o próprio caráter do Direito privado, e que sua característica mais distinguida é a bipolaridade e a correlatividade entre as partes. (WEINRIB, 1995: 76)

A correlatividade entre ganância e perda representa uma unidade própria, distinta, em que a estrutura da justiça corretiva difere da justiça distributiva. É a característica mais representativa da justiça corretiva, por dizê-lo assim.

---

<sup>6</sup> Papayannis alega que Rawls confunde com essa afirmação o propósito de um princípio com alguns de seus afeitos. (Papayannis, 2012: 199)

<sup>7</sup> Segundo Papayannis (2012), o princípio da divisão da responsabilidade explica porquê os indivíduos podem ser obrigados a compensar os danos que causam, por intermédio da justiça corretiva, mas não alcançam explicar porquê a compensação dos danos produzidos pelo agente humano que não são responsabilidade da vítima é um dever fundado exclusivamente na justiça corretiva. Por que não poderiam pertencer também ao âmbito da justiça distributiva? (PAPAYANNIS, 2012: 196)



## 2. Uma breve visão da Análise Econômica do Direito (AED) de danos.

Fletcher, já no ano de 1972, preocupava-se com os fundamentos ou pressupostos filosóficos da responsabilidade extracontratual e apontava a crescente perda de importância das questões normativas que, a seu ver, deveriam girar em torno do Direito de danos como quem deve arcar com os danos, ou mesmo sobre o conceito de culpa ou causalidade, etc.. (FLETCHER, 1972)

Essas discussões iam progressivamente perdendo terreno para outras, como a destinação eficiente dos recursos ou mesmo a questão do seguro de responsabilidade porque estavam em moda as teorias instrumentalistas ou a AED, e conseqüentemente do Direito de danos. Observava aquele autor que os teóricos instrumentalistas reinavam entre os teóricos da responsabilidade civil.<sup>8</sup> (FLETCHER, 1972: 542)

Tais teóricos instrumentalistas buscavam não apenas restringir a doutrina da responsabilidade civil extracontratual a um mecanismo de justa distribuição das perdas, mas também consagrá-la como instrumento da maximização da riqueza e do bem estar social.

Buscava-se na regra de responsabilidade um valor social, e o enfoque econômico ganhava espaço entre os formalistas e normativistas. A responsabilidade civil extracontratual tinha mais objetivos a cumprir que a mera compensação ou reparação dos danos, e os conceitos puramente normativos iam progressivamente perdendo importância.<sup>9</sup>

Também os conceitos de culpa e responsabilidade objetiva tomavam posições contrapostas. De um lado, um estilo apropriado de raciocínio que se empregaria para resolver conflitos entre partes individuais (culpa) ou levando em conta o bem estar da comunidade (objetivo). Mais bem, se as decisões deveriam ser tomadas apenas levando em conta os interesses das partes envolvidas, ou se também poderiam ser utilizados como meio ou instrumentos para servir aos interesses da comunidade.

---

<sup>8</sup> (CALABRESI, 1970); (EHRENZWEIG, 1951); (FLEMING, 1965); (CALABRESI, 1961).

<sup>9</sup> Resalta Fletcher que havia autores como Calabresi e Harpear James, por exemplo, que dentro desse marco instrumentalista se preocupavam por reivindicar pelo sentido e objetivo da justiça comum. (FLETCHER, 1972: 542).

O compromisso dos instrumentalistas era com o bem estar da coletividade, e não propriamente com o dano ou riscos recíprocos criados ou não entre partes particulares.

A partir da AED, o critério para determinar quem deve pagar e quem deve receber uma indenização por um dano causado utiliza de um cálculo entre custo-benefício, que é o mesmo que ponderar entre risco criado e benefício concebido (ou que pode vir a ser recebido). Se o benefício que logra alcançar com a atividade supera em benefícios para a sociedade, a vítima poderia nem mesmo receber a indenização.<sup>10</sup> Assim, a atividade não deveria ser coartada, mas sim encorajada, e a responsabilidade civil extracontratual poderia servir de instrumento capaz de incentivar essas atividades em detrimento de outras que não trouxessem tantos benefícios.

Na vida moderna cada vez mais nos deparamos com atividades de risco, principalmente atividades que põem em risco o meio ambiente e também a saúde da sociedade em geral. Muitas dessas atividades são importantes para o progresso e desenvolvimento econômico e industrial, mas entre essas inúmeras atividades, algumas ameaçam a vida moderna (apesar da mencionada utilidade) e impõem riscos não recíprocos, ou seja, riscos que não se equiparam em grau de importância com o que possa gerar a vítima ou até todas as vítimas que estão sofrendo os efeitos dessas atividades.

Normalmente e cada vez mais, os Tribunais quando decidem sobre certas atividades, fazem a ponderação desses riscos (recíprocos ou não), entre benefícios e danos, e ponderam de alguma forma também o peso social que se dará a essa atividades e aos que sofrem os efeitos delas. A partir da aplicação muitas vezes desses critérios econômicos aos supostos de responsabilidade por danos causados, ponderando custo benefício da atividade e causante do dano - e de outro lado aplicando a fórmula de quem pode arcar com os riscos e dano de forma mais barata - pode-se chegar a permitir decisões que espelham “injustiças sociais” ou “injustiças ambientais”. Desde esse ponto de vista econômico, as comunidades mais pobres podem ser as que melhor suportariam o “peso econômico” do dano ambiental, já que

---

<sup>10</sup> Paradigma da Razoabilidade (FLETCHER, 1972: 550)

a raiz desse cálculo estritamente econômico seriam as mais “baratas” para indenizá-las ou compensá-las. Seria essa também uma forma de mudança paradigmática da justiça corretiva à justiça distributiva, distribuindo riscos e danos a partir de critérios previamente determinados.

Ademais, a análise econômica deixa de lado aspectos importantes como a possível repercussão social de suas decisões tão centradas na maximização da riqueza, em lugar de perseguir objetivos como a equidade ou a justiça. (PANTALEÓN, 2005:5)

Assim, as preocupações sobre os custos dos riscos e o bem social parecem bastante atrativas aos olhos da teoria da responsabilidade civil extracontratual, enquanto, por outro lado, difíceis perguntas também pululam as mentes de teóricos preocupados com os problemas básicos da teoria formalista ou normativista do Direito de danos: a prova, o nexo de causalidade, a determinação do sujeito causante, a imprescindibilidade do dano ou a mudança paradigmática para a possibilidade ou risco, entre outras tantas.

### *3. A responsabilidade ambiental e os fundamentos filosóficos da responsabilidade por danos: aspectos da análise econômica e o progressivo paradigma distributivo.*

A partir dos fundamentos filosóficos da responsabilidade civil extracontratual que acabamos de expor, passamos a tratar da responsabilidade extracontratual por danos causados ao meio ambiente (mais particularmente a responsabilidade por danos ambientais puros, ou danos estritamente ambientais) e sua relação com as mencionadas teorias da justiça corretiva, distributiva e também com a AED e do Direito de danos.

Falar de responsabilidade por danos ambientais praticamente nos obriga a fazer alguma referência, ainda que breve, ao princípio do poluidor pagador (a partir de agora, PPP).

Muito já se escreveu e inúmeros são os debates e doutrinas que se dedicam e se dedicaram exclusivamente ou não a esse tema, mas que ainda hoje é o PPP um princípio que cria muitas “intrigas” quanto a sua aplicação. A referência a esse princípio normalmente se fazia para impor a alguém a responsabilidade por um dano causado ao meio ambiente, ou ainda para que fossem endurecidos os termos dessa

responsabilidade, supondo-se assim uma melhoraria na condição da vítima (ou vítimas) da conduta em questão. (RUDA, 2009: 38)

Entretanto, o PPP muitas vezes é utilizado para apoiar teses bem distintas, ou até contraditórias. Ainda que em sua origem<sup>11</sup> correspondia a que o autor de uma contaminação estava obrigado a suportar os gastos das políticas públicas e, utilizando da linguagem da AED, “internalizar as externalidades” produzidas por sua atividade. Com o decorrer do tempo, esse PPP vai relativizando-se e perdendo o seu caráter fundamental, e passa a conhecer exceções várias.

Passando diretamente à Diretiva Europeia sobre responsabilidade ambiental<sup>12</sup>, essa cristaliza que a prevenção e reparação dos danos ambiental, dever-se-ia levar a cabo mediante o fomento do PPP, baseando seu marco nesse princípio.<sup>13</sup> Esse tipo de orientação visava alcançar um melhor nível de precaução e prevenção do dano ambiental, mas o PPP não representa propriamente uma norma sobre a qual a se fundaria a responsabilidade. Muito mais representa uma regra econômica de imputação de custos ou de não subsidio da atividade contaminante. E é ademais ambíguo ao justificar ao mesmo tempo a imposição de multas e tributos e, por outro lado, a responsabilidade por danos causados, variando entre argumentos corretivos e distributivos, e ainda patinando no campo da análise econômica do direito. (RUDA, 2009: 41)

Assim, não falta razão às afirmações de que as aplicações do PPP são vagas, incoerentes e muitas vezes contraditórias<sup>14</sup>, chegando-se mesmo a um total descrédito de que se poderia basear a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente no referido PPP.

A responsabilidade civil extracontratual, a partir de sua teoria tradicional, é um instrumento que opera “ex post”, quando já se conhece o dano e partindo de uma situação individual e concreta. A concepção de que o direito da responsabilidade extracontratual deve perseguir objetivos de prevenção vai de encontro com essa

---

<sup>11</sup> A OCDE, no ano de 1972, mediante a Recomendação para a implantação do princípio do poluidor pagador, o converteu num princípio orientador em matéria de políticas ambientais. *Concil Recommendation on the Implamentation of the Pollutter-Pays Principle, 14 Novembre 1974, C (74)223.*

<sup>12</sup> Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004.

<sup>13</sup> Considerando 2º e art.1º da Diretiva 2004/35/CE.

<sup>14</sup> Cf. (ARAGÃO, 1997:10).

concepção tradicional da responsabilidade civil, cujo objetivo era compensar, fundamentando-se na teoria da justiça corretiva. A prevenção introduz considerações de justiça distributiva em um instrumento que, como já foi dito, é mais bem de justiça comutativa ou corretiva. (PANTALEON, 2005: 6)

Ademais, aceitar o princípio da prevenção como fundamento da responsabilidade civil por danos ambientais, sem que se tenha que esperar a deterioração do meio ambiente para repercutir claramente como dano individual, sem sombra de dúvidas iria supor um cambio drástico na forma de entender a responsabilidade civil, que cumpre essa função preventiva apenas de forma acessória, nunca principal. Exigiria uma mudança paradigmática da produção do dano ao simples risco ou ameaça, e o ponto de partida seria, pois, completamente contrário ao que era o dano inequívoco e absoluto do qual partia a teoria da responsabilidade civil tradicional. (RUDA, 2009: 59)

Quanto à opção por aplicar os parâmetros da análise econômica do direito a caso de responsabilidade ambiental, um exemplo é a Convenção sobre responsabilidade por transportes marinho, quando recai a responsabilidade não sobre o proprietário ou fabricante, mas sobre o *transportador* que é diretamente o operador da atividade ou do meio de transporte, sendo o que está em melhores condições econômicas de suportar o dano e quem pode controlar o desenvolvimento da atividade de modo mais efetivo.<sup>15</sup>

Uma das características mais marcantes dos danos ambientais puros é a dificuldade quanto à determinação da causa e causante dos danos, e a partir daí nota-se que muitas vezes joga-se com os paradigmas tradicionais de responsabilidade no sentido, como queremos chegar aqui, de alcançar uma maior distribuição dos riscos ou dos danos ambientais, principalmente quando está em jogo não a certeza, mas sim a probabilidade de causas. Essa, porém, é uma característica marcante entre os danos ambientais puros: a indeterminação da sua causa.

Provar com exatidão o grau de probabilidade do nexo causal é algo bastante difícil, sobretudo nos casos de danos ambientais puros. Cada vez mais se observa que se

---

<sup>15</sup> Esse critério é seguido pelo regime convencional sobre responsabilidade por danos causados pela contaminação marinha por hidrocarburos (Convenção CRC/Fund- CRTD)

adota um critério de proporcionalidade para aplica-lo à formula de responsabilidade. (SHAVEKK, 1998:212)

Na Itália respondem os responsáveis de diferentes barcos por danos de contaminação causadas por emissões que procedam de um deles, na proporção da cota que representem suas respectivas toneladas.<sup>16</sup> Também no Direito Espanhol, no caso de navegação aérea, responde cada empresário na proporção do peso da sua aeronave, no caso de uma colisão por culpa comum ou a um caso fortuito (art. 123.2 – Lei espanhola sobre a navegação aérea).<sup>17</sup>

Vários critérios de determinação de responsabilidade ambiental são adotados para determinar quem deve pagar pelo dano, e que cada vez mais refletem a progressiva mudança paradigmática ao critério de distribuição de riscos e danos ambientais. Veremos apenas alguns exemplos:

O critério do “*Market share liability*” ou responsabilidade por cota de mercado funciona a partir da ideia de que o demandado responde solidariamente por possuir, ainda que forma parcial, uma razão da referida cota de mercado. Esse tipo de responsabilidade ganhou notoriedade no âmbito da responsabilidade por produtos defeituosos<sup>18</sup>, e sua aplicação ao âmbito da responsabilidade ambiental se daria através da responsabilização de agentes econômicos que produzam riscos homogêneos (como contaminação por pesticidas, por exemplo).

Esse tipo de responsabilidade por cotas rompe com o modelo individual clássico e introduz a ideia de conseguir resultados ajustando a coletivos de vítimas, e não mais a uma vítima em particular, através da eleição de uma “critério de distribuição” dessas responsabilidades. A necessidade de identificar um nexo causal particular perde relevância e ganha força a mera probabilidade estatística do nexo causal.

Assim, da responsabilidade baseada na imputação individual passa-se, assim, a uma espécie de responsabilidade coletiva pela criação de um perigo e, ao mesmo tempo, da justiça comutativa à justiça distributiva. (BERGKAMP, 1996:120)

---

<sup>16</sup> Lei italiana nº 979/82, art. 21. Cf. (FRANCARIO, 1990: 287)

<sup>17</sup> Lei 48/1960, de 21 de julho, sobre normas reguladoras da navegação aérea (BOE num. 176, de 23.7.1960)

<sup>18</sup> Cf. (GUITIERREZ, 2009) ; (OWEN, 2005)

Adota-se, pois, uma concepção do direito da responsabilidade civil alheia à visão tradicional jurídico-privatista e mais própria do Direito Público.<sup>19</sup>

Também a responsabilidade por cotas de emissão (*pollution share liability*) é outro exemplo, e mais comum, em que o causante deve responder em razão a sua cota de emissão, na que também se inverte a prova do nexo de causalidade e que à vítima apenas cabe provar que os demandados puderam causar uma parte substancial da contaminação, infringindo o dever de cuidado, e as quantidades de emissões ou de riscos poderiam ser medidas por investigação técnica ou através de registros de emissões.<sup>20</sup>

Inegável, portanto, que o Direito de dano ambiental cede à tendência distributiva e rompe, cada vez mais, com o paradigma da justiça corretiva, em que o dano, a causalidade e a responsabilidade individual tinham ainda um papel protagonista.

#### Referências Bibliográficas:

Aragão, Maria Alexandra de Souza. (1997) *O princípio do poluidor pagador*, Coimbra, Coimbra editora.

Aristóteles (1970). *Ética a Nicómaco*. Edición bilingüe y traducción por María Araujo y Julián 1ª ed., reimp. Madrid : Instituto de Estudios Políticos.

Bergkamp L, Hunter R. (1996). Product Liability Litigation in the US and Europe: Diverging Procedure and Damage Awards. 3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. pp. 399-418.

Calabresi, Guido (1970), *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press.

---

<sup>19</sup> No Direito Espanhol não há qualquer empecilho a admitir-se a responsabilidade por cotas de mercado em vias de regresso<sup>20</sup>, ainda que perdurariam os problemas de definição da cota e de aplicação aos danos ambientais puros. (DÍEZ-PICAZO, 1999:149)

<sup>20</sup> Por esses estudos, dir-se-ia que a companhia Exxon Mobil deveria encargar-se de um 3.4% e de 3,7% do total de emissões que contribuíram ao Cambio Climático de 1882 à 2004, e bem como um 2% do incremento do nível do mar. Cf. Friends of the Earth International, "Exxon's climate footprint. The contribution of Exxonmobil to climate change sin 1882", London, January 2004 – www.foei.org

Díez-Picazo, Luis. (1999). *Derecho de Daños*. Ed. Civitas, 1º Ed.

Englard, Izhak (2009). *Corrective and Distributive Justice: from Aristotle to modern times*. Oxford University Press.

Ehrenzweig, Albert A. (1966). *Negligence without Fault*, 54 Cal. L. Rev. 1422.

Fleming, J. (1965). *The Law of Torts*. 3rd ed, The Law Book Co Ltd, Sydney.

Gordley, James (1995). "TortLaw in the Aristotelian Tradition," in David Owen (org.), *Philosophical Foundations of Tort Law: A Collection of Essays*. Oxford: Clarendon Press.

Gutierrez, Pilar.(2009) *Daños causados por productos defectuosos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Arazadi.

Owen, David. (1992). Moral Foundation of Products Liability Law: Toward First Principles.68 Notre Dame L Rev. 427

Pantaleon - *Principles of European Tort Law*. In Dret 2005, Working paper nº 299 [www.indret.com](http://www.indret.com).

Papayannis, Diego M. (2012) "Teorías de la responsabilidad extracontractual", Hevia, M. (coord.), *Teoría y crítica del derecho civil y comercial*. Mexico (MEX): Fontarama.

Perry, Stephen R. (2000) "On the Relationship Between Corrective and Distributive Justice", in *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series* 237,247, 262. Jeremy Horder ed.

Rawls, J. (1982). "Social Unity and Primary Goods", en SEN, A y Williams: *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press. Cambridge University Press.

Ripstein, Arthur (2004). "The Division of Responsibility and the Law" of Tort, 72. *Fordham Law Review*, 1811-1832.

Shavekk, Steven, (1998) "causation and tort law liability", an Peter Newman (ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the law*, I, Lodon, Macmillan, 211-214,

Weinrin, Ernest (1995) *The Idea of Private Law*. Harvard University Press.