

O DIREITO NA SOCIEDADE COMPLEXA E AS NOVAS FORMAS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS

Luiza Maria Oliboni*

RESUMO

A sociedade sofreu modificações profundas nas últimas décadas. Assiste-se, atualmente, ao advento da sociedade pós-industrial, a qual possui características diversas e até mesmo antagônicas às da sociedade industrial. O presente artigo mostrará uma perspectiva sistêmica da sociedade, enfatizando o subsistema do Direito e, inserido nele, o Direito Ambiental. Além disso, tratará da crise do modelo de imputação vigente, concentrando-se na apresentação de mudanças propostas nos aspectos do dano, do agente causador e do nexa causal, no que tange à responsabilidade civil por danos ambientais. Será também explanada a ideia de responsabilidade coletiva, de Gunther Teubner, como alternativa ao modelo kelseniano de imputação.

Palavras-Chave: Direito Ambiental; responsabilidade civil; responsabilidade coletiva.

ABSTRACT

Law in the Complex Society and New Ways to Impute Civil Liability for Environmental Damage

Society has undergone deep changes in the last decades. We have experienced the post-industrial society which has different and even antagonistic characteristics when compared with the industrial society. This paper shows a systemic perspective of the society: it highlights the juridical subsystem and the Environmental Law which is part of it. Besides, it approaches the crisis in the current imputation model by emphasizing changes proposed in the following aspects of civil liability: damage, occasioner and causal nexus, regarding civil liability for environmental damage. Gunther Teubner's idea of collective liability

* Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul. Bolsista BIC/UCS entre abril e julho de 2007 e bolsista do CNPq entre agosto de 2007 e agosto de 2008. Integrante do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica entre abril de 2007 e agosto de 2008, tendo trabalhado com as linhas de pesquisa "Direito Ambiental" e "Teoria dos Sistemas". Instituição: UCS - Universidade de Caxias do Sul. E-mail: lmoliboni@gmail.com.

is also explained as an alternative to the Kelsenian imputation model.

Keywords: Environmental Law; Civil Liability; Collective Liability.

INTRODUÇÃO

O Direito do século XX foi caracterizado pela preponderância do modelo kelseniano de imputação, por sua vez, favorecido pelo predomínio de litígios entre indivíduos, característica essencial da sociedade industrial. A sociedade pós-industrial, que vem se delineando claramente nas últimas décadas, transformou esse contexto, através do aparecimento de questões transindividuais, não adaptáveis a um modelo de imputação meramente individual, tal como o proposto por Kelsen. As novas situações envolvem riscos indivisíveis e com consequências ambientais difíceis de serem previstas. É por esse motivo que novas formas de imputação de responsabilidade civil decorrente de danos ambientais são buscadas.

O enfoque deste artigo é a teoria de Gunther Teubner, que, após analisar os modelos já propostos de responsabilidade coletiva, através da criação de *pools* de riscos ecológicos (grupos de comunicações sociais de risco existentes dentro da sociedade), delimitados pelos critérios de unidades cooperativas e mercado relevante, encontra seus pontos fracos e propõe a responsabilidade coletiva através da *poolização*¹ de risco, baseada no critério de área problemática ecológica, com limites definidos pela gestão coletiva do risco.

A pesquisa em tela possui relevância nos âmbitos acadêmico e social. Para o primeiro, ela representa o preenchimento de uma lacuna teórica sobre o tema da responsabilidade civil, o qual se encontra diante da necessidade de adaptação a uma nova realidade. Também apresenta relevância social pelo fato de possibilitar o acesso a novas construções teóricas acerca de um assunto que atinge a sociedade como um todo, visto que os danos ambientais são indivisíveis, pois atingem a coletividade e não cada indivíduo isoladamente. Assim, não é possível fracioná-los e, além disso, são difusos, visto ser impossível determinar a quantidade exata e apontar todos os sujeitos atingidos pelo dano. Suas vítimas são ligadas por

¹ Processo de definição e delimitação dos *pools* de riscos ecológicos.

uma circunstância fática (a ocorrência do dano) e não por uma relação jurídica, como ocorre, por exemplo, nas relações de consumo.

O presente artigo estrutura-se em três partes. A primeira apresenta uma visão sistêmica a respeito do Direito, sendo o mesmo compreendido como subsistema inserido no grande sistema social e funcionando, ao mesmo tempo, de forma aberta cognitivamente e fechada em termos operacionais. Iniciar-se-á falando a respeito dos desafios atuais que o Direito enfrenta mediante as profundas modificações sofridas pela sociedade nas últimas décadas. Na segunda parte, discorrer-se-á especificamente sobre o Direito Ambiental e a crise do modelo de imputação nas situações que envolvem danos ambientais. Tal problemática será enfocada através da análise dos três componentes da responsabilidade civil objetiva: dano, agente causador e nexos de causalidade. A terceira parte do trabalho será inteiramente dedicada à exposição das considerações de Gunther Teubner acerca de novas formas de responsabilidade. Os vários modelos de responsabilidade coletiva já propostos têm por base a busca por um agente coletivo ou ainda a escolha do mercado como unidade de responsabilidade. Teubner destaca seu funcionamento e pontos fracos, propondo a responsabilidade coletiva pelo critério de área problemática ecológica, com limites definidos pela gestão coletiva do risco, consideração que será devidamente aprofundada.

1 – O DIREITO NA SOCIEDADE COMPLEXA

A sociedade é um grande sistema. O mundo, na verdade, divide-se entre sistema e ambiente. Porém, tal distinção dá-se de forma relativa. Segundo Luhmann (apud CAPRA, 2001, p. 172), por exemplo, em relação ao sistema social, os sistemas psíquicos são ambiente e vice-versa. A evolução de cada sistema acontece através da autopoiese, ou seja, funciona de modo fechado operacionalmente; porém aberto, em termos cognitivos.

Etimologicamente, a palavra autopoiese pode ser decomposta em auto, que, oriundo do grego, significa ‘si mesmo’, e poiese, que compartilha da mesma raiz grega da palavra ‘poesia’, assumindo a conotação de ‘criação’, ‘construção’. Portanto, autopoiese significa ‘autocriação’. [...]” (CAPRA, 2001, p. 88) Semanticamente, autopoiese é

um padrão geral de organização comum a todos os sistemas vivos, qualquer que seja a natureza dos seus componentes.

Maturana e Varela introduziram a noção de autopoiese nos sistemas vivos, naturalmente, com ênfase na área da Biologia. Capra explicita tal ideia no livro *A Teia da Vida*. “[...] De acordo com Maturana e Varela, a característica-chave de uma rede viva é que ela produz continuamente a si mesma. Desse modo, o 'ser e o fazer' dos [sistemas vivos] são inseparáveis, e esse é o seu modo específico de organização. A autopoiese ou 'autocriação' é um padrão de rede no qual a função de cada componente consiste em participar da produção ou da transformação dos outros componentes da rede. Dessa maneira, a rede, continuamente, cria a si mesma. Ela é produzida pelos seus componentes e, por sua vez, produz esses componentes,” (CAPRA, 2001, p. 136)

Apesar de admitir a ideia autopoietica em sistemas vivos, Maturana não a acata no que tange aos sistemas sociais humanos. Segundo ele, estes são apenas o meio no qual os humanos realizam sua autopoiese biológica através do 'linguageamento' ('*languageing*'). (CAPRA, 2001, p. 172) Luhmann, por sua vez, afirma o oposto. Para ele a comunicação é o modo de reprodução autopoietica dos sistemas sociais. Fora do sistema social não existe comunicação. Fora do sistema psíquico não existe pensamento. (LUHMANN, 1990 apud. CAPRA, 2001, p. 172).

Isso não significa, porém, que um sistema esteja permanentemente isolado dos demais, bem como de seu ambiente. Na realidade, a partir das irritações provocadas pelo ambiente, o sistema, dentro de si próprio, faz com que haja estímulos e mudanças, gerando evolução.

Pode ser incluído nessa esfera o pensamento de Morin (1998), ao afirmar que a desordem contribui para que a ordem seja formada, visto que através de choques, encontros casuais, os elementos vão se organizando e acabam por formar uma ordem, a qual, todavia, é permanentemente ameaçada pela desordem, que de modo paradoxal, ajudou a formá-la. Um sistema, no processo de abertura cognitiva, produz acoplamentos estruturais com seu ambiente, o qual gera irritações. A partir dessas, o sistema, fechado operacionalmente, evolui. É justamente o fechamento operacional que não permite a descaracterização do próprio sistema, já que ele depende de um tipo específico de comunicação.

O Direito é considerado um subsistema da sociedade. Dentro dela, grande sistema social, existem outros subsistemas, tais como política e economia, cada qual com seu tipo específico de comunicação. Uma decisão jurídica (comunicação específica do sistema jurídico) pode levar em consideração, por exemplo, fatores econômicos e políticos, constituindo uma abertura cognitiva por meio de conexões entre as organizações que compõem os diferentes sistemas, através de uma “tradução” entre suas comunicações, criando uma linguagem comum entre eles. A decisão, entretanto, estará inserida no sistema do Direito e somente dentro dele poderá ser caracterizada como jurídica, devido a sua forma de comunicação específica.

Cada diferenciação de um sistema, isto é, a constituição da diferença sistema/meio dentro de um sistema, cria novos sistemas e novos meios dentro de um sistema. A diferenciação de um sistema em subsistemas substitui na nova teoria dos sistemas a diferença partes/todo. O sistema não se diferencia em várias partes, mas sim em diversas diferenças sistema/meio. Para cada subsistema se forma dentro do sistema original, meios diferentes, tendo como limites finais o limite do sistema original. A modificação de um subsistema se constitui assim sincronicamente como mudança de meio para vários outros subsistemas dentro do sistema original. (MATHIS, p. 11)

Na sociedade atual, caracterizada pela complexidade, o Direito vem sofrendo profundas modificações. O sistema social reproduz sua forma de operação específica, que é a comunicação. O sistema do Direito, por sua vez, ínsito no sistema social, representa uma forma de diminuição da complexidade por criar uma forma específica de comunicação, mas, paradoxalmente, representa um aumento de complexidade com relação ao grande sistema da sociedade, visto que, nele, são criados diversos subsistemas com formas de operação específicas. Tal diferenciação ocorre porque, em um sistema, chega-se a um ponto em que todas as possibilidades não podem mais ser conectadas ao mesmo tempo. Torna-se, pois, necessário fazer escolhas e toda a escolha implica um risco. Ao mesmo tempo, uma escolha somente existe quando a opção ativada poderia não ser ativada. São criados, então, dentro de um grande sistema, formas de comunicação específicas, as quais formam subsistemas, tais como o Direito.

A exposição feita em relação à teoria dos sistemas e à inclusão do Direito nesse contexto, sendo um subsistema da sociedade, abre caminho para a questão específica da imputação de responsabilidade, a crise de sua estrutura atual, baseada na responsabilidade objetiva, mas de cunho estritamente individual. Ingressa-se na análise da estrutura da responsabilidade civil objetiva e seus elementos (dano, agente causador e nexo de causalidade) e da dogmática sobre o tema no Brasil.

2 – O PROBLEMA DA IMPUTAÇÃO

A sociedade complexa, caracterizada por uma intensa circulação de informações, enfrenta desafios, englobando os mais diversos sistemas que a compõem. Discorrendo especificamente sobre o Direito, afirma-se que o problema mais imediato e, ao mesmo tempo, profundo com o qual ele se depara é a defasagem estrutural de sua forma de imputação. Enquanto a maior parte das decisões jurídicas é baseada no passado, em normas já postas, no caso, tendo uma base kelseniana, há a necessidade premente de resolver questões com base no futuro, já que o futuro de hoje não é o mesmo de ontem.

No Direito Ambiental, por exemplo, faz-se necessária a prevenção de danos ambientais, porém sob um novo paradigma. Atualmente, a responsabilidade civil existente no âmbito da legislação protetiva do meio ambiente pressupõe um risco concreto, na medida em que busca ressarcir danos através de indenização ou, preferencialmente, através do restabelecimento do *status quo ante*². Sendo assim, vê-se claramente que sua estrutura dogmática está voltada a acontecimentos passados, ao menos no que tange à sua função reparatória. Em relação à sua função preventiva, Délton Winter de Carvalho afirma que:

Em uma função preventiva, a responsabilidade civil passa a demonstrar a sua importância para evitar danos ambientais, a partir de uma postura pedagógica decorrente das responsabilizações civis dos poluidores (preventividade indireta), mas, sobretudo, a partir da sua incidência para situações de risco, antes mesmo da ocorrência de danos ambientais (preventividade direta). A partir da avaliação probabilística das

² Entende-se por *status quo ante* o estado anterior ao fato jurídico na relação entre o agente e a vítima. No âmbito do Direito Ambiental, o objetivo principal é o retorno ao estado anterior, sendo reparado o dano. Não sendo possível, pleiteia-se o ressarcimento dos danos através de indenização.

consequências futuras dos danos ambientais e de danos potenciais, a responsabilização civil passa a exercer uma função prática de construção do futuro e regulação social, através da imposição de medidas preventivas (obrigações de fazer ou não fazer). A função preventiva primordial da responsabilidade civil é atingida e consubstanciada na responsabilidade civil pelo dano ambiental futuro [...] (2008, p. 78)

Nota-se, no contexto apresentado, que a exigência da existência de um dano ambiental concreto é flexibilizada. Isso se deve ao fato de o advento da sociedade complexa ter acarretado o aumento da complexidade inclusive das relações sociais e, conseqüentemente, ter havido uma substituição da certeza, característica da sociedade industrial, pela incerteza, pelo risco, ocasionando a necessidade de sustentar decisões (inclusive jurídicas) na probabilidade e não mais na certeza, marca característica da sociedade pós-industrial complexa. Os riscos e os perigos característicos da nova sociedade são de difícil percepção e podem trazer conseqüências globais. São, pois, indivisíveis.

Conforme já exposto, entretanto, a maior parte das decisões jurídicas hodiernas ainda segue o modelo de imputação kelseniano. Isso gera dificuldades tanto na esfera civil quanto na penal. Nessa última, a Lei de Crimes Ambientais, amparada no artigo 225, § 3º da Constituição, prevendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, constituiu uma importante inovação, visto que transcende a óptica de responsabilização estritamente individual. Sem entrar no mérito da questão penal, a qual não é objeto deste artigo, passa-se à análise da responsabilidade civil, também incluída no artigo 225, § 3º da Constituição.

A complexidade do sistema social é reduzida através de uma comunicação específica do subsistema jurídico, denominada juridicização, a qual seleciona as informações que ingressarão no sistema de Direito e aquelas que não o farão. No que diz respeito aos agentes causadores de danos ambientais reconhecidos pela ordem jurídica vigente, estão incluídas as pessoas físicas e jurídicas. Todavia, a limitação a uma personalidade jurídica, estendida, no máximo, à responsabilidade solidária, possibilita o surgimento de estratégias de inimputabilidade.

Discorrendo especificamente sobre a dogmática da questão ambiental no Brasil e apontando, ainda que *en passant*, a trajetória desde

seus primórdios até o momento hodierno, mencionam-se as primeiras disposições legais referentes ao meio ambiente, incluídas nas Ordenações Afonsinas, editadas sob o reinado de Dom Afonso V, as quais afirmavam que o corte de árvores de fruto seria um crime de injúria ao rei. Nota-se claramente um caráter de proteção dos bens da Coroa acima de uma preocupação com o meio ambiente em si (MILARÉ, 2005, p. 135). A preocupação ambiental começou a preponderar somente a partir das décadas de 70 e 80, mais precisamente após a Conferência de Estocolmo, realizada em 1972. Até o presente momento, há quatro marcos legislativos essenciais sobre o assunto no país: a Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); a Lei 7.347/1985 (instituiu a ação civil pública como instrumento processual para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos); a Constituição de 1988 (dedicou um capítulo exclusivamente à temática ambiental) e a Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais). (MILARÉ, 2005, p. 141)

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente dispõe, em seu artigo 14, § 1^o a responsabilidade objetiva aos poluidores (definidos pelo artigo 3^o, inciso IV da mesma lei como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”), o que constitui uma importante inovação face ao que já foi mencionado a respeito da dogmática ambiental no Brasil. Ratificando a responsabilidade objetiva nesses casos e instituindo a responsabilidade solidária, está a Constituição de 1988, em seu artigo 225, § 3^o, ao afirmar que “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”.

No contexto analisado, percebe-se que a falta de efetividade da legislação ambiental brasileira não se deve ao seu conteúdo ou à falta de dispositivos normativos vigentes, mas sim à estrutura sobre a qual foi

³ § 1^o - 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.

elaborada, visto que o próprio modelo de imputação tornou-se anacrônico mediante o advento de questões envolvendo direitos difusos e coletivos. A estrutura kelseniana de imputação, a qual restringe os agentes causadores de danos ambientais ao plano individual, favorece o surgimento de estratégias de inimputabilidade. Podem surgir, por exemplo, redes de entes sem ligação contratual ou estatutária, mas que agem conjuntamente e causam danos ambientais. Não havendo prova de sua ligação e nem de sua personalidade jurídica, não há como imputar responsabilidade, deixando o dano ambiental sem qualquer reparação.

Devem ser, pois, revistos os elementos da responsabilidade civil decorrente de danos ambientais: o dano, o agente causador e até mesmo o nexos de causalidade. Tal revisão de conceitos possibilitaria a imputação coletiva de responsabilidade aos poluidores.

O dano, sob uma nova perspectiva, pode não ter sido concretizado para haver responsabilização jurídica. Dentro dessa esfera, surge a noção de dano ambiental futuro. A perspectiva de responsabilizar civilmente o fato de haver uma probabilidade relevante de ocorrer um dano e não o dano em si situa-se em uma nova forma de pensar o Direito, pois inclui a noção de comunicações de risco. A responsabilidade não mais seria imputada aos responsáveis pelo dano atual, mas sim àqueles que, através de atividades de risco, aumentaram as chances de que ele viesse a ocorrer em nível que passa a ser abrangido pelo sistema do Direito.

Em síntese, o dano ambiental futuro é a expectativa de dano de caráter individual ou transindividual ao meio ambiente. Por se tratar de risco, não há dano atual nem certeza científica absoluta de sua ocorrência futura, mas tão-somente a probabilidade de dano às futuras gerações. Nesses casos, a constatação de alta probabilidade ou probabilidade determinante de comprometimento futuro da função ecológica, da capacidade de uso humano dos bens ecológicos ou da qualidade ambiental ensejaria a condenação do agente às medidas preventivas necessárias (obrigações de fazer ou não fazer), a fim de evitar a concretização dos danos ou minimizar as consequências futuras daqueles já efetivados. [...] (CARVALHO, 2008, p. 127-128)

Steigleder compartilha dessa visão, ao dispor que:

Em outra perspectiva, o reconhecimento da dimensão futura do dano ambiental enseja a discussão sobre responsabilização sem dano, em que

se quer, não a indenização, já que não há um dano a ser reparado, mas a supressão do fator de risco existente em uma atividade intrinsecamente perigosa. Exemplifica-se: diante de uma usina nuclear, que, em abstrato, pode conduzir a um dano de efeitos catastróficos, não se espera pela consumação do dano para justificar a imposição de medidas claramente preventivas e precaucionais. (2004, p. 143-144)

O agente causador, por sua vez, não deve mais se limitar à esfera individual, abrindo a possibilidade de as comunicações sociais de risco entrarem no âmbito do Direito. Definir-se-iam *pools* de risco dentro da sociedade, nos quais a simples qualidade de membro do *pool* implicaria a obrigação de reparar danos causados ou com alta probabilidade de virem a ser causados. Não é a ação, mas a qualidade de membro que leva à responsabilização. (TEUBNER, 2005, p. 196)

Quanto ao nexo de causalidade, deve haver a substituição da exigência da prova de causalidade pela prova de probabilidade, pois o Direito Ambiental está ligado ao futuro, à necessidade de impedir que o dano ambiental venha a se concretizar. Nesse sentido, aplicar a responsabilidade unicamente com base no critério clássico de considerar uma linha causal simples entre poluidor e dano é restringir significativamente a esfera de alcance das leis ambientais, pois uma das características dessa espécie de dano é justamente a presença de múltiplas causas para um mesmo dano. José Afonso da Silva afirma que:

Nem sempre é fácil determinar ou identificar o responsável. Sendo apenas um foco emissor, a identificação é simples. Se houver multiplicidade de focos, já é mais difícil, mas é precisamente por isso que se justifica a regra da atenuação do relevo do nexo causal, bastando que a atividade do agente seja potencialmente degradante para sua implicação nas malhas da responsabilidade. (apud Délton Winter de Carvalho, 2008, p. 114)

Pelo fato de a legislação prever a responsabilidade objetiva para poluidores, dispensando o elemento culpa e exigindo apenas a prova do nexo causal entre a ação e o dano, as palavras de José Afonso da Silva, reproduzidas acima, demonstram que até mesmo a necessidade da prova da relação de causalidade como conhecida pode ser atenuada. Isso ocorre porque em matéria de danos ambientais, é comum haver a concorrência de vários fatores para o resultado danoso, de sorte que a causalidade não

se dá de forma linear. Desse modo, a incerteza científica decorrente da sociedade complexa é um dos maiores empecilhos à prova do nexo causal.

As principais dificuldades para a prova do nexo causal são a *distância* (a separação espacial existente entre a fonte e os danos ambientais ocasionados por aquela), a *multiplicidade de fontes* (frequentemente, o resultado lesivo é fruto da concorrência de diferentes focos de emissão), *o tempo* (o fato de um dano não se manifestar até que tenha passado um determinado tempo também pode dificultar a prova do nexo causal) e a *dúvida científica* (os conhecimentos científicos em matéria ambiental são incompletos, contraditórios e imprecisos em muitos aspectos). [...] (CARVALHO, 2008, p. 112-113 – uso de itálico do autor)

A flexibilização da exigência da prova de nexo causal desemboca em formas de responsabilidade coletiva, visto que sem esse tipo de prova não há responsabilidade individual, pois ela é o conector entre o agente e o dano. Sendo sua exigência flexibilizada, conseqüentemente é flexibilizada também a ligação entre o agente e o dano, de modo que o fator relevante para que haja responsabilização não é a conduta do agente considerada em sua individualidade, mas sim a comunicação social geradora do risco.

Isso porque, em matéria de Direito Ambiental, os casos em que o dano é explicado por uma causalidade simples constituem exceção. Sendo o dano caracterizado como indivisível, preponderam as situações permeadas pela causalidade múltipla, de modo que a identificação do agente causador do dano ou, quando há vários, da proporção da responsabilidade de cada um é improvável.

Nas palavras de Steigleder,

São situações que ultrapassam os limites das relações jurídicas de direito privado, pois a vítima é difusa e, frequentemente, a causa da degradação também tem origem difusa. Pode ocorrer de o dano ter sido provocado por um autor indeterminado dentro de um grupo determinado, como é o caso da poluição decorrente de um específico distrito industrial, bem como pode ocorrer de o dano ser causado por um autor indeterminado dentro de um grupo também indeterminado, como são as hipóteses de chuvas ácidas e poluição hídrica no meio urbano, onde há um concurso infinito de concausas. (2004, p. 127)

Teubner cita alguns dos principais questionamentos sobre o assunto:

Os sintomas da crise do direito de responsabilidade advêm de tensões entre a moderna estrutura de risco na ecologia e os conceitos básicos do direito de responsabilidade:

- como devem ser determinados um “causador de danos” individual, uma “ação” individual ou um “dano” passível de limitação nos casos de danos a longo prazo, nos quais várias correntes causais se unem?;
- como se deve isolar uma conexão causal entre ação e dano quando houver causalidades múltiplas ou circulares?;
- como podem ser razoavelmente delimitadas ações potencialmente perigosas, admitindo-se que toda ação social contém risco?;
- como se podem identificar vítimas de danos se estas são apenas uma massa amorfa (danos ambientais, gerações futuras)? (2005, p. 198)

Mediante uma série de impasses, passa-se a analisar as considerações de Teubner sobre a “cúpula invisível”, possibilidade de imputação coletiva de responsabilidade decorrente de danos ambientais. “[...] A nova responsabilidade por risco destrói a base fundamental das conexões causais e constrói, em lugar disso, uma ‘cúpula’ abrangente da responsabilidade coletiva”. (BUSH, 1986, p. 1480ss; e ABRAHAM, 1987, p. 859ss apud. TEUBNER, 2005, p. 192)

Após ter sido realizado um aprofundamento acerca da problemática tangente ao dano, ao agente causador e ao nexos causal, elementos caracterizadores da responsabilidade civil, a ideia proposta a seguir é expor as principais colocações de Teubner sobre a possibilidade de imputação coletiva de responsabilidade.

3 – A CÚPULA INVISÍVEL

Cúpula é um agrupamento de agentes, os quais são, no caso em tela, potenciais causadores de danos ambientais incluídos em *pools de risco*⁴ criados pelo Direito a partir de grupos de comunicação de risco. Considerando que toda a comunicação social envolve riscos, o Direito

⁴ *Pools de risco* são sistemas de ações geradoras de riscos ambientais unidos pelo Direito segundo um critério específico. A palavra *pool* é empregada no sentido de união, coligação, reunião de ações de risco com características semelhantes a partir de um critério definidor, estabelecido pelo Direito a fim de minimizar riscos e viabilizar a imputação da responsabilidade por danos ambientais a esses sistemas.

delimita arbitrariamente aquilo que considera um conjunto de comunicações sociais de risco ligadas por um ponto comum, um critério específico. Este pode ser a procura por um agente coletivo, como ocorre na *concerted action*⁵ e na *enterprise liability*⁶, a escolha do mercado como unidade de responsabilidade, conforme proposto pela *market share liability*⁷ e pelas unidades de risco da lei de responsabilidade ambiental da Alemanha.

Faz-se necessário dar uma definição acerca de cada uma das propostas citadas anteriormente. A *concerted action*, cujo surgimento deu-se nos Estados Unidos, busca criar uma coletividade a partir da intenção de cooperação dos agentes conjugada a determinadas características de suas ações. As principais críticas feitas são a difícil prova da cooperação de agentes para causar danos ambientais e a inadequação da teoria à causalidade múltipla. (TEUBNER, 2005, p. 202) Ainda no rol das propostas que visam a encontrar um agente coletivo, está a *enterprise liability*, a qual diminui as exigências de prova de cooperação, demandando apenas provas de que existam pesquisas ou testes de produtos conjuntos. A desvantagem é a geração de um estímulo negativo à produção e às cooperações entre empresas, pois uma empresa que atua individualmente fica excluída de seu âmbito. (TEUBNER, 2005, p. 202-203)

Ao eleger o mercado como unidade de responsabilidade, deixa-se de falar em unidades cooperativas para falar em unidades competitivas. Surge uma aparente contradição, pois a responsabilidade coletiva

⁵ Em tradução livre, significa ação conjunta. O site Your Dictionary, seguindo definição do Webster's New Law Dictionary, traz o seguinte conceito de concerted action: "Activity that is planned, agreed upon, arranged, and carried out by parties acting together with the shared intent to pursue some scheme or cause. Typically, each party involved is civilly and criminally liable for the actions of all the other parties committed in furtherance of the scheme or cause". Traduzindo, é a atividade que é planejada, acordada, arranjada e posta em prática por partes agindo juntas com a intenção compartilhada de buscar algum plano ou causa. Normalmente, cada grupo envolvido é civil e penalmente responsável pelas ações das outras partes comprometidas com o auxílio a esses planos ou causas.

⁶ Em tradução livre, significa responsabilidade empresarial. O site Business Dictionary traz a seguinte definição: "Legal principle that an entire organization may be held responsible for the obligations and/or offences of its constituent units (affiliates or subsidiaries)". Traduzindo, é o princípio legal pelo qual uma organização inteira pode ser responsabilizada pelas obrigações e/ou transgressões de suas unidades constituintes (afiliadas ou subsidiárias).

⁷ Em tradução livre, é a responsabilidade por parcelas de mercado. No contexto apresentado, significa a definição de um *pool* de risco a partir de um mercado relevante, embora haja uma discussão sobre quais seriam os agentes abrangidos por tal mercado.

pressupõe cooperação, mas, nesse caso, busca-se responsabilizar alguém pelos atos de seus concorrentes, aos quais ele não está vinculado. (TEUBNER, 2005, p. 203) A *market share liability*, também criada nos Estados Unidos, busca um mercado relevante para imputar responsabilidade. Entretanto, a tarefa de definir na prática qual é esse mercado é árdua. Poderia ser o mercado local, regional, nacional, global. Além disso, como proceder quando o dano surge em área geográfica diversa do poluidor? (TEUBNER, 2005, p. 204-205) Além desta, na Alemanha, o conceito também é bastante abstrato.

A solução alemã trabalha com os critérios de uma “unidade espacial ou temporal de atividades arriscadas” abstrata, ou de uma “cooperação inexplicável de nexos causais”, igualmente abstrata. Ambos os critérios sofrem de uma fraqueza comum nas abstrações alemãs: teoricamente talvez façam sentido, mas na prática são indefinidos e gerais demais para que possam ser passíveis de utilização. (TEUBNER, 2005, p. 205)

Para Teubner, tanto a procura por um agente coletivo quanto a escolha do mercado como unidade de responsabilidade possuem pontos fracos, mostrando-se problemáticas. Ele propõe que o *pool* de risco seja determinado por área problemática ecológica com limites definidos pela gestão coletiva do risco. Afirma que:

Sugiro que não se procure mais tentar determinar o pool de risco por critérios sociais (estruturas cooperativas ou corporativas). Ao contrário, ele deveria ser definido como área problemática ecológica, cujos limites deveriam ser definidos pela aptidão para a gestão coletiva do risco. Afinal, nem nexos causais ecológicos nem estruturas predefinidas cooperativas são decisivos – por mais importante que sejam –, mas o critério central deveria ser a capacidade do *pool* para a gestão do risco. Admito que essa seja uma imputação “oportunista”, nesse caso não de forma causal, mas coletiva. Para os fins da responsabilidade coletiva, o direito identifica “áreas de risco” ecológicas concretas (um lago, um rio, uma região, um espaço aéreo, uma cadeia produtiva, um ciclo ecológico), com a intenção de criar uma configuração social que possa dominar esses riscos ou, pelo menos, que possa ser utilizada para o gerenciamento do dano. (2005, p. 205-206)

Desse modo, áreas ecológicas concretas podem ser definidas como *pools* de risco. Entretanto, a criação dessas áreas deve ser adequada à prevenção de riscos ou ao menos ao gerenciamento do dano.

A gestão de risco engloba, em primeiro lugar, o gerenciamento dos danos já ocorridos e, em segundo lugar, a regulação coletiva de comportamento futuro. (Teubner, 2005) Obviamente, nesse cenário poderia haver estímulos negativos à prevenção, dependendo da maneira como fossem implementados. Menciona Teubner que:

[...] Se os agentes se sentem suficientemente seguros de que não estão sendo observados, as empresas individuais não reduzirão suas contribuições ao risco, pois tal redução não diminuirá sua responsabilidade na mesma medida. Uma vez que sua responsabilidade depende do comportamento de terceiros, sobre os quais o agente não tem controle, este tenderia a despendar menos para evitar riscos ecológicos. Como resultado, o nível de precaução individual seria menor do que em uma – meramente hipotética – situação de imputação estritamente individual. (2005, p. 217)

Nesse contexto, é necessário combinar as vantagens da responsabilidade coletiva com as da responsabilidade individual, neutralizando os pontos fracos de ambas. Com relação à primeira, podem ser destacadas como vantagens a maior probabilidade de compensação das vítimas, fazendo com que não fiquem sem reparação; a função preventiva, visto que, à medida que se tem conhecimento da efetividade de determinado modelo de imputação, as comunicações arriscadas são desestimuladas e, além disso, o próprio custo da prática de atividades arriscadas, absorvido pelo *pool* de risco. Esse último fator explica-se pelo fato de o *pool* ser responsabilizado pelos danos que possam vir a ocorrer. Sendo assim, provocar danos ambientais torna-se oneroso para cada um de seus membros, pois eles teriam de contribuir com o custo total, mesmo não sendo, individualmente, poluidores no caso específico. Isso contribui com a criação de formas cooperativas de prevenção de riscos ecológicos, pois cada membro do *pool* deveria trabalhar de maneira a prevenir os danos causados por si mesmo e também pelos demais membros

A proposta defendida por Teubner não é a da abolição da responsabilidade individual, tendo a mesma de ser substituída na totalidade dos casos envolvendo danos ambientais. Na realidade, dentro

da própria responsabilidade coletiva, há espaço para uma reindividualização. O objetivo disso é fortalecer a função preventiva do sistema de *pools* de risco, mediante o problema explicitado anteriormente. De acordo com as palavras de Teubner,

A situação pode ser comparada à da criação de um agente corporativo: no primeiro passo (criação do *pool*), ações, direitos e obrigações são atribuídos ao agente como tal. No segundo passo (regresso), perdas e lucros são distribuídos individualmente aos membros, conforme suas respectivas contribuições. A vantagem de tal procedimento em dois passos é que este combina as vantagens da responsabilidade coletiva com os incentivos de um recesso individualizante. A responsabilidade coletiva assegura que as vítimas recebam indenização, mesmo se a causalidade individual não puder ser constatada; a distribuição individual do regresso gera, para os agentes, incentivos para a redução do risco ecológico. (2005, p. 218-219)

Entretanto, caso tal reindividualização tivesse de ser realizada pelos tribunais, no momento do processo, este se tornaria demasiadamente oneroso, inviabilizando o modelo em tela. Busca-se, então, um modo de autorregulação dos *pools* de risco. Embora definidos arbitrariamente pelo Direito, eles se organizariam internamente, com regras de prevenção cooperativa e direito de regresso entre os membros poluidores em cada caso. Sendo assim, a vítima processaria o *pool*, não precisando provar qual de seus membros foi, efetivamente, o culpado, o que facilitaria a reparação, além de diminuir gastos tanto para si quanto para a Justiça.

A auto-organização da distribuição do regresso é, de fato, uma solução atraente. Se o *pool* de risco ecológico for organizado como agente corporativo, poder-se-iam evitar as desvantagens das duas soluções discutidas. A vítima somente precisaria processar um devedor (o *pool* ou um de seus membros, conforme a construção jurídica do *pool*), podendo exigir plena compensação dos seus danos, e não precisaria se preocupar com a divisão do dano entre os membros do *pool*. A divisão seria regulada pela autoadministração interna. As regras para tal divisão poderiam ser pré-acordadas, com a ajuda de critérios praticáveis. Assim, podem ser evitados custos consideráveis de informação e de exercício de direito. [...] (2005, p. 221)

Teubner conclui afirmando que:

[...] A gestão coletiva de riscos substituiria danos, verificaria contribuições de risco individuais, fiscalizaria atividades arriscadas de membros dos grupos, tomaria medidas preventivas em conjunto e traria inovações tecnológicas para controle de risco. Por óbvio, essa responsabilidade coletiva pode não cobrir riscos ecológicos difusos de grande extensão que sejam causados por um considerável número de agentes em grandes espaços de tempo e/ou geográficos. Nesses casos, fundos ecológicos que abranjam a sociedade e impostos ecológicos merecem, claramente, a preferência. Tampouco a responsabilidade clássica individual deveria ser substituída nos casos em que o nexo causal seja claramente identificável. (2005, p. 227)

Embora se admita ser necessária a substituição da forma de imputação de responsabilidade civil decorrente de danos ao meio ambiente, isso não significa a completa obsolescência do modelo de imputação kelseniano. Entretanto, o Direito não pode ficar engessado em uma perspectiva proposta no contexto social do início do século XX, no qual preponderavam litígios de ordem individual. Os dois modelos podem conviver enquanto a sociedade, paulatinamente, se transforma.

Após uma breve exposição do pensamento de Teubner, em consonância com um novo paradigma do Direito, algumas questões permanecem sem resposta, demandando um maior aprofundamento: a eficácia do referido modelo no plano fático, a necessidade ou não de haver regulação estatal em relação à organização interna dos *pools* de risco e os critérios de delimitação dos mesmos.

CONCLUSÃO

Diante da crise do modelo de imputação kelseniano frente a questões de ordem transindividual, foi feito um questionamento acerca da forma de imputação que poderia substituí-lo, ou, ao menos, conviver com ele. Em um primeiro momento, o Direito foi apresentado sob uma perspectiva sistêmica, como componente do sistema da sociedade. Em seguida, foram explicitados os elementos caracterizadores da responsabilidade civil e as modificações a serem feitas na estrutura dos mesmos, em se tratando de casos que envolvam danos ambientais.

Mediante o aprofundamento realizado nas três partes do artigo, infere-se que o campo de estudo da responsabilidade civil decorrente de danos ambientais é rico em possibilidades, visto que a efetividade da legislação vigente fica aquém do esperado para haver uma prevenção de danos. Além disso, há a necessidade premente de encontrar modos de impedir o surgimento de estratégias de inimizabilidade.

Para dar resposta às questões levantadas, discorreu-se sobre as considerações de Gunther Teubner acerca da “cúpula invisível”, conceito que mudaria o foco de imputação do indivíduo para as comunicações sociais de risco. Desse modo, a exigência da prova do nexo causal entre poluidor e dano teria de ser flexibilizada, proporcionando o surgimento da imputação coletiva de responsabilidade. A partir dessa premissa básica, surgem outros questionamentos relativos à forma de aplicar a imputação coletiva na prática. O próprio Teubner afirma que ela, assim como a teoria kelseniana, não se aplica à totalidade das situações em que haja dano ambiental. Na presença de riscos ecológicos de grande extensão e causados por fatores múltiplos, distribuídos por um grande espaço geográfico ou temporal, por exemplo, ela não seria eficaz. Infere-se, portanto, que várias formas de imputação de responsabilidade poderiam conviver no ordenamento jurídico, cada qual destinada a casos de determinada natureza.

Como foi visto, os Estados Unidos e a Alemanha fizeram algumas tentativas nesse sentido, mas o tema ainda exige discussões amplas. O avanço alcançado é a noção de que existe, de fato, a necessidade de desenvolver um novo modelo de imputação. Mas o sistema do Direito pode ter, ainda, de alterar profundamente suas bases para concretizar e obter êxito nessa questão.

BIBLIOGRAFIA

ARNAUD, André Jean. LOPES JÚNIOR, Dalmir. (org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréia da Silva Manão, Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 52/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6938.HTM>>. Acesso em: 21 ago. 2008.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. 6.ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ENTERPRISE LIABILITY DOCTRINE – DEFINITION. Disponível em: <<http://www.businessdictionary.com/definition/enterprise-liability-doctrine.html>> Acesso em: 29 nov. 2009.

LEGAL DEFINITION – CONCERTED ACTION. Disponível em: <<http://www.yourdictionary.com/law/concerted-action>>. Acesso em: 29 nov. 2009.

MATHIS, Armin. *O conceito de sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Disponível em: <www.geocities.com/simaocc/ebc_mathis-conceito.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2008.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

QUEIROZ, Marisse Costa de. *O direito como sistema autopoiético: contribuições para a Sociologia Jurídica*. Revista Sequência, Florianópolis, n.º 46, p. 77-91, jul. de 2003. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir&id=24542>. Acesso em: 05 ago. 2008.

ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma da sociedade globalizada. *Anuário do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado* (2001). Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, São Leopoldo, 2001.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental – As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba, SP: Universidade Metodista de Piracicaba – Campus de Taquaral, 2005.

