



NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

*João Luis Nogueira Matias**
*Jana Maria Brito Silva***
*João Luis Nogueira Matias Filho****

Resumo

O presente estudo se destina a analisar quais os principais desafios que a iniciativa privada enfrenta no que se refere à responsabilidade civil ambiental. A pesquisa foi realizada no ano de 2016, coletou entrevistas que tinham o objetivo de traçar um panorama sobre a forma que os advogados lidam com a alocação da responsabilidade civil ambiental nas suas matrizes contratuais e quais os maiores desafios a serem enfrentados para a melhor aplicação do instituto. A pesquisa foi autorizada, por meio da Plataforma Brasil, processo CAAE 55861916.2.0000.5054. Também realizou-se um levantamento jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sobre a aplicação da alocação da responsabilidade civil prevista nos contratos, no momento da atribuição da indenização, com o objetivo de investigar de que forma as matrizes elaboradas pelos advogados são incorporadas como parâmetro nas decisões. A metodologia utilizada na pesquisa é empírica e utilizou entrevistas, análises de minutas contratuais, levantamento jurisprudencial, além de fontes bibliográficas. Concluiu-se que a responsabilidade civil ambiental ainda se apresenta como um desafio de ampla complexidade em razão de não ser uma questão protagonista nas grandes operações. Observou-se, entretanto, que a preocupação com a questão vem crescendo e que inúmeros instrumentos contratuais já são utilizados com a função de facilitar a remediação e melhorar a previsibilidade financeira para a reparação dos danos. A pesquisa foi realizada no âmbito do Projeto de Pesquisa “Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: novos paradigmas para o direito privado”, decorrente da Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES Nº 22/2014, Processo 471157/2014-7.

* Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará. Professor do Curso de Mestrado do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7; Juiz Federal. Coordenador do Projeto de Pesquisa. “Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: novos paradigmas para o direito privado”, decorrente da Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES Nº 22/2014, Processo 471157/2014-7.

** Doutoranda em Direito Político e Econômico, Bolsista Capes Prodoc, Coordenadora Acadêmica na Fundação Getúlio Vargas (GVlaw). Pesquisadora do Projeto de Pesquisa. “Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: novos paradigmas para o direito privado”, decorrente da Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES Nº 22/2014, Processo 471157/2014-7.

*** Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC, pesquisador do Projeto de Pesquisa “Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: novos paradigmas para o direito privado”, decorrente da Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES Nº 22/2014, Processo 471157/2014-7.

Palavras-chave

Responsabilidade civil ambiental. Alocação de responsabilidade. Jurisprudência ambiental. Contratos. Novos parâmetros para o Direito Civil.

NEW PARADIGMS OF ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY

Abstract

The paper aims to analyze which are the main challenges faced by the private sector on the matter of civil environmental liability. The research took place in 2016 and conducted interviews with the goal of tracing the panorama about how lawyers deal with the allocation of civil environmental liability in their contractual matrix and which are the biggest challenges to be face in order to improve the application of this institute. The research was authorized by Plataforma Brasil (process CAAE 55861916.2.0000.5054). It also conducted a research in the *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) decisions about the application of the allocation of civil liability predicted in contracts in the moment of indemnity attribution, with the purpose of investigating the ways the matrix elaborated by lawyers are incorporated as a parameter to the judicial decisions. The methodology applied is empirical and utilized interviews, analysis of contracts, jurisprudential research and bibliographic sources. We concluded that the civil environmental liability still presents itself as a challenge of broad complexity in function of not being a major protagonist in big operations. We observed, however, that the concern with the matter is growing and that many contractual instruments are already being used with the function of facilitating the remediation and improve the financial predictability for damage repair. Therese arch was conducted in side the Research Project "The impacts of environmental protection on law: new paradigms to private law", originated in Call MCTI/CNPQ/MEC/CAPES N° 22/2014, Process 471157/2014-7.

Keywords

Civil Environmental Liability. Liability allocation. Environmental Jurisprudence. Contracts. New panorama for Private Law.

1. INTRODUÇÃO

A busca pelo desenvolvimento¹ necessariamente nos leva a discutir a atual relação de produção e meio ambiente. A partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em

¹ Segundo Bercovici "o desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos". BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. Uma atuação mais incisiva do Estado brasileiro na promoção do desenvolvimento delineou-se de forma clara a partir da década de 1930, com a transição de uma ordem predominantemente agrícola para uma sociedade urbano-industrial no esteio do período Vargas (1933-1954). Este processo veio acompanhado da configuração de um novo aparato estatal, que, gradualmente, foi se distanciando dos particularismos e imediatismos da República Velha (1891-1930). Em consequência, o avanço do processo de industrialização brasileira na década de 1940 abriu um debate sobre quais caminhos o país deveria seguir. Se se deveria optar por uma restauração do projeto liberal, pautado pela teoria das vantagens comparativas ricardianas e pela divisão internacional do trabalho, ou por um novo projeto de desenvolvimento pela via da industrialização induzida pelo Estado.

1972, aponta-se que seria necessário promover o desenvolvimento sustentado², cujo conceito foi inicialmente definido como sendo o “modelo de desenvolvimento que leva em consideração, além dos fatores econômicos, aqueles de caráter social e ecológico, assim como as disponibilidades dos recursos vivos e inanimados e as vantagens e os inconvenientes, a curto e longo prazos, de outros tipos de ação”.³

Essa relação entre desenvolvimento e meio ambiente motivou a elaboração de legislações domésticas mais protetivas, que estão no núcleo das discussões econômicas e sociais.⁴

Ao mesmo tempo, inúmeros desastres ambientais, decorrentes de atividades consideradas estratégicas para o desenvolvimento⁵, nos conduziram a uma reflexão sobre o papel do Estado em relação a esses danos, assim como ao papel da iniciativa privada em relação a reparação dos danos oriundos de suas atividades.

A partir dessas discussões, a Constituição Federal de 1988 dedicou especial atenção ao meio ambiente, quando dispôs no artigo 225 sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um bem de uso comum, essencial à sadia qualidade de vida.

Para a concretização efetiva desse direito, em um paradigma que ainda guardava resquícios de um modelo de desenvolvimento liberal, a Constituição reprimiu toda forma de lesão ao meio ambiente, fosse por ação ou omissão. Estabeleceu de forma específica condutas e atividades consideradas lesivas ao ambiente e lhes atribuiu sanções penais, administrativas, além da obrigação da

² DALY, Herman E. Crescimento sustentável: não, obrigado. **Ambiente & Sociedade**, v. VII, n. 2, jul./dez. 2004. DALY, Herman. *Ecological Economics and sustainable development. Selected essays of Herman Daly* Cheltenham, UK e Northampton, Massachussets, 2007

³ Unesco. **Biosphere Conference de Paris**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001471/147152eo.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2015.

⁴ BERCOVICI, Op cit.

⁵ Como o desastre da plataforma *Deepwater Horizon*, na *British Petroleum*, que ocorreu no Golfo do México, em 2010. Estima-se que houve o vazamento de aproximadamente cinco milhões de barris de petróleo no mar. Sobre isso ver: PETTIT, David; NEWMAN, David. *Blowout: Legal Legacy of the Deepwater Horizon Catastrophe: Federal Public Law and the Future of Oil and Gas Drilling on the Outer Continental Shelf*. Roger Williams **University Law Review**, Bristol, v. 17, p. 184-220, 2012. Cita-se ainda o desastre do navio petroleiro *Torrey Canyon* no Canal da Mancha, em 1967, do qual resultou no derramamento de cerca de 120.000 toneladas de petróleo.

reparação dos danos.⁶ Dessa forma, constitui-se a tríplice responsabilidade ambiental, que comporta em si consequências cumulativas.⁷

Em relação a responsabilidade civil, podemos entendê-la como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever originário”⁸. Associada a questão ambiental, temos o dever de reparar o dano ambiental a fim de que retorne preferencialmente a seu *status quo* anterior⁹ ou que haja a correspondente compensação financeira, caso a restauração não seja possível.

A base legal que, especificamente, vai regulamentar a questão é a Lei nº 6.938 de 1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente e que, em seu artigo 14¹⁰, vai delimitar os contornos da responsabilidade.

Partindo desses contornos extraímos os dois principais elementos da responsabilidade civil ambiental, quais sejam: o dano e o nexa causal. Atualmente se discute a ampliação dessa responsabilidade¹¹ para a esfera de influência da empresa¹², mas a jurisprudência ainda se posiciona majoritariamente pela perspectiva clássica que mescla dano e nexa causal.

Tento em vista a caracterização dessa responsabilidade objetiva, que por essência, não comporta a discussão de culpa e se estende por toda a cadeia

⁶ Constituição Federal. “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Constitucional do Meio Ambiente**. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 86.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

⁹ Restauração integral.

¹⁰ Art. 14. [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

¹¹ As discussões iniciaram pelo processo do trabalho, em casos que envolvem violação a direitos humanos (Processo nº 0001662-91.2012.502.0003 TRT2, São Paulo) e foram estendidos para questões socioambientais levantadas a partir da violação de direitos humanos no contexto da construção da Usina Hidrelétrica de Belo monte. (Processo 0000297-16.2013. 4. 01.3903 TRF 1ª região)

¹² RUGGIE, John Gerald. **Quando negócios não são apenas negócios**. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014, p. 55.

relacionada¹³, o ambiente negocial percebeu a necessidade de rediscutir formas mais eficientes de lidar com a incerteza e riscos relacionados a questão ambiental.

Partindo do pressuposto de que toda avaliação de investimentos e operações é composta pela ponderação dos riscos e expectativa do retorno,¹⁴ a questão ambiental passa a ser analisada como um fator de risco, em algumas vezes, determinante no cenário negocial.

É nesse contexto que as discussões sobre cláusulas de alocação de responsabilidade e demais instrumentos contratuais ganham destaque.

Passa-se a discutir quais instrumentos de salvaguarda jurídicos podem ser utilizados para tornar os efeitos de uma eventual condenação a reparação minimamente previsíveis, repartidos ou até garantidos. Conforme observa Luhmann, o conhecimento pode, em algumas circunstâncias, reduzir ou prevenir, porém jamais eliminar os riscos de uma operação econômica.¹⁵

Para compreender quais os principais desafios decorrentes dessa alocação do risco ambiental, a presente pesquisa se dedicou a consolidar inúmeros dados que pudessem diagnosticar como o direito está lidando com essa questão, na prática.

Trata-se de uma análise empírica uma vez que “produz e analisa dados, procedendo sempre pela via do controle empírico e fatural”¹⁶. Na primeira fase coletou entrevistas de advogados para entender quais os principais desafios no âmbito privado das negociações. O recorte dessas entrevistas se deu inicialmente por atores estratégicos dos principais escritórios do Brasil apontados pelo *Chambers and Partners*.¹⁷

¹³ IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

¹⁴ No texto original: “Instead, investment evaluation is a two-dimensional task involving a balancing of risk against return. The appropriate question when evaluating investment opportunities is not ‘what’s the rate of return?’ but ‘Is the return sufficient to justify the risk?’”. HIGGINS, Robert C. *Analysis for financial management*. 8 ed. Boston: McGraw-Hill, 2007. P. 284.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**.

¹⁶ DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

¹⁷ Consulta em: <<http://www.chambersandpartners.com/guide/latin-america/9>>

Em um segundo momento, entrevistou-se atores indicados, utilizando a metodologia “bola de neve”,¹⁸ técnica metodológica *snowball* também chamada *snowball sampling*¹⁹. Técnica, esta, conhecida no Brasil como “amostragem em Bola de Neve”, ou “Bola de Neve” ou, ainda, como “cadeia de informantes”²⁰. No total, foram consideradas válidas e efetivamente utilizadas, 11 (onze) entrevistas, que foram realizadas através de um questionário semiestruturado, com vistas a permitir liberdade de fala aos entrevistados, mas garantir pontos comuns para a análise comparativa.

Nessa fase, pudemos perceber algumas nuances dos desafios para a alocação da responsabilidade em contratos e especialmente sobre a forma que os órgãos julgadores recebem esses contratos como formato de aplicação mais eficiente das indenizações.

A partir disso, entendeu-se necessário investigar de que forma essas matrizes contratuais estavam sendo interpretadas e utilizadas. Para isso a pesquisa contou com um levantamento jurisprudencial²¹ de 132 decisões, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), entre 01/01/2010 a 01/12/2016.

A partir dessa análise, foram produzidos gráficos com os resultados a fim de investigar quantitativamente quantas decisões utilizavam a alocação contratual de responsabilidade e, temporalmente, em que momento isso ocorreu, para entender se, e em que momento, o tribunal começou a considerar essa possibilidade. Durante essa fase da pesquisa, houveram pode-se identificar dados qualitativos relevantes que não eram esperados. Um exemplo disso são as teorias utilizadas como fundamentação, que revelam uma tendência de postura do tribunal.

O Primeiro capítulo se destina a realizar uma análise qualitativa das entrevistas descrevendo e qualificando os dados encontrados. O segundo capítulo, se destina a analisar os resultados quantitativos e qualitativos encontrados na pesquisa de jurisprudência.

¹⁸ Essa técnica é uma forma de amostra não probabilística utilizada em pesquisas sociais onde os participantes iniciais de um estudo indicam novos participantes que por sua vez indicam novos participantes e assim sucessivamente, até que seja alcançado o objetivo proposto (o “ponto de saturação”). O “ponto de saturação” é atingido quando os novos entrevistados passam a repetir os conteúdos já obtidos em entrevistas anteriores, sem acrescentar novas informações relevantes à pesquisa. WORLD HEALTH ASSOCIATION. Division of Mental Health. Qualitative Research for Health Programmes Geneva: WHA, 994.

¹⁹ BIERNACKI, P. & WALDORF, D. Snowball Sampling: Problems and techniques of Chain Referral Sampling. **Sociological Methods & Research**, n. 2, November, p. 141-163, 1981

²⁰ PENROD, J.; PRESTON, D. B., CAIN, R. & STARKS, M. T. A discussion of chain referral as a method of sampling hard-to-reach populations. **Journal of Transcultural nursing**, v. 4. n. 2. April, 2003.100-107p.

²¹ Para o levantamento, utilizou como palavra-chave “responsabilidade civil ambiental”, as tags: Acordãos; Decisões monocráticas, notas: Direito Ambiental, período: 01/01/2010 a 01/12/2016 (data do julgamento). STJ, busca on-line.

Conclui-se que a utilização de ferramentas contratuais é uma tendência cada vez mais sofisticada enquanto sistema de salvaguarda. Os escritórios têm oferecido modelagens que atendem a demanda de cada cliente e que são capazes de gerenciar o risco ambiental inerente as mais diversas atividades.

Em relação a questão jurisprudencial, o que se percebe é que a alocação foi tradicionalmente vista como uma medida que fere a ordem pública e que exonera agentes, dessa forma, a maior parte sequer menciona a existência de um contrato. Apenas uma decisão, de 2016, utilizou o contrato como forma de repartir a responsabilidade civil ambiental.

Espera-se que esta pesquisa possa contribuir para a ampliação do debate sobre a questão, a partir de sua análise empírica e dos argumentos levantados no intuito de utilizar ferramentas eficientes e inovadoras para a preservação do meio ambiente.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E AS ESTRATÉGIAS CONTRATUAIS

Em uma primeira análise, o modelo de atribuição da responsabilidade, solidária, previsto na legislação brasileira é bastante eficiente. Privilegia-se a reparação do dano ambiental em detrimento de discussões sobre culpa e individualização da responsabilidade pelo dano.

Segundo esse modelo, o órgão julgador pode atribuir o pagamento integral da indenização ou correspondente reparação a qualquer agente que integre a cadeia do negócio, desde negociadores diretos até financiadores. Nesse sentido, o primeiro questionamento que surgiu no âmbito dessa pesquisa foi em relação ao modelo descrito e sua real eficiência.

Utilizando o exemplo descrito por Wanderley Fernandes²², podemos observar que existe uma complexidade que muitas vezes não é analisada da forma mais ampla. Em uma situação hipotética, que envolve uma negociação, a partir de uma análise de custos de transação e custos internos, o empresário decide se irá realizar sozinho o objeto contratual ou se irá associar-se a outros agentes para compartilhar os riscos e resultados.

Conforme o autor descreve²³, uma obra, em geral, envolve inúmeros agentes. Para a construção de uma infraestrutura, são necessários os “projetos, serviços de construção civil, montagem, aplicação de tecnologia, e consultores que poderão avaliar a viabilidade técnica e financeira do empreendimento”²⁴.

²² FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

²³ WANDERLEY, Op cit. p. 43

²⁴ Ibidem.

Devemos considerar que, nessa circunstância, cada uma das empresas envolvidas assumirá riscos oriundos da sua atividade.

Cada agente deverá mensurar que um erro ou inconsistência dos resultados individualmente planejados por si poderá causar danos e eventuais prejuízos. Um erro de projeto pode acarretar a necessidade da reestruturação completa e refazimento de uma obra. Como efeito, os custos monetários e temporais da obra estarão completamente fora do que se previu anteriormente e todas as outras atividades poderão ser impactadas. Nesse caso, estamos diante de um risco que possui dimensão individual e coletiva.

Se, no momento de elaborar sua matriz de risco, cada um desses agentes econômicos considerar os riscos globais de um determinado projeto, existirá uma sobreposição de contingências, e todos os agente envolvidos tomarão para si riscos que poderiam ser compartilhados.²⁵

O raciocínio desenvolvido pelo autor nos leva a pensar, em um primeiro momento, que seria mais interessante que cada agente individualmente calculasse somente os riscos ligados à sua atividade específica, para que não se acumulassem contingências e ferramentas de proteção redundantes, o que representaria um impacto financeiro significativo.

É razoável que todos assumam integralmente todos os riscos ambientais associados ao valor global do investimento? Será que todos os agentes possuem lastro financeiro para cobrir o custo total de uma indenização milionária? Quais os desafios enfrentados pela advocacia na elaboração de modelagens contratuais que delimitem e assegurem minimamente o risco ambiental?

Há uma racionalidade econômica na distribuição de riscos e é com base nisso que esta pesquisa buscou ouvir a opinião de advogados renomados sobre a forma com que estão lidando com essas questões em negociações nas quais estão envolvidos. Foram consideradas válidas e utilizadas 11 (onze) entrevistas e delas se podem tirar algumas análises.

A primeira análise que se pode fazer diz respeito aos modelos encontrados nos escritórios. Pode-se classificá-los em três tipos diferentes: 1. Tradicionais; 2. Moderados; e 3. Arrojados. Essa análise levou em conta a forma com que a responsabilidade ambiental era alocada nas matrizes contratuais.

O primeiro modelo, os tradicionais, são os mais conservadores. Nesse modelo não se observa a responsabilidade ambiental como uma questão central. É um modelo que considera o assunto como necessário, mas que se limita a uma alocação em uma cláusula geral, tratando pontualmente os problemas e condenações posteriores. Nesse modelo, o agente opta por discutir o risco de

²⁵ Ibidem.

uma indenização apenas depois que o dano ambiental foi causado, ou seja, o órgão julgador não possui fundamento para a repartição da responsabilidade.

O segundo modelo se apresenta com a estratégia mais buscada pela maior parte dos entrevistados. É um modelo moderado, que não se detém a uma cláusula geral e trabalha com um *blend* de ferramentas como seguros e estudos complementares. Esse modelo já busca uma alocação com cláusulas mais completas, conferindo ao órgão julgador clareza no percentual de responsabilidade atribuída a cada agente, além da execução das ferramentas auxiliares, como seguros.

O terceiro modelo, que foi classificado como arrojado, considera a questão ambiental uma discussão central e lida com ele de forma inovadora, fazendo uso de estruturas e garantias que eram conhecidas pelo mercado financeiro, mas que inicialmente não eram utilizadas para essa finalidade. Esses contratos, além de uma estrutura de cláusulas de alocação, trazem peculiaridades como a alocação temporal, pelas fases do negócio. Somam essa estrutura de repartição de riscos a utilização de instrumentos como o *escrow account*²⁶ e fundos garantidores criados para essa finalidade. Contratos que possuem essa estrutura mais complexa, desenvolvem essas ferramentas de forma customizada, para cada cliente, a partir de *due diligencies*²⁷ realizadas em vários momentos do processo negocial. Nesse caso, o julgador possui inúmeras opções no momento de executar uma indenização por dano ambiental. Inicialmente, ele pode executar todas as garantias previstas no contrato e, caso não sejam suficientes, pode executar o montante que resta proporcionalmente ao percentual atribuído contratualmente a cada agente.

Em todas as entrevistas consideradas os advogados assumiram a questão ambiental como algo que deve ser discutido e que, a depender do passivo ambiental envolvido ou dos riscos oriundos da natureza do negócio, pode até inviabilizar a operação.

Expuseram que, no geral, os clientes preferem uma estrutura de garantia mínima, proporcional ao risco, e quando isso se torna uma questão que não consegue ser ultrapassada na negociação, optam por uma estrutura mais simples, adotam cláusulas gerais e preferem lidar com questões futuras. Nesse caso, pode-se perceber que a questão ambiental é nuclear até quando não se torna um problema ou obstáculo para a operação.

²⁶ Instrumento muito utilizado em operações de M&A. Nele, parte do investimento contemplado na operação ficará retido por um determinado período, para fazer frente a possíveis passivos que poderão aflorar nos anos seguintes à concretização do negócio. Normalmente, esse montante fica depositado numa conta bancária, aberta especialmente para esse fim e sujeita a certas regras específicas para ser movimentada

²⁷ Auditorias

A questão também é colocada como central quando, por natureza, há essa demanda, por exemplo, quando envolve área contaminada ou atividades potencialmente poluidoras. Nesse caso os negociantes demonstram familiaridade e maleabilidade em escolher estruturas contratuais mais robustas.

Em duas das entrevistas, os/as advogados/as mencionaram que algumas empresas estrangeiras possuem perfis peculiares. Algumas se dispõem a reparar, inclusive, passivos anteriores, como áreas contaminadas. Enquanto outras sequer iniciam a negociação se observam passivos de difícil recuperação ou grandes riscos envolvidos.

Em outra entrevista, foi dito que em alguns setores, como infraestrutura, os negociantes já estão bastante familiarizados com exigências legais ambientais e com a necessidade de alocação de risco no contrato. Assim, trata-se de uma negociação bem mais rápida e simples, mas que normalmente se atém ao mínimo necessário.

Dez, dos/as onze entrevistados/as, afirmaram que alocam responsabilidades ambientais no contrato e um deles/as acredita que essas cláusulas ferem a ordem pública.

Por fim, outra questão levantada que foi avaliada como relevante diz respeito ao próprio conceito do que seria um dano ambiental. Em uma das entrevistas, o/a entrevistado/a ressaltou que em alguns momentos há um grande esforço para a construção de uma matriz contratual bastante complexa, em razão de se tratar de atividade potencialmente causadora de danos, e o mero impacto da atividade já é considerado e julgado como dano. Essa interpretação aciona o sistema de garantia por um impacto que foi inicialmente licenciado e considerado aceitável, que não foi contabilizado como risco. Nesse caso, pode-se ter um aumento incomensurável no custo da operação.

Em relação aos órgãos licenciadores, todos os/as entrevistados/as afirmaram que se vive um momento de aprimoramento e que normalmente são razoáveis e se atém ao cumprimento da sua atribuição legal. Ressaltou-se apenas que a atribuição de multas nem sempre é coerente e que a falta de um sistema integrado permite que um mesmo dano seja notificado e multado por mais de um órgão.

No que diz respeito ao poder judiciário, os/as entrevistados/as afirmam que já se observa um momento de abertura, que se deu principalmente a partir da criação das Varas Especializadas. Dois entrevistados acreditam que essa especialização nem sempre é positiva, tendo em vista que coloca o magistrado diante de um único tema, levando-o a falta de parâmetros comparativos e até uma certa militância da causa. Entretanto, a maioria concorda que a criação das Varas especializadas é positiva e que possuem magistrados mais qualificados, abertos ao tema e a soluções inovadoras.

Nove entrevistados/as afirmam que a alocação contratual das responsabilidades ambientais é utilizada primordialmente para fins de ação de regresso após a condenação de um dos agentes. Um entrevistado afirmou que é possível utilizar o contrato como parâmetro, na própria sentença condenatória, mas que não é a regra. Afirmou que muitos julgadores são reticentes e que preferem alocar em quem percebem mais apto à reparação do dano. O/A entrevistado/a restante afirmou que é possível realizar a alocação e que já há precedente para a utilização da repartição da responsabilidade em cotas previstas no contrato.

Foi a partir desse dado que a esta pesquisa viu a necessidade de investigar qual é a tendência de aplicação dos contratos como parâmetro das sentenças que definem multa por dano ambiental. Para isso utilizou-se de pesquisa jurisprudencial, realizada nos julgados do STJ, num lapso temporal de aproximadamente 10 (dez) anos.

3. JURISPRUDÊNCIA E APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE ALOCAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

A negociação que envolve a alocação de responsabilidade ambiental é vã se, no momento da aplicação da indenização, esta irá recair sob um único agente ou se não é clara o suficiente para ser utilizada para arbitragem. A primeira consequência é o aumento de riscos que irá impactar a lógica de custos. Conforme já comentamos, nesse modelo o agente possui a necessidade de calcular sua operação arcando com o custo global.

A segunda consequência, diz respeito a própria viabilidade real do negócio frente a esse custo e a saúde da empresa após arcar de forma solitária com uma indenização de grande vulto.

É evidente que a alocação contratual é, por essência, instrumento que deve ser utilizado para fins de ação de regresso, oponível a todos os outros agentes envolvidos na operação. Entretanto, não podemos afastar a aplicação do direito, sendo a alocação contratual aplicada, a princípio, apenas aos contratantes.

Por exemplo, uma empresa que responde por um grande desastre ambiental, de forma solitária. A primeira coisa que devemos considerar é que o lastro financeiro disponível, da empresa nem sempre é suficiente. Muitas empresas que trabalham com infraestrutura recorrem a financiamentos bancários para a realização dessas obras e comprometem seu patrimônio em garantia. Supondo que a empresa tenha 10 (dez) grandes obras em execução e (10) dez financiamentos, a serem pagos em 30 (trinta) anos. Uma parte do seu patrimônio já está comprometida, por um longo período de tempo.

A segunda coisa que devemos levar em conta diz respeito a relevância da manutenção da atividade empresária. A sanção civil deve ter uma função reparadora do dano, não é seu objetivo a falência da empresa. Em alguns casos, a desvalorização das ações da empresa após o dano ambiental, somada a reparação, leva a falência da empresa, mas esta não é o objetivo central da legislação. Inclusive, para a efetiva concretização dos Objetivos da República, é fundamental que haja o bom desenvolvimento e manutenção das atividades empresárias.²⁸

O cenário ideal, nesse caso, seria a repartição do montante da reparação da forma em que está disposta em contrato. Dessa forma, cada agente irá arcar com o risco que calculou, desde o início da operação. Esse risco já foi levando em conta no preço final do produto e nas ferramentas contratuais escolhidas. A reparação, portanto, estaria garantida, da forma mais eficiente.

Como dito anteriormente, seria o cenário ideal, entretanto, alguns agentes fazem uso desse raciocínio para se eximir da responsabilidade pelo dano ambiental causado, atribuindo-o a empresas menores, as vezes sem patrimônio, com vistas a dificultar a execução.

Nesse caso, os dados bibliográficos levantados pela pesquisa demonstram que, no Brasil, não há impedimento legal a alocação de responsabilidades, entretanto, são nulas as cláusulas que ferem a ordem pública e exoneram agentes da responsabilidade.²⁹

Ou seja, no caso explanado, em que a empresa usa o contrato como instrumento para não pagamento da reparação, são nulas referidas cláusulas, e, ainda que não fossem, é prioritária e de interesse público a reparação, logo, essas cláusulas não seriam levadas em conta.

Entende-se que no momento de analisar a incidência de uma reparação, o órgão julgador deve fazer esse exame do instrumento contratual. Tanto para afastá-lo em caso de ilegalidade, como para utilizá-lo como um instrumento de eficiência quando essa alocação é feita de forma legal. Uma vez realizada essa análise, a decisão pode garantir uma execução/reparação muito mais rápida, além de garantir que a sanção não inviabilizará a atividade empresária.

Há ainda outro desafio relacionado ao modelo de aplicação da alocação contratual, que diz respeito a relação que se faz ao princípio do poluidor pagador. Controlar e prevê riscos não significa “parar para poluir”. Muitos agentes são imprudentes ou mesmo agem com dolo, causam o dano ambiental por

²⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional; [...].”

²⁹ FERNANDES, Op cit.; CAVALIERI FILHO, Op Cit.

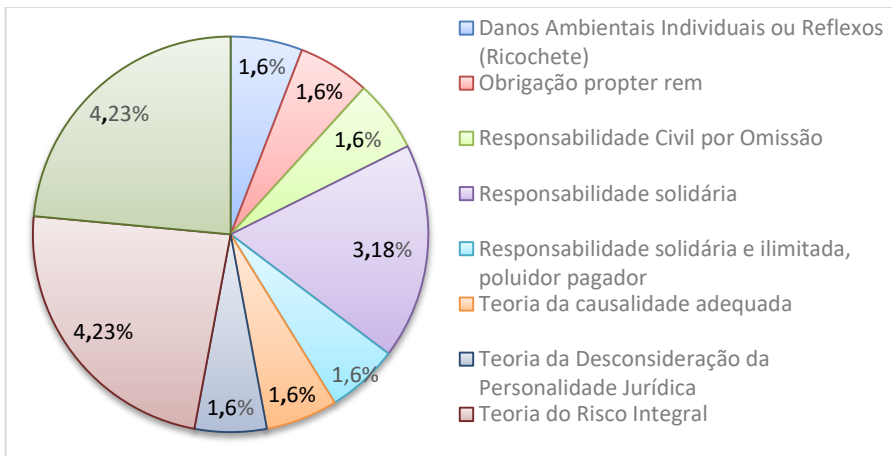
acreditar que no cálculo final da operação a escolha irá compensar. Essa interpretação deve ser completamente afastada e reflete um posicionamento utilitarista do bem ambiental que cada vez mais se busca afastamento.

A partir dessa constatação, analisou-se uma análise sobre a forma com que o STJ estava utilizando o instrumento contratual nas suas decisões. É relevante ressaltar que das 132 decisões analisadas, optou-se por avaliar somente aquelas que possuíam discussão material, ou seja, decisões em sede de agravo não foram consideradas. No total foram analisados os textos de 17 (dezesete) Recursos Especiais que discutiam matérias de responsabilidade civil ambiental.

Além da responsabilidade civil, outras teorias foram analisadas pelas decisões, quais sejam: responsabilidade solidária, teoria do risco integral, desconsideração da personalidade jurídica, danos individuais ou reflexos etc.

Podemos observar no gráfico abaixo quais fundamentações foram mais utilizadas, associadas a responsabilidade ambiental. Resta evidente que para fins de fundamentação, a maior parte das decisões opta por teses adequadas e coerentes, entretanto, mesmo em face de operações que envolvem múltiplos agentes, os contratos não são considerados no momento da atribuição de responsabilidade.

Gráfico 1 — Fundamentações utilizadas para a responsabilidade ambiental



Fonte: Elaboração própria

A utilização de teorias como desconsideração da personalidade jurídica, danos ambientais reflexos, responsabilidade solidária e ilimitada, nos revela uma tendência de aplicação da corrente mais clássica que defende a aplicação da responsabilidade civil e aplica a obrigação de reparação ao agente que, em um primeiro momento, se mostra mais apto a realizá-la.

Além dessas questões, outro ponto não pode deixar de ser discutido e que diz respeito a utilização dessas matrizes contratuais para processos de Arbitragem. Observou-se que a demora que envolve a ação de regresso, e os danos à saúde da empresa no decorrer da ação, podem ser minimizados se a questão for resolvida em Câmaras Arbitrais. Essa foi a solução encontrada pelos advogados para lidar com a aplicação ilimitada da responsabilidade civil ambiental a um único agente da operação.

É fato que nem sempre esse dano é possível de ser compartilhado, por exemplo, quando há uma rápida condenação de uma única empresa, principalmente se o dano ambiental envolve questões socialmente sensíveis. Ao concentrar a condenação em um único agente, os danos à imagem da empresa também são concentrados.

Por exemplo no caso em que envolve o desastre na cidade de Mariana houve uma grande repercussão em torno da empresa Samarco, assim como da Vale S. A.. Ambas tiveram as cotações de suas ações mais baixas dos últimos 10 (dez) anos.³⁰ Da mesma forma não se observou um efeito tão intenso nas ações da BHP Billiton, empresa que também integra o grupo. A Samarco é apenas uma *joint venture*, de capital fechado, da qual fazem parte BHP Billiton e Vale S. A. (50% de controle para cada uma das empresas).

Nesse caso, as repercussões envolvendo a imagem da Vale e da própria Samarco foram muito superiores à da empresa BHP Billiton, dado que se revela em uma simples comparação da desvalorização das ações dessas empresas.³¹ Ou seja, ainda que haja a previsão contratual que possibilite a divisão do montante referente a reparação do dano ambiental, essa divisão em geral não comporta o dano à imagem da empresa que foi mais exposta.

Nas decisões levantadas não se identificou menção ao dano à imagem, mas a presente pesquisa acredita que a responsabilização de um grupo, evita a concentração midiática em torno de uma única empresa. Devemos considerar que danos à imagem e severa desvalorização da empresa são fatores que podem dificultar a alocação de recursos para a própria reparação.

Por fim, ao contabilizar as decisões judiciais que fazem menção expressa a alocação realizada no contrato, encontrou-se apenas uma decisão que representou apenas 6% do total.³²

³⁰ <http://www.valor.com.br/empresas/4327432/desastre-da-samarco-faz-acao-da-vale-atingir-menor-nivel-em-dez-anos>

³¹ A queda nas ações da BHP Billiton foi, em média de 2,5%. Dado disponível em: <<http://br.advf.com/bolsa-de-valores/asx/BHP/cotacao>>. Acesso em: 14 de jan de 2017. No caso da Vale caíram em média 7,5%. Dado disponível em: <<http://bvmf.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/empresas-listadas/ResumoEmpresaPrincipal.aspx?codigoCvm=4170&idioma=pt-br>> Acesso em: 14 jan. 2017.

³² Segundo o texto da decisão “. No caso em exame, adotando-se a interpretação das cláusulas dos contratos celebrados entre os litigantes e as premissas fáticas e probatórias, tal como delineadas

Em razão disso, reafirmamos que a utilização de cláusulas de alocação de responsabilidade civil ambiental ainda é bastante tímida mesmo diante do esforço dos advogados em utilizar o contrato como ferramenta de certeza e eficiência. Observou-se que ainda há uma presunção absoluta da responsabilidade solidária ilimitada como melhor forma de atribuição dessa responsabilidade.

Percebe-se que há um temor em relação ao compartilhamento dessa responsabilidade que é justificado por fatores como a demora na prestação, violação da ordem pública, tentativa de fraude à execução e exoneração de responsabilidade. Acredita-se que se trata de uma postura ainda um pouco conservadora e que tente a se atualizar para trazer mais eficiência a reparação de danos ambientais, tendo em vista que caberá ao magistrado analisar as possibilidades do caso e julgar se é pertinente usar as cláusulas contratuais como parâmetro ou não.

4 CONCLUSÃO

A urgência da proteção ao meio ambiente e a relação entre o ser humano e a natureza vem sendo gradativamente modificada nas últimas décadas. A preocupação com a preservação do meio ambiente é redimensionada, novas estratégias começam a ser traçadas. O conceito de desenvolvimento não deve mais ser analisado de forma dissociada da preservação ambiental.

A partir desse novo paradigma, as atividades consideradas como danosas ao meio ambiente passaram a ser punidas com mais rigor e em múltiplas instâncias. Uma das dimensões mais discutidas é a responsabilidade civil ambiental, objeto de análise desta pesquisa.

Buscou-se extrair os principais desafios enfrentados pelos advogados que lidam diretamente com o risco ambiental em suas operações e de que forma as modelagens contratuais desenvolvidas por eles estão repercutindo nas decisões que envolvem a responsabilidade civil ambiental.

Dessa pesquisa concluiu-se:

na instância de origem, conclui-se que as condutas comissivas e omissas de todas as partes, cada qual em sua esfera de responsabilidade assumida contratualmente e, extracontratualmente, pela teoria do risco da atividade (CC/2002, art. 927, parágrafo único), foram determinantes para que o vazamento da gasolina gerasse os danos materiais e ambientais verificados e, inclusive, chegasse a ter grandes proporções. Está, assim, configurada a concorrência de culpas para eclosão do evento danoso, sendo certo que cada litigante deve responder na proporção de sua contribuição para a ocorrência do dano. STJ. REsp1615971/DF. Min. Rel Marco Aurélio Bellizze. 3ª T. Julgado em: 27 set 2017. DJe: 07/10/2016.

1. A alocação de responsabilidades é uma tendência das matrizes contratuais tendo em vista que confere mais segurança, previsibilidade e que reduz o custo de transação das operações, entretanto ainda há uma incidência muito tímida nas decisões judiciais que, em sua maioria, não as levam em conta.
2. Ainda há uma interpretação de que alocação de responsabilidade contratual é sinônimo de exclusão de responsabilidade, além de ferir a teoria de responsabilidade solidária e ilimitada acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta pesquisa acredita que a alocação não se opõe a adequada responsabilização e que cláusulas de exclusão que firmam a ordem públicas são nulas, portando não oponíveis.
3. Observou-se que já há a formação de uma consciência nas empresas que facilita a inserção da questão ambiental em suas operações, mas que normalmente a discussão perde relevância quando se torna um obstáculo ao fechamento do negócio.
4. Observou que os escritórios estão qualificados e preparados a oferecerem estratégias diversas, segundo a necessidade dos seus clientes, para mitigar o risco ambiental e minimizar os impactos de uma eventual responsabilização. Conforme mencionado, há vários perfis de escritório de variam desde os mais clássicos até os que produzem modelagens bastante arrojadas.
5. Essas matrizes são bastante relevantes não somente para balizar a alocação em ações judiciais, mas também para servirem como parâmetros em processos arbitrais que costumam ser mais céleres que ações de regresso.
6. Em outra perspectiva, analisou como o STJ está recebendo essas matrizes contratuais como balizas decisórias. Conclui que ainda é bastante residual e somente uma decisão fez referência expressa a alocação contratual. As demais decisões sequer citam a existência de contratos e utilizam teorias como responsabilidade solidária, danos reflexos etc., para atribuir o dever de reparar ao agente que aparenta possuir mais condições para realiza-la. Cabe a este, portanto, buscar reparação e discutir sua responsabilidade frente aos demais em ação de regresso ou arbitragem.
7. Por fim, acredita que a utilização de instrumentos privados para a proteção do meio ambiente e criação de um padrão de eficiência também para fins de preservação é uma relevante oportunidade, que transita entre o público e o privado, e que se coloca como uma nova tendência. A utilização desses instrumentos pode revelar

soluções mais ágeis e adequadas para o meio ambiente, além de minimizar o custo de operações.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIERNACKI, P. & WALDORF, D. Snowball Sampling: Problems and techniques of Chain Referral Sampling. **Sociological Methods & Research**, v. 2, Nov., p. 141-163, 1981.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DALY, Herman E. Crescimento sustentável: não, obrigado. **Ambiente & Sociedade**. Vol. VII nº . 2 jul. /dez. 2004.

DALY, Herman. **Ecological Economics and sustainable development**. Selected essays of Herman Daly Cheltenham, UK e Northampton, Massachussets, 2007

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

HIGGINS, Robert C. **Analysis for financial management**. 8 ed. Boston: McGraw-Hill, 2007. P. 284.

PENROD, J.; PRESTON, D. B., CAIN, R. & STARKS, M. T. A discussion of chain referral as a method of sampling hard-to-reach populations. **Journal of Transcultural nursing**, v. 4, n. 2, Apr. 2003, p. 100-107.

PETTIT, David; NEWMAN, David. Blowout: Legal Legacy of the Deepwater Horizon Catastrophe: Federal Public Law and the Future of Oil and Gas Drilling on the Outer Continental Shelf. **Roger Williams University Law Review**, Bristol, v. 17, p. 184-220, 2012.

RUGGIE, John Gerald. **Quando negócios não são apenas negócios**. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014, p. 55.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Constitucional do Meio Ambiente**. Saraiva: São Paulo, 2008.

STJ. REsp 1615971/DF. Min. Rel Marco Aurélio Bellizze. 3. T. Julgado em: 27 set 2017. DJe: 07/10/2016.

WORLD HEALTH ASSOCIATION. Division of Mental Health. **Qualitative Research for Health Programmes**. Geneva: WHA, 994.

* Recebido em 4 jun. 2017.

