

Jean Carlos **DIAS**

Bernardo Augusto da Costa **PEREIRA**

ANÁLISE ECONÔMICA do Processo Civil Brasileiro

2ª Edição

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

O PROCESSO CIVIL AMBIENTAL: A RESPONSABILIDADE POR DANOS ACIDENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A ABORDAGEM DE LEONARD HAND.

11.1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Um dos problemas centrais quanto à reparação dos danos ambientais diz respeito à averiguação quanto à configuração da conexão jurídica entre o fato lesivo e a sua respectiva autoria.

De modo geral, essa questão é respondida com base no princípio do poluidor-pagador. A literatura, de modo a configurar um nexo de causalidade entre o dano, muitas vezes uma externalidade negativa, e o responsável por sua reparação, explica que tal padrão normativo:

Visa imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade pelo dano ecológico abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda natureza¹²³.

123 MILARE, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT. 2001, p. 116.

Essa noção, assim, permite a configuração de um vínculo jurídico reconstituído retrospectivamente, por meio do processo judicial, na medida em que, analisando um fato lesivo presente, localiza sua causa no tempo e, assim, imputa a autoria.

O cerne da questão, desta maneira, manifesta-se na busca pela formação do binômio autoria-responsabilidade.

No caso do dano ambiental o regime de responsabilidade é o objetivo. Embora amplamente reconhecido pela doutrina e pela legislação, o fundamento para a incidência desse regime quase sempre, paradoxalmente, sustenta-se em uma explicação histórica e fundada nos pressupostos do direito individual, por exemplo: “a responsabilidade civil objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o Direito Romano: aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes”¹²⁴.

Essa explicação é evidentemente insuficiente e equivocada do ponto de vista de uma leitura consorciada dos princípios que regem atualmente o direito ambiental.

A Análise Econômica do Direito oferece ferramentas teóricas que indicam um conjunto de fundamentos, racionalmente, mais robustos e capazes de, sistematicamente, ponderar os princípios ambientais.

No presente ensaio pretende-se examinar o problema dos fundamentos da responsabilização pelos danos ambientais acidentais e demonstrar que, ao contrário do que vem sustentando a literatura especializada, seu fundamento deve ser situado no campo dos princípios da prevenção e da precaução e não na leitura clássica da responsabilidade como entendida no plano do direito civil.

11.2. A CULPA EM SENTIDO ESTRITO E A FÓRMULA DE HAND

Nossa tradição jurídica tem equacionado a configuração de responsabilidade em função da intencionalidade. Desse modo, nosso sistema constitui o dever de reparação mediante a aferição da vontade em produzir o dano, traçando dois grandes ambientes: o que a intenção será essencial para a responsabilização, a que chamamos, um tanto livremente, responsabilidade civil pelo método subjetivo, e um outro, cuja pesquisa da intenção é des-

124 MILARÉ, op. Cit., p. 429.

necessária em função da ênfase na aferição do resultado, a que intitulamos de responsabilização pelo método objetivo.

No método subjetivo há diversidade na manifestação da intenção em gerar o resultado que produziu a curiosa classificação entre os fatos causados intencionalmente por dolo e os atos causados, sob a ficção da intenção, por defeito na atuação da vontade do agente, configurando a culpa sob três modalidades: a imperícia, a imprudência e a negligência.

Imperícia é a falha técnica não escusável cometida por quem, em tese, possui a habilidade e capacitação necessárias. A negligência é a falta de cuidado, de atenção, que era razoável esperar do infrator em determinada situação específica. A imprudência, enfim, se manifesta por meio da assunção excessiva de riscos pelo infrator ao praticar ou omitir-se de praticar o fato que se constitui como infração à norma.

Em outras palavras, o nexo de causalidade pode ser constituído pela revelação de uma conduta intencional direcionada ao resultado ou por uma intenção presumida em razão de defeitos acidentais da conduta do agente.

Naquelas três situações, percebe-se que a responsabilização depende de uma avaliação, *ex post*, acerca da conduta tida por causadora da lesão que constitui a base do pleito por indenização.

O núcleo da configuração da responsabilidade nesses casos depende, assim, de uma crítica posterior – uma vez que promovida em julgamento que sempre superveniente à conduta questionada – tendo por paradigma uma conduta ideal construída também posteriormente.

Logo, a aferição da culpa em sentido estrito em nosso sistema depende da possibilidade de construção de uma conduta ideal e o grau de desvio do agente em relação a ela.

Naturalmente, a análise desse tipo de problema desperta acirrados debates, quase nunca se podendo chegar a uma conclusão que possa ser amplamente aceita pelas partes envolvidas.

Esse mecanismo teórico permite duas ordens de crítica: a primeira, óbvia, é que esses julgamentos tendem a ser injustos, uma vez que a conduta ideal é construída e aplicada retroativamente, isto é, é definida em um julgamento cuja finalidade é qualificar um fato ocorrido no passado e para o qual não havia conduta-modelo a que as partes pudessem aquiescer e seguir. A segunda é que não se pode pretender nenhuma racionalidade em julgamentos como esses, porque a conformação da conduta-modelo

depende em tal patamar da própria expectativa do avaliador que não poderia esperar qualquer previsibilidade de resultado.

Resta saber se esse modelo pode ser estendido ao direito ambiental, sem qualquer ressalva ou qualificação.

Como se antecipou na apresentação do problema sob exame, a tese não se sustenta em função do fato de que nosso ordenamento impõe a responsabilização objetiva em que a intenção é dado desnecessário para a formação do dever de reparar.

A despeito disso, questiona-se: a responsabilidade objetiva pode ser estruturada no campo ambiental, por exemplo, fazendo recurso à fórmula de Hand, de modo a escusar os danos acidentais?

Desde logo, destaca-se que, no direito americano e inglês, ambiente natural da análise econômica do direito, a expressão negligência, geralmente, denota todas as formas de culpa em sentido estrito, pelo que se passa, no presente texto, a utilizá-la nesse sentido.

A análise econômica do direito tem sido especialmente aplicada no campo da negligência, sobretudo para tentar oferecer um modelo alternativo à “qualificação” *ex post* da conduta do agente que comporta as críticas que antes expusemos.

Em várias situações a análise econômica do direito serve-se da fórmula de Hand¹²⁵ para verificar se uma conduta pode ser considerada como negligente ou não, dependendo dos esforços do agente em evitar o resultado.

O núcleo da fórmula de Hand está centrado na ideia de evitabilidade precaucional do dano, ou seja, a conduta poderá ser considerada negligente ou não em função dos custos da prevenção.

Desse modo, a responsabilização deriva da análise do nível eficiente de precaução que deveria o agente adotar em relação ao dano potencial. Os custos comparativos são decisivos para formar o juízo a respeito da reparabilidade de uma lesão.

Na fórmula, a probabilidade do dano corresponde a (P), sua amplitude a (L) e o custo de prevenção do fato, (B).

125 Ver a respeito a crítica de Richard Wright em: “Hand, Posner, and the Myth of the ‘hand Formula’”. In: *Symposium, Negligence in the Law*, 4 *Theoretical Inquiries in Law* 145 (2003).

A esse respeito, Posner expõe que “Hand escribió que un victimario potencial es negligente si y solo si $B < PL$ ”¹²⁶. Desta maneira, a conduta negligente é qualificada não por seus aspectos subjetivos, isto é, relacionados à extensão da imperfeição da intenção, mas sim por aspectos relacionados ao próprio custo de prevenção do fato.

Logo, sempre que os custos de prevenção forem maiores que o valor obtido da função constituída pela probabilidade e extensão da perda, o agente não poderá ser considerado negligente. O sentido contrário também é verdadeiro, ou seja, se o custo de prevenção for menor, o agente será negligente.

Desse modo, pode-se concluir que a extensão e a probabilidade do dano constituem-se como paradigmas para a configuração da negligência e, por via de consequência, para a exigência de reparação.

Na jurisprudência americana, alguns casos foram emblematicamente resolvidos mediante a aplicação da fórmula de Hand. O caso *Hendricks vs. Peabody Coal Co.* é um dos mais citados. Nele, a companhia foi condenada a pagar a indenização por ter o autor se acidentado ao nadar em um poço de mina inundado, porque os custos de prevenção (cerca) eram muitos menores que o dano físico sofrido pela vítima.

Deste modo, a fórmula de Hand sugere não uma avaliação subjetiva da conduta, mas uma objetivação em termos de custos, capazes, assim, de gerar uma apreciação mais apurada da negligência.

Merece lembrete que a aplicação da fórmula possibilita duas vertentes. De um lado, digamos, menos ambicioso, permite considerar em uma dada situação qual comportamento pode ser razoavelmente esperado e, em função disso, capaz de retratar a negligência. Uma outra visão, mais abrangente, considera os custos que a sociedade é obrigada a assumir quando não é adotada a conduta eficiente de precaução do risco e, por isso, serve como base para a crítica das normas vigentes.

É importante, porém, questionar se a fórmula de Hand pode ser transplantada para qualquer ambiente normativo sem a devida qualificação do cenário jurídico em tela.

O apelo a uma incidência geral poderia levar a uma reformulação substancial do regime de reparação dos danos ambientais a serem examinados

126 POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. Mexico: FCE, 2007, p. 272.

no presente estudo. Inclusive criando, nos nossos termos, um excludente de responsabilidade de largo alcance.

Na seção seguinte desenvolve-se melhor o tema.

11.3. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE NOS DANOS ACIDENTAIS E A ANÁLISE ECONÔMICA NO CASO DE NEGLIGÊNCIA

Quando se está diante da possibilidade de causação de um dano acidental, o cenário normativo pode caminhar em, sinteticamente, três direções diferentes.

Essas três alternativas retratam os diversos modelos teóricos que o quadro normativo pode abranger. Exatamente pela possibilidade de formação de múltiplos cenários é que essa estratégia é examinada pela análise econômica do direito, procurando, de forma consistente, explicar quais condutas serão adotadas pelos agentes.

A primeira direção consiste em, simplesmente, não atribuir qualquer responsabilidade na ocorrência de um dano não intencional. A ausência de responsabilidade determinará uma conduta racionalmente provável: simplesmente o agente deixará de tomar qualquer medida precaucional. Neste sentido, Shavell expõe: “*if there is no liability for accidents, injurers will not exercise any care*”¹²⁷. A razão dessa conclusão é óbvia: o investimento em precauções representa um custo que não gera qualquer benefício, pelo que se pode supor que o agente causador de modo algum adotará comportamento diverso.

A segunda direção é a aferição da responsabilidade em função do nível precaucional adotado frente à extensão do dano e sua probabilidade.

Apenas nesta vertente a fórmula de Hand, adotada pelo principal teórico da Análise Econômica do Direito, tem aplicação.

Ela sugere que o adequado nível de proteção pode ser decisivo. Isso porque o nível eficiente de precaução a ser adotado pelo causador potencial do dano é relacionado à probabilidade e extensão do dano. Desse modo, somente é razoável esperar que este invista em precaução se isso promover a economia no pagamento de indenizações derivadas dos danos potenciais.

127 SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press. 2004, p. 179.

O desafio, portanto, consiste em aferir o nível de precaução adequado em cada caso, mas isso só faz sentido se há liberdade de ação por parte do agente quanto à assunção de riscos de reparação do ponto de vista do panorama normativo.

Desse modo, é plausível que os danos não intencionais sejam calculados tendo em vista o padrão precaucional. Em função dessa premissa, os agentes conceberão livremente suas estratégias de gestão do dever de reparação, assumindo, porém, que níveis insuficientes levarão à responsabilização. A esse respeito, Shavell aponta: “*under the negligence rule, an injurer is held liable for the accident losses he causes only if he was negligent, that is, only if his level of care was less than a level called due care that the courts specify*”¹²⁸.

A terceira direção consiste na imposição normativa de que a intenção será desconsiderada, criando um padrão de responsabilização incondicional pelos danos acidentais.

Esse modelo deverá estimular os agentes a adotar o maior nível de precauções, no intuito de precaver quanto à possibilidade de ocorrência de danos. Aceca dele, Rodrigues aponta: “um regime de responsabilidade incondicional, ao obrigar o causador a suportar danos que eventualmente não estava ao seu alcance evitar é muitas vezes sentido como injusto”¹²⁹.

Por outro lado, do ponto de vista da eficiência esse modelo sugere a tomada do mais amplo nível de precaução. Rodrigues analisa “se o condutor tiver que suportar a totalidade dos custos originados pelo acidente [...] é levado, na defesa do seu interesse privado, a adotar o comportamento mais eficiente”¹³⁰.

No caso dos danos ambientais acidentais, nosso sistema rejeita as duas primeiras direções. A responsabilidade objetiva fundada na incondicionalidade força necessariamente a eleição do maior nível de precaução contra os eventuais danos.

Nesse sentido, a lei 6.938/1981, no parágrafo primeiro do art. 14, insere o marco normativo essencial para a contextualização da responsabilidade pelo dano ambiental.

128 SHAVELL, 2004, op. Cit., p. 180.

129 RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 92.

130 RODRIGUES, 2007, op. Cit., p. 92.

Esse modelo, assim, claramente está comprometido com a maximização dos meios de precaução porque a ampliação tende a impedir a ocorrência dos danos e, deste modo, a ocorrência dos fatos que se pretende evitar.

11.4. OS PRINCÍPIOS PRUDENCIAIS E A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL OBJETIVA

O emprego da análise econômica demonstra que a introdução do modelo de responsabilidade objetiva promove a expansão dos investimentos em precaução e, com isso, alcança a tutela do meio-ambiente de maneira a impedir o máximo possível a ocorrência de danos.

A formação do Direito Ambiental sempre teve em vista as repercussões dos danos ambientais em geral escapam ao poder de previsão dos estudiosos.

Vale dizer que a doutrina tem reconhecido a relação entre o princípio da precaução e o da prevenção, procurando, contudo, delinear-los individualmente. O primeiro estaria direcionado a evitar a ocorrência de danos ainda que exista incerteza científica a respeito da possibilidade de sua ocorrência, o segundo, mais genérico, estaria comprometido com uma atuação que objetiva evitar a ocorrência de danos ambientais.

Tratando do princípio da prevenção, Fiorillo destaca que “a prevenção é preceito fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis”¹³¹.

Assumir tal direito como fundamental não somente permite colocá-lo como um parâmetro para a ação estatal qualquer que seja o seu nível ou função, como também reconhecê-lo como positivamente tutelado pela Constituição Federal.

Trata-se da aplicação da clássica posição de Canotilho, que considera fundamental um direito humano quando seu grau de normatização alcançou o nível constitucional e por isso é oponível a qualquer autoridade ou mesmo aos agentes privados, capaz assim de ser operacionalizado internamente¹³².

Não por acaso, o princípio da prevenção foi alçado ao nível de um verdadeiro princípio estruturante do direito ambiental, tendo Fiorillo ano-

131 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.

132 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra-Portugal: Almedina, 2000, p. 353.

tado que “trata-se de um dos princípios mais importantes que norteiam o direito ambiental”¹³³.

Logo, é certo que o princípio da prevenção, versão mais abrangente da diretriz prudencial, está estruturado, inclusive constitucionalmente, de modo a condicionar decisões em matéria ambiental.

Mesmo o princípio da precaução, especialização do princípio da prevenção, também foi erigido teoricamente como forte base para uma atuação efetiva de proteção ao ambiente.

Os princípios prudenciais estabelecem uma forte base teórica que se inter-relaciona com os demais princípios ambientais, de modo a fornecer subsídios de interpretação e justificação teórica que transcende a linha da simples articulação de medidas de ação gente à incerteza.

Esse agir prudencial constitui o cerne do princípio da precaução, como bem aponta Morato Leite: “o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexos causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta”¹³⁴.

Com bastante propriedade, a doutrina especializada¹³⁵ tem apontado que a concepção do princípio da precaução pode determinar diversos níveis de extensão dessa protetividade, sem, contudo, colocar em dúvida o seu aspecto prudencial.

A relação do princípio com a potencialidade do risco de ocorrências de situações danosas foi percebida por Derani ao pontuar que “na verdade é uma precaução contra o risco que objetiva prevenir já uma situação de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo”¹³⁶.

Essa estrutura principiológica é que determina que, mesmo na construção dos institutos teóricos do direito ambiental, os princípios prudenciais sejam exteriorizados de modo a conformar um sistema de racionalidade jurídica orientado para a inibição do dano.

Neste momento já temos os elementos necessários para demonstrar que a razão pela qual a responsabilidade objetiva foi atraída ao campo do

133 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.

134 MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: Individual ao Coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2003, p.46.

135 FERREIRA, Helini Sivini; MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: Tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.202.

136 DERANI, Cristiane. *Direito Econômico Ambiental*. São Paulo: Max Limonadi, 2001, p.169.

dano ambiental não é, certamente, histórica ou fundada na célebre regra latina *cuique suum*.

Os princípios prudenciais determinam uma leitura do sistema de responsabilidade a partir da perspectiva preventiva dos danos, o que implica a indução dos agentes causadores a evitá-los por meio da adoção do mais amplo espectro de medidas precaucionais.

Esse resultado, porém, para ser obtido, exige a incondicionalidade do dever de reparar como manifestação clássica dos pressupostos teóricos da análise econômica do direito.

Em outras palavras, a responsabilidade objetiva é imprescindível porque é o meio eficiente de obrigar os destinatários a promover os mais amplos meios de precaução frente ao risco de produção de lesões o meio-ambiente.

Trata-se, inegavelmente, da simples conformação interna do próprio sistema principiológico do direito ambiental. O real fundamento, portanto, da incorporação da responsabilidade objetiva deriva da expansão interna dos princípios precaucionais, de modo a orientar a atração dos institutos materiais e processuais mais aptos à tutela do ambiente.

11.5. O NEXO DE CAUSALIDADE E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Como se demonstrou, a responsabilidade objetiva governa a aferição da responsabilidade por danos ambientais, não havendo qualquer alteração desse sistema pelo fato da accidentalidade, não cabendo, assim, a tentativa de invocação da fórmula de Hand.

Isso tudo não afasta, porém, a necessidade de que os elementos constitutivos da obrigação de reparar sejam perfeitamente demonstrados. Para que haja dever de indenizar, é necessário que exista o nexo de causalidade. Deste modo, o dever de reparar está conectado com o agente que promove a conduta que implica na ocorrência do dano.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, há anos, tem consagrado a responsabilidade objetiva no caso do dano ambiental¹³⁷. Tem, também, caminhado claramente no sentido de exigir a demonstração do liame causal.

137 Ver a respeito o REsp 1120117/AC, Rel. ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009 e a indicação, nele, dos precedentes no mesmo sentido.

É interessante apontar que, em algumas situações, mesmo o nexo tem sido dispensado, extrapolando assim a tradicional conformação da responsabilidade objetiva. No REsp. 620.872/DF, o Tribunal dispensou explicitamente a necessidade de demonstração do nexo de causalidade:

[...] 3. A seu turno, o acórdão paradigma concluiu que a comprovação do nexo causal é prescindível para se responsabilizar o proprietário de área em reservas ambiental, com restrições impostas por lei, quanto ao danos sofridos pelo meio ambiente.

4. O acórdão paradigma encerra uma peculiaridade que foi determinante à conclusão pela dispensabilidade do nexo causal, a saber, a localização do imóvel em área rural com limitação estabelecida em lei, circunstância esta que não se encontra discutida no aresto embargado, restando caracterizada a ausência de similitude entre os julgados confrontado¹³⁸.

Logo, pode-se apontar a tendência de expansão da responsabilidade objetiva nos danos ambientais para, inclusive, afastar-se, em algumas situações, do padrão geral da equação estrutural da responsabilidade civil.

11.6. A FÓRMULA DE HAND PODE TER EFEITO NA ESTIPULAÇÃO DA INDENIZAÇÃO?

Como foi demonstrado, em ambientes normativos governados pelo sistema da responsabilidade objetiva, há incompatibilidade da aplicação da fórmula de Hand como meio de configuração da negligência, isto é, em termos mais próprios à nossa tradição, da responsabilidade por culpa em sentido estrito.

Apontou-se, inclusive, que, em alguns casos, a jurisprudência brasileira tem ampliado o sistema da responsabilidade objetiva com repercussão na aferição do nexo de causalidade, o que afasta qualquer argumentação sustentada na adoção de meio de precaução quanto à ocorrência do dano.

Em função dessas duas conclusões preliminares, pode-se sustentar que a fórmula de Hand pode ser aplicada na fixação da indenização pelos danos ambientais?

A pergunta faz sentido, pois a configuração da responsabilidade que tem a função de identificar processualmente o patrimônio sobre o qual

138 REsp 620.872/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 10/09/2008, DJe 17/11/2008.

incidirá o dever de indenizar não implica diretamente no sucessivo reconhecimento da extensão da lesão.

Em outras palavras: o método objetivo permite a identificação do responsável, mas não a amplitude do dever de indenizar. Isso porque, como bem assentado pela literatura, a obrigação de reparação é “o principal efeito da responsabilidade civil, não se devendo confundir a ideia de ressarcimento com o ato ilícito”¹³⁹.

Nessa linha de abordagem, talvez se possa sustentar que, embora a fórmula de Hand não possa ser contemplada na investigação quanto à configuração da responsabilidade civil em si mesma, poderia ser aventada no momento da quantificação do dever reparatório, quando, então, os custos de precaução poderiam ser considerados como minorantes.

Poderia ser invocada em abono à ideia o próprio parágrafo único do art. 944 do Código Civil Brasileiro, que, ao tratar da quantificação do dano, expressamente admite a extensão da culpa como fator de redução da indenização.

Essa possibilidade argumentativa foi reconhecida por Stolze e Pamplona:

A nova codificação civil brasileira trouxe à baila, no parágrafo único do referido dispositivo (artigo 944), uma inexplicável norma que limita a indenização em função da ‘desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’, autorizando o juiz a reduzir equitativamente, a indenização¹⁴⁰.

Vale lembrar que a regra da responsabilização objetiva inserida em nosso sistema normativo pela Lei 6.938/1981 não trata dos efeitos da responsabilização, por exemplo, qualificando possíveis condutas minorantes do dever de indenizar.

Esse ambiente sugere que a regra geral da legislação civil, lida a partir da perceptiva de Hand, possa ter lugar quando se tem em vista os danos ambientais a a conduta precaucional, tendo o efeito de modular os efeitos indenizatórios.

Uma objeção a esse argumento seria elaborada em função da afirmação de que a redução da indenização em função da extensão da culpa está conectada ao sistema subjetivo que, como sustentei antes é o cenário

139 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, v.6. São Paulo: RT, 2004, p. 666.

140 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v.3. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 368.

habitual da aplicação da fórmula de Hand. Somente quando a culpa puder ser considerada é que a fórmula teria aplicação. No sistema objetivo, a irrelevância da culpa afastaria a possibilidade de redução por parte do juiz. Nesse exato sentido, o pleito por redução fundada na alegação de desproporcionalidade entre o grau de intencionalidade da conduta e o resultado não teria espaço no campo dos danos ambientais, em função da prevalência do sistema objetivo. Assim, o efeito indenizatório derivado da configuração da responsabilidade objetiva será integral, não sendo facultado ao juiz promover sua redução com base na legislação comum.

Admitindo-se, porém, que a possibilidade de redução da indenização, prevista na legislação comum, possa ter aplicabilidade geral¹⁴¹, o cenário em questão modifica-se completamente. É que nesse caso, sendo a indenização calculada em função da extensão da culpa, os custos prudenciais poderiam ser invocados por meio da fórmula de Hand para sustentar a redução da indenização.

É lógico que, em tal hipótese, os investimentos em precaução seriam fatores de evidente redução do grau de culpa (negligência) de um agente, e quanto mais economicamente relevantes, mais implicariam na exigência proporcional de seu reconhecimento.

Nessas circunstâncias, aplicação da fórmula, em um sentido menos amplo, poderia ser cogitado, partindo do pressuposto de que a definição da indenização em si, em casos acidentais, está sujeita a uma avaliação global da situação lesiva, permitindo, nesse momento, um balanceamento das ações efetivamente tomadas em relação ao dano ocorrido.

Trata-se, assim, de uma possibilidade teórica justificável sobretudo em situações de arguição de acidentalidade tendo em vista fatos ou parâmetros fáticos fluidos, como os derivados de análise retrospectiva das técnicas empregadas e sua evolução.

O reconhecimento dos esforços precaucionais em situações danosas promoveriam o incentivo adequado para que os agentes passassem a investir neles como um sistema de seguros diante dos riscos.

Como o núcleo da tutela ambiental é a inibição dos fatos danosos, esse investimento em precaução seria desejável e, de fato, ampliaria a rede

141 Tartuze vê na disposição uma cláusula geral: “a norma deve ser aplicada a qualquer categoria de dano, uma vez que se refere ao abrandamento do nexos de causalidade, atenuando-o de acordo com o caso concreto e a concausalidade que envolve a lide – ideia de causalidade adequada”. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3622>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

de proteção que os agentes racionais empregariam como suporte no empreendimento de iniciativas potencialmente arriscadas.

A fórmula de Hand pode funcionar assim como um modelo alternativo de análise do tema indicando a conveniência de incorporação de seu padrão de argumentação tanto em decisões judiciais como, também, na concepção de políticas públicas e estruturação de normas jurídicas.

11.7. CONCLUSÃO

Observa-se, assim, que a responsabilidade civil sob o método de aferição objetiva é resultado de uma construção histórica fundada no direito individual, mas comporta, também, a busca de eficiência, que, nesse caso, somente poderia prestigiar adequadamente os princípios da precaução e prevenção mediante o modelo normativo mais capaz de induzir os agentes a adotar os melhores e mais amplos meios de inibição das lesões ao ambiente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem consagrado o emprego da responsabilidade objetiva como representativa dos princípios ambientais prudenciais e do poluidor-pagador que a eles é conexo neste tema, observando-se, inclusive, uma tendência de ampliação da responsabilidade objetiva ambiental em relação a sua equação estrutural clássica. Isso, contudo, não implica, necessariamente, na rejeição completa da incidência da fórmula de Hand.

A fórmula de Hand poderia ser aplicada como técnica de redução do montante indenizatório mediante a interpretação ampliativa do art. 944 do Código Civil Brasileiro, com a finalidade de gerar incentivos adequados para que os agentes, concretamente, passem a tomar as medidas precaucionais adequadas considerados os riscos das atividades empreendidas.