



A MERCANTILIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Carlos Eduardo Ferreira Pinto

90 milhões de acres de terras indígenas foram tomadas e vendidas aos brancos. Em 1980, a Suprema Corte dos USA disse que a tomada de Black Hills violou tratados com os Sioux. Votando com a maioria o Juiz Blackmun disse 'Um caso pior de comportamento desonroso provavelmente nunca acontecerá na nossa história'. Mas o Tribunal se recusou a devolver a terra aos Sioux e determinou o pagamento de uma compensação. O prêmio, no valor de mais de US\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de dólares), nunca foi reclamado até hoje, os Sioux não concordam em desistir de Black Hills. Um local considerado sagrado. (Trecho retirado do filme: Enterrem meu coração na curva do rio).

adoção de uma concepção integrada do meio ambiente, a institucionalização dos deveres fundamentais ambientais, e o agir integrativo da administração.¹

O princípio da responsabilização integral, para ter eficácia e concretude, deve trazer embutido uma função preventiva, sob pena de o direito ambiental deter apenas função simbólica, garantindo à sociedade uma proteção superficial e artificial do meio ambiente.

Nosso ordenamento jurídico assume grande relevância na implementação de um Estado de Direito Ambiental, na medida em que se busca a efetivação dos comandos e princípios elencados no art. 225 da Constituição Federal.

Entretanto, nossos legisladores têm caminhado em sentido contrário ao estabelecido na Constituição Federal. Pautados por grandes interesses econômicos, cada vez mais procuram converter os diversos componentes do

1. O direito ambiental simbólico

No Estado de Direito Ambiental deve imperar um ordenamento jurídico que concretize o princípio da prevenção, com a previsão de um sistema de responsabilização integral por danos praticados ao meio ambiente.

Canotilho aponta como pressupostos essenciais ao processo de construção do Estado de Direito Ambiental: a

1 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada. In: Ferreira, Helini Silvini; Leite, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental**: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 7-10.

meio ambiente em valores monetários. Qualquer perda ambiental é tolerada, basta que haja pagamento da respectiva compensação.

A busca do crescimento econômico a todo custo criou um modelo de suposto desenvolvimento que viola o comando constitucional e desvirtua o princípio da responsabilização integral, invertendo a ordem de prioridades na proteção ao meio ambiente. A compensação passou a ser a regra a nortear a autorização de atividades e empreendimentos.

Nesse sentido se manifesta a brilhante exposição do filósofo, jurista e escritor belga François Ost²:

A imagem da justiça, associada aos três símbolos do gládio, da balança e da venda, pode servir aqui de arquétipo de todo o direito. Tomemos o gládio. Ele lembra a existência de interesses antagônicos e de conflitos, a presença do erro e do inaceitável, assim como a necessidade de cortar. Por oposição a um unanimismo enganador («todos são amigos do ambiente»), o direito não recua diante da manifestação de conflitos. Paradoxalmente, se ele exerce um papel pacificador na sociedade é porque permitiu, primeiro, que os antagonismos se manifestassem. Aqui, a linguagem do direito distingue-se da linguagem do dinheiro e da linguagem da imagem. O dinheiro induz um modelo de regulação gerencial, que conduz à negociação e ao compromisso: o dinheiro é esse «equivalente universal» que permite comprar tudo e compensar tudo, enquanto que, pelo menos em alguns casos, o direito fixa os limites do indisponível.

O direito ambiental, especialmente o sistema jurídico da responsabilidade civil, caso aplicado de forma equivocada, acabará por exercer uma função meramente figurativa, operando de maneira simbólica diante da necessidade de uma efetiva proteção do meio ambiente.

Como salienta José Rubens Morato Leite³: “Essa manifestação representativa do sistema jurídico-ambiental cria uma falsa impressão de que existe uma ativa e completa assistência ecológica por parte do Estado. Com isso, produz-se uma realidade fictícia, na qual a sociedade é mantida confiante e tranquila em relação aos padrões de segurança existentes”.

Um exemplo que representa bem essa proteção fictícia é o licenciamento ambiental. Basta aos empreendimentos obterem as licenças e pagarem as compensações legalmente exigidas para que tenham salvo-conduto para exercer suas atividades, inexistindo controle efetivo do cumprimento de suas condicionantes, pois o que se verifica é a ineficácia do controle pós-licenciamento, sobretudo na fase de renovação das licenças.

Assim, faz-se necessária a exata compreensão dos princípios que norteiam o sistema de responsabilização

por danos ambientais, antes de se fomentar a elaboração de metodologias e técnicas de valoração pecuniária do meio ambiente. É necessário, ainda, fixar claramente os “limites do indisponível” dentro de critérios que privilegiem a sustentabilidade do meio ambiente e de cada um de seus componentes em longo prazo, o que significa também definir os limites do que é compensável: ou seja, se não é possível compensar determinada perda ambiental, não seria também possível autorizar a intervenção que lhe daria origem.

Na persecução de um Estado de Direito Ambiental⁴, a Constituição Federal de 1988 incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tendo como função institucional a proteção do meio ambiente (arts. 1º, 127 e 129, inc. III). Portanto, a definição de metodologias de valoração do meio ambiente interessa diretamente ao *Parquet* na aplicação do princípio da reparação integral, por meio da resolução extrajudicial dos conflitos ambientais.

2. Sistema jurídico da responsabilidade civil

Ao direito ambiental, da mesma forma que nas regras da teoria geral da responsabilidade, aplica-se a tríple responsabilização, conforme dispõe o art. 225, § 3º, da Constituição Federal: “As condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

No que concerne à responsabilização civil, apesar da prevalência do aspecto preventivo, esta nem sempre se mostra possível. Assim, diversas são as situações em que se depara com danos ambientais já materializados, não raro de maneira irreversível.

Com efeito, na seara ambiental, há duas formas de composição do dano: a recuperação do meio ambiente lesado (aspecto reparatório) ou a percepção de indenização.

Apesar de ambas serem possíveis, entre elas há inequívoca hierarquia, decorrente da relevância do bem jurídico tutelado.

Portanto, no mesmo sentido em que a prevenção prefere à composição, o aspecto reparatório deve sempre predominar em relação ao ressarcimento, já que a indenização, evidentemente, não tem o condão de recuperar o dano social causado.

2 OST, François. **A natureza à margem da lei** – A ecologia à prova do direito. Instituto Piaget, p. 19-20.

3 LEITE, José Rubens Morato; AYALAA, Patrycy de Araújo, *op. cit.*, p.116-117.

4 “Em linhas gerais, o Estado de Direito Ambiental pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção ambiental”. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrycy de Araújo. **Dano Ambiental**. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. 3. ed. Editora Revista dos Tribunais, p. 37.

Desta forma, são objetivos do direito ambiental, em ordem decrescente de importância, a prevenção do dano, a reparação e a obtenção de indenização.

Em consequência, não sendo possível a restauração ou recuperação ambiental, como instrumento subsidiário, cogita-se a compensação ecológica. Assim, sempre que não for possível reabilitar o bem ambiental lesado, deve-se proceder à sua substituição por outro funcionalmente equivalente ou aplicar a sanção monetária.

Na esfera da responsabilidade ambiental, a sanção civil tem também, além do aspecto reparador, uma função preventiva geral e especial. A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social, visando apenas àquele indivíduo infrator, para que não volte a transgredir as normas jurídico-ambientais. Na prevenção geral, a sanção imposta ao autor do dano ambiental reflete na sociedade, coibindo a prática de novos atos lesivos.

Entretanto, para que o ordenamento jurídico-ambiental garanta a prevalência da função preventiva, mister se faz um sistema de responsabilização civil que traga a certeza de que a sanção será imposta de forma rigorosa ao agente causador do dano. Neste aspecto ressurgem a grande relevância de se estabelecerem técnicas que possam ser utilizadas para a valoração de todas as dimensões dos danos ao meio ambiente.

Assim, de acordo com Benjamin, são consideradas funções a serem cumpridas pela responsabilidade civil na área ambiental: “a) compensação das vítimas; b) prevenção de acidentes; c) minimização dos custos administrativos do sistema; d) retribuição”.⁵

3. Pagando bem, que mal tem?

Como demonstrado, o sistema jurídico-ambiental de responsabilização civil baseado numa função preventiva faz com que se vislumbre novo horizonte para a tutela do meio ambiente, que passa longe de ser a busca da reparação pecuniária do bem lesado.

Conforme Fernando Akaoui, “De fato, é princípio tácito que se extrai da CF (art. 225, *caput*, § 1º, §§ 2º e 3º) o da primazia da reparação específica do dano ambiental, ou seja, existe uma absoluta prioridade de retorno do bem lesado ao *status quo ante*. Da mesma forma, podemos tirar dos princípios (art. 2º, inc. VII) e objetivos (art. 4º, incisos VI e VII) da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela LF 6.938, de 31.08.1981”.⁶

Nessa nova perspectiva, o tratamento dispensado às atividades potencialmente degradadoras reveste-se de desconfiança ao invés de serem visualizadas como inevitáveis para o crescimento econômico. O maior desafio proposto pelo ambiente é justamente a impossibilidade de recomposição de diversos danos à natureza, acarretando prejuízos inestimáveis para o patrimônio ambiental.⁷



Ocorre que, atualmente, o sistema jurídico-ambiental de responsabilidade civil sofre dupla violação. Primeiro, por conta do Poder Legislativo, que, por diversas vezes, inverte a ordem de prioridades e impõe a compensação como forma principal de garantia da tutela ambiental. Por outro lado, o Poder Judiciário vem, reiteradamente, reconhecendo a chamada “teoria do fato consumado”, estabelecendo, em síntese, que tudo é permitido, desde que se exija compensação.

5 BENJAMIN, Antonio Herman. V. A. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. Disponível em «http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A_Responsabilidade_Civil.pdf». Acesso em: 29.04.2011.

6 AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. Editora Revista dos Tribunais, p.118.

7 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrycy de Araújo, *op. cit.*, p.137.

3. 1. Compensações previstas na legislação ambiental

O art. 36 da Lei n.º 9.985/00, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, criou uma forma de compensação *sui generis* para empreendimentos de significativo impacto ambiental.



Recentemente o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o art. 36 da Lei n.º 9.985/00, nestes termos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. [...] 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de

um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão ‘não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento’, no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente. (STF, ADIN 3.378-6 DF, Rel. Min. Carlos Brito, 09/04/2008). (grifo nosso)

A compensação ambiental pela implantação do empreendimento é exigência instituída pelo ordenamento jurídico pátrio. Seu cumprimento não pode ser dispensado pelo órgão ambiental no curso do procedimento de análise do licenciamento de obras ou atividades potencialmente causadoras de significativo impacto.

Outra forma de compensação foi prevista no Decreto n.º 6.640/2008, no que se refere aos impactos negativos irreversíveis em cavidades naturais subterrâneas classificadas com grau de relevância alto e médio, mediante licenciamento ambiental.

A Lei n.º 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica, prevê duas formas de compensação nos seus artigos 17 e 32.

A Resolução Conama n.º 369/2006, que dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente – APP, estabeleceu em seu art. 5º a exigência de medida compensatória.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a compensação foi estabelecida pela Lei n.º 14.309/2002, que dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado, relativas ao licenciamento de empreendimentos minerários causadores de significativos impactos ambientais.

É necessário ressaltar que a imposição das referidas medidas compensatórias na fase do licenciamento ou autorização não significa que o empreendedor detém o direito de poluir. Pelo contrário, caso se verifique que as atividades causem danos ambientais irreversíveis, será o agente obrigado a compensá-los, independentemente das compensações fixadas.

3.2. A teoria do fato consumado⁸

Como nos ensina André de Vasconcelos Dias⁹: “jamais foi formulada uma ‘teoria do Fato Consumado’. Trata-se, na verdade, de um universo de decisões judiciais que, guardando entre si similitudes, permitem distinguir seus objetivos básicos, posto que sob os mais díspares fundamentos”.

Pela “teoria do fato consumado” a jurisprudência reconhece que “situações fáticas consolidadas pelo decurso do tempo, amparadas por decisão judicial, não merecem ser desconstituídas”.¹⁰

Fato é que, atualmente, existe na jurisprudência a tendência de se reconhecer, com fundamento na “teoria do fato consumado”, a possibilidade de consolidação e convalidação de situações fáticas originadas na ilegalidade e em prejuízo ao meio ambiente.

Nesse sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO ACERCA DA CAPTAÇÃO, ADUÇÃO E TRATAMENTO DE ÁGUA PARA ABASTECIMENTO INDUSTRIAL. CONCESSÃO DE LICENÇA AMBIENTAL DE INSTALAÇÃO – SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. Confirma-se a decisão proferida em ação civil pública que concedeu a licença ambiental de instalação à indústria agravada quando, efetivamente cumprida, produz situação fática consolidada, infactível de reversão.

Todavia, tendo em vista a absoluta primazia que nosso sistema jurídico-ambiental de responsabilidade civil confere à recuperação do meio ambiente, forçoso concluir ser inaceitável a “consolidação” do dano ambiental, mantendo incólume o empreendimento que se instalou ao arrepio da lei e convertendo a obrigação de recuperar o dano em indenização pecuniária.¹¹

Sob tal perspectiva, não se vislumbra a possibilidade de invocação, pelo particular, do “fato consumado ambiental” como forma de se furtar à recuperação do ambiente degradado – com vistas ao *status quo ante* –, substituindo-o pela compensação ou indenização ambiental.¹²

3.3. A necessidade de inversão de valores na análise de viabilidade de intervenções no meio ambiente

De maneira geral, no Brasil, prevalece nos órgãos administrativos, em processos autorizativos de intervenções no meio, a ausência de uma cultura mais ampla de avaliação de viabilidade, considerando as diversas perdas ambientais – muitas vezes irreversíveis –



em relação aos ganhos econômicos e sua repartição com a sociedade.

Na decisão de viabilidade ambiental de empreendimentos, deveria ser levado em consideração um balanço entre as perdas e ganhos ambientais/econômicos/sociais, e não somente a existência de limitações legislativas ao exercício de determinadas atividades.

Rochelle Jelinek Garcez¹³ destaca que no sistema de licenciamento ambiental brasileiro está colocada a possibilidade de uma decisão negativa por parte do Poder

8 Ver excelente artigo: “Meio ambiente e fato consumado”. André de Vasconcelos Dias. **Política Nacional do Meio Ambiente**. 25 anos da Lei n. 6.938/1981, p. 175-204.

9 idem

10 Idem. STJ, Resp. n. 55.366, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T., j. 2.12.2004, DJ 17.12.2004, p. 425.

11 DIAS, André de Vasconcelos. Meio ambiente e fato consumado. In: **Política Nacional do Meio Ambiente**. 25 anos da Lei n. 6.938/1981, p. 193.

12 DIAS, André de Vasconcelos. *op. cit.*, p. 202.

13 GARCEZ, Rochelle Jelinek. Licenciamento ambiental e urbanístico para o parcelamento do solo urbano. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e (org). **Paisagem, natureza e direito/landscape, nature and law**, Volume 2. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2005, p. 368.

Público sobre um empreendimento que não atente para as mínimas condições de viabilidade, sustentabilidade ou adequação ambiental, nos seguintes termos:

Quando recebe o pedido de licenciamento ambiental, o órgão competente está vinculado às normas constitucionais de desenvolvimento econômico em compatibilidade com a preservação do ambiente e sua manifestação sobre o



pedido não implica discricionariedade administrativa no sentido de conveniência e oportunidade da instalação do empreendimento, mas sim discricionariedade técnica através de parâmetros técnicos e científicos objetivos. Não há uma atuação livre da Administração, mas o poder de tomar a decisão mais adequada ao fim público que a lei impõe.

Assim, nos casos de licenciamento de empreendimentos de significativo impacto em que, na análise da viabilidade ambiental, se verifique que o bem ambiental não é compensável, seja pela impossibilidade de valoração, como nas hipóteses de potencial extinção de espécie, seja pela inviabilidade econômica em face do real custo ambiental, não deve o licenciamento ser autorizado.

4. Conclusão

Embora o ordenamento jurídico-ambiental brasileiro possua instrumentos que não se limitam ao controle da produção e da proliferação de riscos, ressalta-se a necessidade de afastar o Direito Ambiental da irresponsabilidade organizada e desvinculá-lo da intenção do exercício de uma função meramente simbólica¹⁴.

Confira-se a doutrina de Benjamin:

Não imaginemos, todavia, que a utilização pelo direito ambiental de uma responsabilidade civil revitalizada resolverá, de vez, a degradação do planeta. Inicialmente, é bom lembrar que as técnicas de proteção do meio ambiente são (e precisam ser) complementares entre si e devem funcionar de maneira integrada, da responsabilidade civil, penal e administrativa ao planejamento, auditorias e instrumentos econômicos.¹⁵

Segundo Morato Leite,

O mecanismo da compensação ecológica, como visto, é uma resposta econômica à questão do dano ambiental. Trata-se, portanto, de uma solução ainda precária ao problema da crise ambiental, pois não foge muito da racionalidade utilitarista, quando deveria procurar maior comprometimento ético com o bem ambiental e as gerações futuras.¹⁶

Nesse contexto, a valoração de danos ambientais deve vislumbrar a prevenção geral, ou seja, que a medida compensatória fixada e exigida do causador do dano leve em consideração as gerações futuras, assim como os princípios da equivalência, razoabilidade e proporcionalidade.

Para que a responsabilidade ambiental aprimore seu aspecto preventivo, é primordial que se defina de que forma funcionará como sistema integrado com os demais instrumentos de comando e controle do Estado, sobretudo com o estabelecimento de metodologias e técnicas de valoração dos danos ambientais.

14 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrycy de Araújo, *op. cit.*, p.117.

15 BENJAMIN, Antonio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 9, São Paulo, jan. 1998, p.10.

16 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrycy de Araújo, *op. cit.*, p. 214.