

Responsabilidade e suas generalidades

3.1 Do superficiário e do minerador

A atividade minerária pode eventualmente conflitar com outros interesses e direitos, como as demandas da agricultura, indústria, comércio, lazer, expansão urbana, preservação ambiental etc. A solução destes conflitos não é uma questão fácil, e entendemos que, apesar das dificuldades inerentes, sempre que for possível, é recomendável que se compatibilize o uso original do local com o seu aproveitamento mineral, otimizando-se desta forma o seu desfrute e suas externalidades positivas.

Os conflitos são consequência do aparente choque dos interesses do empreendimento mineral em oposição a outras formas de uso e ocupação do solo, os quais detêm outras prioridades sobre o mesmo espaço físico superficial, assim como da dificuldade de compreensão da separação da propriedade imóvel, do recurso mineral situado no seu subsolo. As riquezas minerais situadas no solo ou subsolo, a partir do momento que tiverem valor econômico (jazida), passam a pertencer a União. Neste ponto temos uma dualidade imobiliária, que se explica pelo Princípio da Dualidade Imobiliária, posto que enquanto a superfície e subsolo pertencem ao proprietário do terreno, as riquezas minerais do imóvel são de dominialidade da União. Tal previsão se encontra no artigo 20, incisos IX e X da Constituição Federal de 1988: *art. 20. São bens da União: IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos.*

Da simples leitura podemos concluir que o que pertence a União são os recursos minerais do solo e subsolo e não o imóvel em sua totalidade. A compreensão desse artigo deve ser conjugada com artigo 176, da Magna Carta, que

explicita tal entendimento, prevendo ao minerador a propriedade do produto da sua atividade por meio de concessão:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Pois, enquanto o bem mineral estiver inerte, no seio da terra, este pertence a União, mas quando for extraído, desde que devidamente autorizado pelo Ministério de Minas e Energia (MME), passará a pertencer ao concessionário. Mas não é apenas o minerador e a União que se relacionam na esfera patrimonial com a atividade de mineração, pois o parágrafo segundo, do supra mencionado artigo, garante ao proprietário do solo um quinhão dos resultados desta atividade econômica: § 2º. É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

O direito do minerador, quanto ao bem mineral, é similar ao direito do proprietário previsto no artigo 1228, do NCCB, mas não idêntico, pois pode o minerador usar, gozar, dispor e reavê-lo de quem o esbulhe, sendo mais próximo de um direito de posse do recurso mineral, sempre que iniciada a lavra dele. O que se obtém é um diploma que permite desenvolver a atividade, o que é diferente de ter o domínio, que continua a pertencer à União, em obediência ao artigo 176, parágrafo 3º, da CF/88, artigo 84, do Código de Mineração, e artigo 1230, do NCCB, com entendimento corroborado pelas jurisprudências que respectivamente se seguem:

§ 3º. A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

Art. 84. A jazida é bem imóvel, distinto do solo onde se encontra, não abrangendo a propriedade deste, o minério ou a substância mineral útil que a constitui. (Antigo artigo 85, renumerado pelo Decreto-Lei nº 318, de 14.03.1967, DOU 14.03.1967).

Art. 1230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

PENHORA – Incidência sobre imóvel sobre a qual a recorrente detém os direitos de lavra de pesquisa de calcário. Viabilidade. Inexistência de identidade entre a propriedade do solo e do subsolo. Artigo 176, da Constituição Federal. Construção mantida. Embargos de terceiro improcedentes.

Recurso conhecido e improvido. (1º TACSP – AP 0806618-2 – (34645) – Rio Claro – 7ª C. – Rel. Juiz Carlos Renato – J. 19.10.1999).

Neste último julgado, temos a clara diferenciação do solo para os recursos minerais do subsolo, o que permitiu a penhora da porção superficial, enquanto no acórdão abaixo, temos a expressão da dominialidade da União a impedir o livre uso e gozo da outorga pública: no caso tentou-se sem sucesso uma locação dela sem anuência do MME, fracassada por ausência de titularidade do minerador. Diversa seria a situação, se as partes interessadas tivessem obtido a anuência junto ao DNPM, na forma do artigo 56, do CM, cuidado que também não foi observado no caso concreto abaixo julgado:

LOCAÇÃO – CONTRATO EM QUE O ARRENDATÁRIO TRANSFERE A TERCEIRO EXPLORAÇÃO MINERAL –

Inadmissibilidade, pois não está legitimado a locar imóvel pertencente à União. Inteligência dos arts. 20, IX, e 176 da CF. (2º TACSP – Ap s/Rev 530.247-00/8 – 3ª C. – Rel. Juiz Milton Sanseverino – J. 22.12.1998).

Da leitura deste diploma legal e dos julgados, confirmamos inexistir a possibilidade de livre uso e gozo da concessão *sem anuência* do órgão que exerce esta função delegada pela União, o que reforça sua dominialidade. Outro ponto importante a ser observado, é que o proprietário do solo terá direito a ser indenizado pelo lucro cessante e pelo dano emergente, além do direito a renda (compensação) pelo não uso da propriedade superficial, conforme explicitado no artigo 27, do Código de Mineração cominado com a Súmula nº 238, do STJ, com a ressalva que sendo terreno público, dispensa-se o pagamento do lucro cessante:

Art. 27. O titular de autorização de pesquisa poderá realizar os trabalhos respectivos, e também as obras e serviços auxiliares necessários, em terrenos de domínio público ou particular, abrangidos pelas áreas a pesquisar, desde que pague aos respectivos proprietários ou posseiros uma renda pela ocupação dos terrenos e uma indenização pelos danos e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa, observadas as seguintes regras:

Súmula nº 238 do STJ – A avaliação da indenização devida ao proprietário do solo, em razão de alvará de pesquisa mineral, é processada no Juízo Estadual da situação do imóvel.

Outro ponto importante a ser observado nestas questões de conflito de uso e ocupação do solo, é que o poder público pode tanto revogar quanto recusar

os diplomas legais para o aproveitamento mineral, e se passar a entender que a atividade no caso concreto conflita com outros bens jurídicos os quais passou a sopesar de forma mais relevante. Remanesce nestes casos, para o minerador que teve sua legítima outorga revogada, o direito à indenização pelos prejuízos comprovados e pela perda do título minerário. Tal interpretação surge da leitura do artigo 42, do Código de Mineração, e da jurisprudência:

Art. 42. A autorização será recusada, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o relatório.

EXTRAÇÃO DE AREIA DO LEITO DO RIO JACUÍ – NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PELO DNPM, BASEADO EM PARECER DA FUNDAÇÃO ZOOBOTÂNICA DO RIO GRANDE DO SUL, SEGUNDO O QUAL TAL ATIVIDADE CAUSARIA DANOS AO PARQUE ECOLÓGICO DELTA DO JACUÍ – LEGITIMIDADE DO

ATO ADMINISTRATIVO – 1. A exploração de areia do leito do rio constitui atividade de lavra de recursos minerais que são propriedade da União, dependendo de sua autorização ou concessão, subordinada ao interesse nacional (art. 176 da Constituição de 1988). Sendo do interesse nacional a preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é definido como direito de todos e bem de uso comum do povo (art. 225 da Constituição), é legítimo o ato da Administração que nega autorização para tal atividade. 2. Não comprovado que aquela atividade não produziria danos ecológicos, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo que a impossibilitou, fazendo ausente o *fumus boni iuris* e improcedente a ação cautelar. 3. Apelação desprovida. (TRF 4ª R. – AC 96.04.10246-0 – RS – 4ª T. – Rel. Juiz Antônio Albino Ramos de Oliveira – DJU 19.05.1999 – p. 667).

Nessa última decisão, temos um clássico conflito entre a atividade mineral e a preservação do meio ambiente, tendo prevalecido este último interesse, o que demonstra que a interpretação dos artigos 57 e 87, do CM, que previam a impossibilidade de qualquer impedimento aos trabalhos de pesquisa e lavra, não prevaleceram, neste caso concreto, sobre o disposto no artigo 42, do mesmo diploma legal, em especial quando interpretado a luz do art. 225, da Carta Magna de 1998. Abaixo apresentaremos um julgado, com um pleito indenizatório, no qual não se provou o prejuízo, levando inegavelmente a improcedência.

JAZIDA – AREIA – APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO – CONSTRUÇÃO DE TÚNEL DE ESGOTO – INDENIZAÇÃO – INADMISSIBILIDADE – Obra realizada em faixa autorizada pelo Departamento Nacional de Pesquisa Mineral (*sic.*). Indemonstrada a viabilidade econômica da extração. Área, ademais, pertencente à União. Artigo 176, da Constituição Federal. Recurso não provido. (TJSP – AC 162.566-5 – 1ª CDPúb. – Rel. Des. Demóstenes Braga – J. 05.12.2000)

Todos os usos lícitos são igualmente importantes, no entanto, por falta de conhecimento do que seja a atividade minerária e sua importância para a sociedade, na situação de conflito com outra atividade, aquela costuma levar desvantagem e, no caso de produção de agregados, passa a ser deslocada para regiões mais periféricas, o que não é a melhor solução. Estas substâncias serão economicamente viáveis apenas se a sua extração se der na proximidade dos núcleos urbanos, em razão de seu baixo valor em confronto com as despesas de transporte e distribuição. O deslocamento da atividade sem planejamento e estudo pode levar a uma situação de escassez precoce e, conseqüentemente, ao encarecimento do insumo, prejudicando toda a comunidade. Entendemos que, a princípio, devem ser ponderadas as condições ambientais para o desenvolvimento da mineração, e que sendo viável a sua implementação, esta deve, em virtude da sua característica de rigidez local e unicidade da jazida, ser completamente exaurida em acordo com a melhor solução técnica e econômica disponível à época, antes da sua desativação, para que se busque obter a melhor relação custo-benefício para o empreendedor, a comunidade e o meio ambiente, pois, deslocar um empreendimento de uma mina ainda não exaurida fisicamente, pode significar causar novo impacto ambiental em outro lugar, além de um desperdício de recursos.

Entendemos que o superficiário não possui legitimidade para impugnar trabalhos que ocorram a uma altura ou profundidade que não afetem o livre uso e gozo da sua propriedade, como a passagem despercebida do túnel do metrô de São Paulo sob a residência de um morador. Situação diversa será aquela em que esta passagem provoque poluição sonora, vibrações, rachaduras nos imóveis, ou mesmo a tragédia ocorrida em janeiro de 2007, com o desmoronamento das galerias do metrô em Pinheiros, na cidade de São Paulo – SP. Vejamos o artigo 1229 do Novo Código Civil:

Art. 1229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

O minerador, precisando de via de acesso para suas atividades e maquinários, poderá obtê-la por meio de instituição de servidão, nos termos do artigo 59 e seguintes, do CM cominado com o artigo 1285 e seguintes, do Código Civil vigente, restando ao superficiário o direito à justa e prévia indenização. Quando analisamos o atual Código Civil, podemos notar que parece manter, de certa forma, no *caput* de seu artigo 1228, combinado com o artigo 1231, do mesmo diploma, o espírito liberal da plena potencialidade do proprietário nas questões de uso e gozo da propriedade, porém uma leitura mais atenta, remete-nos aos seus parágrafos que determinam a preservação do direito acima mencionado, desde que condicionado às suas finalidades sociais, econômicas e ambientais:

Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.”

Art. 1231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

Alguns poderiam argumentar que o parágrafo segundo poderia ser usado para impedir a atividade de mineração, porém, tendo vista o interesse nacional da pesquisa e lavra dos bens minerais (inciso I do artigo 176 da CF/88), o princípio da prevalência da mineração sobre as outras atividades, e considerando que a lavra conduzida dentro da lei, não gera prejuízos a ninguém, mas sim divisas para proprietário, temos que tal dispositivo do novo código é inaplicável quanto ao ponto aqui suscitado. Outrossim, temos o reforço da lei 6567/78, no seu artigo 11, que reza que no exercício do direito de uso da propriedade de terceiro pelo minerador, o superficiário será devidamente indenizado. O artigo 1230, do NCCB, reforça a separação da propriedade da jazida para com a propriedade do solo, o que também facilita o acesso do minerador aos bens minerais, como segue:

Art. 1230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos à transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial.

A propriedade dos recursos minerais, inclusive os de uso imediato na construção civil, pertence a União e a mais ninguém, por força do artigo 20, inciso IX, c/c artigo 176, todos da Carta Magna. No caso do aproveitamento mineral por licenciamento, temos o aproveitamento exclusivo a ser desenvolvido pelo proprietário do solo ou por terceiro com expressa autorização do superficiário, conforme art. 2º, da Lei 6567/78, e que não deve ser confundido com dominialidade dos recursos minerais descritos no artigo 1º, da lei aqui citada. Ressaltamos também que o parágrafo único do artigo 1230, do NCCB não é aplicável por força da Lei específica nº 6567/78, que dispõe expressamente como se dá o aproveitamento destes recursos minerais.

Acreditamos que, para evitar problemas como este, apenas explanado, e outros, de diferentes naturezas, a melhor solução é a elaboração de projetos de lei e planos de desenvolvimento integrados nas três esferas da Administração pública, com a participação de representantes dos diversos setores da sociedade. As administrações federal, estadual e municipal fariam seus estudos e planejamentos visando observar e preservar a vocação de áreas para implantação de atividades e empreendimentos, objetivando uma otimização do uso e ocupação do solo de forma a mitigar os impactos negativos, preservando os aspectos benéficos das ações em implementação e em atividade, e os demais atores envolvidos colaborariam com suas visões, projetos e reivindicações.

3.2 Natureza jurídica do recurso mineral

O Brasil detém vasto patrimônio mineral, o qual em virtude de sua importância não deve ser tratado como um mero produto industrial, sendo muitas vezes estratégico e fundamental ao planejamento de políticas públicas. O que não significa que não deva ser utilizado, mas sim que o deve ser de forma racional e integrada ao meio ambiente, a fim de evitar ou reduzir seu impacto no ecossistema, e quando este for inevitável, que aplique-se a melhor solução técnica compatível com a resolução do dano, e se foi ferida a lei, que sejam apuradas as responsabilidades e aplicadas as sanções, e estas (sempre) sem prejuízo da obrigação de recomposição da área degradada.

Os bens minerais, por serem recursos naturais não renováveis, pelo menos na escala de tempo em que se desenvolve a nossa sociedade, são mais vulneráveis a se tornarem escassos na natureza e, portanto, necessitam de um bom planejamento de aproveitamento, para que não se tornem raros à nossa civilização.

Além da medida acima elencada, mesmo acreditando que usaremos cada vez menos quantidade de bens minerais para se atingir o mesmo fim nos objetos pretendidos, em virtude dos avanços tecnológicos atuais, como novos materiais, concepções de projetos etc., e em contrapartida, também é provável que tenhamos uma maior produção, aumentando o número de unidades, o que irá gerar uma procura crescente por insumos. Como exemplo, podemos comparar os primeiros computadores construídos, que tinham o tamanho de prédios de três andares, depois passaram a ter o tamanho de armários e finalmente temos os computadores portáteis, do tamanho de uma tese de doutoramento, no entanto, eram poucos os que tinham acesso a aquelas máquinas, e usavam-se bastantes insumos por unidade. Agora, imaginemos cada habitante do Brasil, ou melhor da China, adquirindo seu computador pessoal portátil: qual não será a demanda de recursos minerais, como silício e outros, nesta nova economia de escala de produção de bens de consumo. Daí a importância de se dar o devido tratamento a este precioso insumo ambiental: os recursos minerais.

Não obstante, tais considerações iniciais não têm o escopo de desvirtuar qualitativamente a importância dos bens minerais, os quais integram no nosso entendimento a classificação dos bens ambientais, e que têm sua importância incontestada, tanto que assim foi disciplinado na própria Carta Magna. A proteção ao bem mineral, nada mais é que a obediência ao *caput* do artigo 225, que trata dos bens ambientais:

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.

Nesta conceituação, notamos que um mundo saudável é um direito de todos, é um direito metaindividual, pois transcende ao interesse de cada ser humano individualmente, e ele deve ser solidário tanto no aspecto intrageracional quanto no transgeracional, conforme explicitado no *caput* do artigo acima e complementado no seu parágrafo 2º como segue: § 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Temos previsão no parágrafo 2º, do art. 225, da CF/88, da obrigatoriedade de que a reparação da degradação mineral seja efetuada em acordo com a

solução técnica do órgão competente, o que se por um lado, dispõe da necessidade de fiscalização pública para fins de comprovação e de reparação do dano, por outro, determina que será o estudo ambiental de cada caso que irá delimitar a adequada solução.

O artigo 176, da carta magna, determina que a propriedade das riquezas minerais é desvinculada da propriedade superficial, e que aquelas pertencem à União que outorga o seu aproveitamento ao minerador. Tal conceituação é reforçada pelo artigo 84, do Código de Mineração. Portanto, quanto à sua titularidade, o bem mineral é um bem dominical, e ao se harmonizar estes dispositivos constitucionais ao art. 3º, inciso V, da lei 6938/81, chegamos à conclusão de que os minerais também são bens ambientais. A primeira característica surge por força do artigo 20, inciso IX, da Constituição Federal, e tal natureza confere aos bens minerais a propriedade de serem insuscetíveis de usucapião a teor da Súmula nº 340, do STF, que transcrevemos abaixo: *340 – Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.* A dominicalidade do bem mineral, é corroborada por meio de vedação expressa do artigo 183, § 3º, e do artigo 191, no seu parágrafo único, todos da Carta Maior. A segunda característica jurídica do bem mineral, qual seja, a deste como um bem ambiental, surge por força do artigo 3º da Lei 6938/81, abaixo transcrito:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I – meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida, em todas as suas formas;

V – recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (Redação dada ao inciso pela Lei nº 7.804, de 18.07.1989).

O artigo, aqui transcrito, definiu, no seu inciso I, o que é meio ambiente, e com sua análise sistemática concluímos que o aproveitamento mineral é espécie do gênero de aproveitamento de bem ambiental, e que deve ser efetuado pelos benefícios que traz à sociedade, porém, sempre de forma a minimizar os seus impactos negativos na biota. A natureza de bem público dos bens minerais, vez que pertencentes a União, vem a ser reforçada pelos artigos 98 e 99, do Código Civil, que abaixo transcrevemos:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Pelos presentes artigos, podemos perceber que os bens públicos se dividem em três categorias, adotando como critério a sua afetação, sendo, a primeira categoria a dos bens comuns, que são aqueles destinados por sua natureza ou por força de lei ao uso coletivo, como ruas e praças; temos, como segunda categoria a dos bens especiais, assim entendidos como aqueles destinados ao uso da Administração para consecução de seus objetivos e serviços públicos, como prédios e máquinas; e, por sua vez, temos a terceira categoria, a dos bens dominicais, que são aqueles que não têm destinação pública definida nem função administrativa específica, são bens desafetados e, portanto, disponíveis, que podem ser destinado aos mais diversos usos e à alienação, na forma autorizada por lei, como exemplo temos os terrenos da marinha e os recursos minerais. Os bens podem ser diferenciados pela sua destinação pública, definida nas duas primeiras categorias, caracterizando um domínio público do Estado, enquanto a última seria um domínio privado do Estado, contendo todos os bens dominicais (SERRA, 2000). Os bens públicos para fins de alienação, por força do inciso XXI, do art. 37, da CF/88, reclamam, em regra licitação, existindo, todavia, a possibilidade de dispensa dela, previsto no art. 17, inc. I, alínea “b”, da Lei nº 8.666/93, quando presente o interesse público, a partir da valoração pela Administração da oportunidade e conveniência.

Diante do exposto, entendemos que a natureza jurídica do bem mineral, demonstra-se de forma preponderante como um bem público, de uso privado da União, portanto, como um bem dominical, entendemos que esta qualificação pode conviver com a tese dele também ser considerado um bem ambiental, por fazer parte do subsolo, nos termos do artigo art. 3º, inciso V, da Lei 6938/81. Concordamos com a classificação dominante dos minerais como bens públicos de domínio privado do Estado, em razão da lei e da relevância significativa que o seu aproveitamento tem na nossa sociedade como elemento estratégico e econômico, ressaltando que deve ser aproveitado de forma otimizada, sem aviltar nossa

soberania, sob controle público e privado, para que as agressões irreversíveis à biota sejam a exceção, de forma a não comprometer a qualidade de vida das gerações presentes e futuras.

3.3 A responsabilidade constitucional e a mineração

Os legisladores constituintes, ao elaborarem o capítulo constitucional que versava exclusivamente sobre proteção do meio ambiente (artigo 225), determinaram que o meio ambiente saudável é um direito difuso, impondo-se a todos o ônus de sua conservação. Ademais, o parágrafo 3º consolidou o entendimento de que as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas pelos danos ambientais, de forma administrativa, civil e criminal, englobando esta possibilidade tanto para entes públicos quanto privados, posto que não os distinguiu, assim, como a modalidade de responsabilização objetiva, uma vez que não efetuou ressalva alguma, muito embora a doutrina e jurisprudência dominante entendam que pessoa jurídica de direito público não pode ser objeto de sanção criminal, e que as sanções desta natureza não comportam responsabilidade finalista ou objetiva, mas apenas sanções de natureza causalista ou subjetiva. Tanto a responsabilização administrativa quanto a civil jamais causaram tanta polêmica, no aspecto acima citado, quanto a responsabilização criminal. Podemos observar que o legislador não fez nenhuma ressalva no parágrafo 3º, do artigo 225 da CF/88, e é sabido que: o que o legislador não distinguiu, não cabe ao interprete fazê-lo: § 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.*

Da simples interpretação gramatical, sem adentrar em outras mais importantes e eruditas, como a sistêmica, a histórica e a política, notamos que não foi sequer mencionada a necessidade da culpa para a responsabilização, assim como não houve diferenciação entre pessoas jurídicas de natureza pública ou privada, o que deu margem à interpretação para o aumento da imputação de sanções pelos danos ambientais, nos moldes como estamos expondo neste trabalho. A importância de tais estipulações, no âmbito constitucional, serviram para direcionar os debates sobre a responsabilização, que era travado entre doutrinadores que entendiam que ela somente poderia se dar dentro da possibilidade da culpa subjetiva e outros que a elasteciam para a responsabilidade sem culpa.

A partir de então, uma previsão mais severa de imputação passou a vigorar no nosso ordenamento jurídico, anulando a força de teorias mais complacentes com os agressores do meio ambiente, imputação que não excluiu o dever de reparar o dano causado, pelo contrário a privilegiou, quer seja no aspecto material quanto moral. Tal incremento da responsabilização veio para sepultar o

entendimento daqueles que afirmavam que a pessoa jurídica não podia delinquir, assim como aqueles que entediam que somente pessoas jurídicas de direito privado poderiam cometer ilícitos.

Dentro deste novo enfoque da Carta Magna, a indústria mineral mereceu especial atenção, acreditamos que tal se deu pela publicidade negativa da atividade, e pelo fato de que a responsabilidade pelo dano ambiental na mineração, no senso comum, se confundir com a própria responsabilidade pelo dano ambiental. Esta responsabilidade deriva de um impacto ambiental não tolerado, enquanto aquela responsabilidade surge de uma intervenção tolerada no ecossistema, em razão da importância dos insumos para a sociedade, e do planejamento do aproveitamento mineral efetuado com respeito às outorgas minerais e licenças ambientais. A atividade minerária, conduzida de forma temerária e sem as cautelas necessárias, não se encaixa nesta última hipótese, que seria a do artigo 225, § 2º, da CF/88, mas sim no seu § 3º, que trata da responsabilidade genérica pelo dano.

O empreendimento que desrespeita a lei costuma causar uma série de impactos ambientais negativos, os quais, devido a sua repercussão, ganharam previsão expressa no parágrafo 2º, do supra mencionado artigo constitucional: § 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo *com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei*.

Notamos que o parágrafo 3º, do artigo acima mencionado aborda a responsabilidade pelo dano ambiental de forma genérica, a atingindo todas as atividades econômicas da sociedade, enquanto o parágrafo 2º aborda de forma específica a mineração, encerrando nele mesmo a ideia de que a atividade é sempre desenvolvida mediante a possibilidade e obrigação de reabilitação da área sujeita ao aproveitamento mineral.

As demais atividades industriais impactantes, com exceção das usinas nucleares, tiveram de forma genérica sua atividade regulada nos incisos desse artigo. Outra questão interessante, que poderá dar margem a interpretações conflitantes, é a constatação de que a expressa responsabilização do minerador pela reparação do meio ambiente degradado constante do supracitado parágrafo 2º, a ser interpretada de forma restritiva, como devem ser interpretadas as normas que tratam da penalização, poderia gerar uma exclusão de todas as outras formas de imputação, como aquelas previstas no parágrafo terceiro, do artigo constitucional em comento, restando apenas a obrigação de fazer, quiçá, vinculada a uma multa cominatória com natureza predominantemente civil. Outra questão é a interpretação de que o minerador não causaria danos ambientais propriamente ditos, mesmo quando implicasse em modificação da paisagem, uma vez que suas intervenções nos ecossistemas seriam amparadas pelas licenças minerais e ambientais e, portanto, teriam a previsão de reabilitação do meio ambiente a seu

correto tempo. Trata-se de raciocínio semelhante ao de não considerar a incisão na cirurgia médica como lesão corporal, mas sim como um exercício regular de direito. Ambos os procedimentos seriam de intervenções toleradas.

O argumento, em sentido contrário, é o de que as normas constitucionais que tratam de direitos humanos, devem ser interpretadas de forma a atingir sua maior eficácia protetora ao bem jurídico tutelado, que em última instância é o direito a vida, e que, portanto, sob este enfoque, a responsabilização do minerador que causasse danos ambientais, continuaria a ser tão ampla quanto às das demais atividades passíveis de gerar impacto ambiental significativo. Acreditamos que, se as licenças realmente foram outorgadas dentro da finalidade da lei, teremos exatamente a situação de exercício regular de direito, posto que esta previamente planejada e aprovada a prevenção e mitigação dos possíveis impactos ambientais negativos da atividade, caso contrário, teremos apenas uma simulação, passível de responsabilização administrativa, civil e criminal dos atores envolvidos.

3.4 O meio ambiente como um direito difuso

O direito ao meio ambiente saudável é um direito difuso e sua tutela pode se dar em juízo por qualquer cidadão que a pleiteie; este direito foi colocado no mais alto patamar, o constitucional, uma vez que está inserido no artigo 225, da CF/88, o direito de todos ao meio ambiente saudável, assim como o dever geral de proteção aos ecossistemas. A sua proteção em ação individual consta do artigo 5º, inciso LXXIII, da Carta Magna, que desta forma submete as demais normas a seu comando, conforme a imagem da Pirâmide de Kelsen (1986). Vejamos o supracitado inciso que legitima processualmente o cidadão:

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Neste inciso consta a previsão da ação popular para a proteção ambiental, previsão que ampliou o uso da ação popular para fins ecológicos, ficando apenas o requisito da lesão e prova do autor ter plenitude dos seus direitos políticos, prova feita através do título de eleitor. Mesmo esta comprovação está sendo cada vez mais amainada, uma vez que é a pessoa humana que sofre com as lesões ambientais, independente de ser cidadão brasileiro ou não, ou estar em dia com seus direitos políticos, e, também, porque, facilitando o acesso a justiça, incrementa-se a defesa do meio ambiente. A interpretação que trata de direitos humanos, como

este, deve ser feita de forma a ampliar seu alcance, jamais restringindo. Notamos que tal proteção se faz a um bem jurídico que pertence a todos e, justamente por pertencer a todos é que legítima todo cidadão a propor o remédio jurídico, afirmando de forma implícita a sua natureza difusa. Explicitamente, ele é demonstrado como um direito difuso no artigo 129, da Constituição Federal, que disciplina as funções do Ministério Público e da ação civil pública: *Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.*

Ao ler o inciso III, podemos notar claramente que o meio ambiente é listado conjuntamente com uma série de outros bens tutelados e que, ao final, são todos nomeados como interesses difusos e coletivos, e para enriquecer ainda mais a conceituação do que são os direitos difusos, veio Código de Defesa do Consumidor, promulgado pela lei 8.078/90, o qual mais especificamente no seu artigo 81 assim definiu:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em Juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato(...)

Temos, então, que direitos difusos são aqueles que não detêm uma clara associação dos titulares, em que esta é de natureza meramente fática, o dano é massivo e atinge um número indeterminado de interessados, sendo o bem jurídico tutelado indivisível; podemos citar neste diapasão o direito ao ar puro (ANTUNES 1992). Temos uma pluralidade indeterminada de sujeitos titulares do direito.

A tutela dos direitos difusos consiste em um grande avanço da nossa legislação, a qual confronta nosso ordenamento jurídico e, em especial, o nosso sistema processual, os quais foram criados dentro de uma ótica liberal, para lidar com direitos individuais, e não para direitos de terceira geração, que são ferramentas para lidar com anseios das massas e das coletividades. Esta contraposição talvez explique o pequeno uso da ação popular para proteção do meio ambiente, mesmo após tanto tempo após sua criação, talvez por exigir um maior esforço adaptativo dos aplicadores do direito.

3.5 Indenização por atos ilícitos

A complexa convivência em sociedade e a multiplicidade de direitos e interesses das relações contemporâneas podem nos levar a uma situação de conflito,

causando em alguns casos um ato ilícito, quando lesionado um bem jurídico tutelado pela lei, gerando uma reação jurídica de busca da reparação e, na sua impossibilidade, uma compensação na forma de indenização.

Um ato ilícito é composto por vários elementos: a lesão de um direito, uma conduta ativa ou omissiva injustificada na produção desta lesão, a ocorrência de dano ao patrimônio material ou imaterial, com nexos causal entre a conduta e o dano. O ato ilícito somente existirá quando todos estes elementos estiverem conjugados, mas na ausência de algum deles não haverá como existir a obrigação de reparar ou indenizar (MACHADO, 2003).

A discussão da culpa é fundamental para a responsabilização por ato ilícito dentro da teoria clássica da culpa; a ausência dela torna o agente inimputável, portanto, além da necessidade de observarmos se o agente agiu com negligência, imprudência, ou imperícia, devemos verificar se assim agiu de forma injustificada, o que no Direito se conhece como agir além dos extremos do homem diligente, ou como ensina Lima (1999): a ordinária diligência do *bom pai de família*. A questão da culpa é diretamente vinculada a intenção subjetiva do autor dos fatos que geraram o dano e influenciará a dosagem das penalidades.

A lesão ao direito é um elemento necessário, uma vez que se a conduta do agente não é ilegal, não há que se falar em responsabilização e indenização. Interessante questão observamos quando enfocadas as lesões ao meio ambiente promovidas pela atividade mineradora dentro dos parâmetros das legislações administrativas, porém em desacordo com legislação ordinária federal e a Constituição Federal de 1988. Tal situação irá gerar uma responsabilização civil do empresário minerador, mas, no entanto, estará isento de sanções administrativas, uma vez que o poder público o havia autorizado a agir como agiu, e portanto não poderá punir pelo que permitiu. A Administração pública será responsabilizada civil e solidariamente com o minerador. O servidor público será responsabilizado apenas se tiver agido com culpa ou dolo. Os demais atores, são responsabilizados objetivamente pelos danos ambientais.

A existência do dano é essencial para a responsabilização, uma vez que, em não existindo dano, não há fato gerador do direito à indenização; neste pormenor é interessante sopesar se teremos dano tolerável ou insignificante, situações que também excluem a responsabilização. Como último elemento da responsabilização, temos o nexo causal, o qual consiste no liame entre a atividade e o dano, pois se não houver uma correlação direta de causa e efeito entre ambos, também não há o que se falar em imputação. Com a observância desses preceitos, caracterizamos a responsabilização subjetiva do agente causador do dano. Em algumas situações, mesmo se tratando de responsabilização objetiva, como é o tema principal desta dissertação, não se prescindem de tais verificações na análise dos casos concretos, em especial quando se trata de graduar a intensidade das punições que dependem

de arbitramento, como o dano moral, por exemplo, ou as ações regressivas contra servidores públicos, que respondem sob o regime de responsabilidade subjetiva.

3.6 A reparação do dano material e moral ambiental

A legislação pátria deu preferência às ações preventivas em detrimento das corretivas quando se trata da questão ambiental e, quando da existência do dano, preferiu a reparação do dano ambiental à sua mera indenização, em virtude de se orientar por uma política pública mais voltada à preservação dos ecossistemas e à sadia qualidade de vida do que a punição propriamente dita, daí a escolha dos AIAs e de práticas de licenciamentos ambientais para fins de regramento da instalação de atividades potencialmente degradadora, e a importância da implementação de mecanismos como a avaliação ambiental cumulativa e a avaliação ambiental estratégica, que são variantes do estudo acima mencionado, como formas de subsidiar a tomada de decisão, evitando danos desnecessários ou criando soluções de intervenções em áreas degradadas que recuperem suas funções ecológicas em detrimento de simplesmente obrigar a indenizar, pois para preservar a qualidade de vida é melhor aplicar a obrigação de fazer. Mais vale para a humanidade a preservação ou a reabilitação de uma área verde danificada do que ter o valor econômico equivalente ao prejuízo sofrido depositado em uma conta bancária, outrossim, temos que certos bens ambientais que são de difícil valoração em pecúnia, como por exemplo o ar puro, o “Morro do Careca”, ou uma espécie vegetal desconhecida com propriedades farmacológicas da mesma natureza, notamos que é mais vantajoso preservar do que depois de destruído o bem ambiental, obter-se uma indenização.

Elementos como água e ar puros e uma bela paisagem não podem ser substituídos por dinheiro, assim com a utilidade de uma espécie com seu patrimônio genético ainda inexplorado. Por outro lado, muitas vezes a reparação exata do prejuízo ambiental torna-se inviável economicamente, e às vezes até impossível; nesses casos, a reparação se fará por meio de indenização, em outros, deverá ser elaborado um plano de ajustamento de conduta visando compensar o dano. Tal compensação ambiental pode se dar, por exemplo, pela criação de área de reserva legal de tamanho equivalente ao local danificado. Temos também a questão da corresponsabilidade Administração, uma vez que a mesma concede as outorgas para o exercício das atividades potencialmente impactantes, assim como têm a obrigação de as fiscalizar, quer os atores sejam públicos ou privados, ficando desta forma o poder público, quando inoperante, responsabilizado solidariamente pelas obrigações de fazer, não fazer e indenizar.

O prejuízo reparável deve ser periódico e grave, de forma a superar a capacidade natural de assimilação, eliminação e reintrodução dos agentes nocivos

no ciclo biológico, devendo-se ainda observar a relação de causalidade entre a ocorrência do dano e a atividade poluidora. O problema da cumulatividade do dano, muitas vezes, é negligenciada, pois existem situações em que as emissões dos efluentes estão dentro dos padrões legais administrativos, porém a sua cumulatividade acaba por gerar, após alguns anos de funcionamento do empreendimento, um impacto ambiental significativo, o qual deverá ser reparado, restando aos causadores esta responsabilidade. Se o poder público se utiliza de índices de tolerância de poluição inadequados e os danos acabam por se configurar, este também será responsabilizado solidariamente com o poluidor pelo dano causado, ficando o degradador isento apenas da responsabilidade administrativa.

A reparação do dano por força da lei 6.938/81, em seu parágrafo 1º, pode ser provocada pela atuação do Ministério Público da União e dos Estados, na medida em que ganharam legitimidade para propor a ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. Ressalvamos que outros atores públicos e privados também detêm legitimidade para tanto, via ação civil pública, assim como o próprio cidadão pelo manejo da ação popular, conforme segue:

Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de 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.

Tal disposição apenas reforça o papel preponderante do Ministério Público e do Estado na luta pela preservação do meio ambiente. Podemos, por exemplo, com um pedido em uma ação desta natureza requerer a reposição ou a reconstituição do bem lesado, devemos atentar a tais disposições que não necessariamente elidem a indenização, uma vez que a perfeita recuperação do meio ambiente nunca se dará, devendo se indenizar o saldo do que não se restaurou, sempre com amparo no artigo 4º, inc. VII, da Lei 6.938/81, o qual prevê responsabilização objetiva, portanto independente de culpa, nos moldes do artigo.14, parágrafo 1º, do já citado diploma legal.

Uma das preocupações existentes na reparação do dano ambiental é a questão da solvência das empresas, na condenação pela obrigação de indenizar ou reparar a lesão causada, pois muitas vezes, em razão das grandes somas envolvidas,

o ativo do empreendedor não consegue fazer frente aos prejuízos que causou. Algumas vezes, a desconsideração da pessoa jurídica, permitindo se acessar o patrimônio do sócio e do próprio grupo econômico, assim como a aplicação da teoria da aparência, quando supostos vários empreendedores de direito, de fato são apenas um, possibilita o ressarcimento ou reparação do dano, mas nem sempre é possível, em razão das grandes dimensões das lesões perpetradas, em especial na mineração, em razão do tamanho das áreas lavradas e da duração da vida útil do empreendimento, então outras soluções devem ser conjugadas para aumentar a efetividade da proteção dos ecossistemas.

A alternativa da utilização de seguro ou de uma caução para a cobertura de eventuais danos tem sido sugerida, visualizando-se amplas vantagens, as quais vão desde reverter a tendência dos custos do prejuízo ambiental ser externalizado dos custos de produção, em razão de passarem a ser internalizados por força de custos de contratação, exigências preventivas ambientais para formalização das apólices e valores das franquias, como pela certeza da solvência para fins de reparação do dano e conseqüente proteção do meio ambiente e do próprio empreendimento (que poderia vir a “quebrar”), pois o maior ônus econômico seria do órgão responsável pelo pagamento do seguro. O empresário por sua vez, na renovação do seguro, se atentaria às exigências efetuadas pela seguradora, o que faria torna-se mais precavido, e, para a população, maior seria a segurança da reparação do prejuízo sofrido no patrimônio coletivo. Estes mecanismos já são empregados em países como Canadá e outros, sempre com especial atenção à duração da obrigação, visto não poder ser eterna, mas, por outro lado, observando a longa demora que muitas vezes decorre para instalação e descoberta dos efeitos do impacto ambiental.

Existem questões que ainda não foram totalmente solucionadas, mas que nem por isto impediram a implementação de seguro, como por exemplo o fato de que a vida útil de uma mina pode superar 100 anos ou mais, então como condicionar os prêmios e estimar o valor das indenizações? Acreditamos que uma solução que poderia baixar este valor é a recuperação gradativa por frente de lavra, e condicionando a emissão e renovação da licença de operação ao cumprimento de tal procedimento e a seguro obrigatório. Seria um seguro com prazo determinado, de intervalo anual, que sempre consideraria as licenças ambientais para sua contratação, as quais exigiriam a recuperação gradativa dos danos de acordo com o desenvolvimento do aproveitamento mineral, e também vinculando a emissão das outorgas à contratação do seguro obrigatório.

Outro problema é a dificuldade de identificação do responsável pelo dano ambiental na reparação da lesão à biota e às vítimas consideradas individual e coletivamente. Muitos têm proposto a criação de fundos responsáveis para tanto, ou seja, para serem usados quando não encontra-se o responsável pelo dano,

ou quando este for insolvente; temos uma previsão deste tipo na Convenção de Bruxelas de 18.12.71, que estabeleceu um fundo para indenizar os prejuízos da poluição marítima por óleo. Nos EUA temos o *Superfund* com tal finalidade; a lei brasileira, infelizmente, ainda não evolui para prever formas de indenização pelo desconhecimento da autoria. Temos também outro problema, pois, por força do artigo 167, inc. IV, da CF/88 ficam vedadas “ a vinculação da receita dos impostos a órgão, fundo ou despesas”, o que limita a fórmula de financiamento para criação de semelhante fundo (COSTA, 2004) com tal arcabouço legal, devendo-se prevenir e reparar os danos ambientais por meio de seguros e de imputação de responsabilidade aos casos de conhecimento da autoria.

No Brasil, a antiga orientação era a inexistência de apólices específicas para o dano ambiental, constando nelas exclusões contratuais específicas quanto aos danos desta natureza, no entanto, os danos ambientais, por terem ocorrido cada vez com mais frequência, e, em especial, no caso de acidentes relacionados com o aproveitamento e distribuição de petróleo e seus derivados, e também com produtos químicos nas rodovias, fizeram surgir a necessidade de apólices específicas para reparação de danos ambientais. Para ter cobertura, o acidente ambiental deve ser imprevisto, repentino, não acumulativo, ser situado dentro do território nacional e causar prejuízo a terceiro (LEMOS, 2003).

O seguro de responsabilidade civil por poluição (dano ambiental) envolve a questão dos altos valores consumidos neste tipo cobertura, que pode ser resolvida por meio de resseguro, para que não ocorra a insolvência das próprias seguradoras. Na França, temos uma convenção de seguradoras, que garantem as reparações por dano ambiental difuso, coletivo e individual, como Assurpol (DURÇO 2004), e desta forma, evita-se o perigo acima exposto.

A atividade de mineração agride em maior ou menor intensidade o meio ambiente de acordo com a aplicação ou não dos métodos adequados de lavra e com o grau de respeito à legislação protetiva. No seu desenvolvimento podem ser necessárias uma série de intervenções como retirada da camada vegetal, a coleta e guarda das sementes, coleta e armazenagem do solo fértil, detonações, escavações etc., medidas a serem observadas caso a caso, de acordo com o tempo de duração do aproveitamento da frente de lavra, da resistência do material guardado à estocagem, das técnicas economicamente viáveis à época dos fatos, e dos riscos e problemas que envolvem as pessoas que trabalham na atividade ou habitam as áreas circunvizinhas, e que podem ser vitimadas por externalidades negativas do empreendimento, quando mal conduzido, como barulho, poeira, ultralaçamentos, destruição do patrimônio paisagístico e outros problemas já mencionados.

A consequência do dano ambiental gerado é o surgimento do dever de reparar ou compensar o dano, e quando impossível fazê-lo na sua integridade, de indenizá-lo alternativa ou concomitantemente. A reparação do dano se divide

em duas formas: a primeira é a reparação do dano material ou patrimonial, que consiste em reparar, mitigar e/ou indenizar o dano causado no meio físico, como acima esplanado; a segunda é o dano moral ou extrapatrimonial que, por sua vez, consiste em indenizar ou reparar o dano gerado na psique do indivíduo ou coletividade determinada ou não que foi vitimada pelo prejuízo material.

O dano moral ambiental segundo Leite (2000) é a lesão a valores imateriais da pessoa (interesse subjetivo) ou coletividade (interesse objetivo), enquanto bem jurídico tutelado, causada por danos à sadia qualidade de vida e ao gozo de um ambiente ecologicamente equilibrado, ferindo a solidariedade intrageracional e intergeracional. Como exemplo podemos citar uma frente de lavra com detonações em horários impróprios (horário noturno), toda a comunidade irá padecer de seu incômodo, de forma coletiva e também individualmente, poderemos ter ocorrência de pessoas com estresse e doenças relacionadas a este problema, em especial para os que habitarem com maior proximidade do local onde estiverem ocorrendo tais danos ambientais.

A possibilidade de reparação por dano moral e material também se estende a pessoas jurídicas, pois, muito embora, não tenham psique, por outro lado, possuem reputação e honra objetiva como as pessoas naturais, e que também devem ser preservadas. Tanto a possibilidade de cumulação de dano moral com dano material, quanto a possibilidade da pessoa jurídica suportá-lo foram pacificadas pelas súmulas do STJ ns° 37 e 227 respectivamente e depois assimiladas pela CF/88, como segue: *Súmula 37* – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. *Súmula 227* – *A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.*

A reparação do dano moral já gerou muita discussão sobre seu cabimento ou não nos meios jurídicos e acadêmicos; discussão que foi quase totalmente pacificada após a promulgação da CF/88, com seu artigo 5°, incisos V e X:

Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem.

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O rol de direitos violados que ensejam a reparação pelo dano moral, constantes do artigo acima, não é taxativo, sendo apenas exemplificativo, assim como

não existe qualquer distinção do dano ser oriundo de lesão à pessoa natural ou jurídica. Tal mudança constitucional veio acabar com a discussão se o antigo Código Civil assimilava ou não a indenização pelo dano moral, o que hoje é corroborado pela própria abrangência dos artigos 186 e 187, do Novo Código Civil, que dispõe que aquele que causar dano a terceiro deve ressarcir os prejuízos causados, ainda que apenas de ordem moral, como abaixo transcrito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Nesta mesma linha de entendimento, os tribunais tratavam este instituto com a importância merecida, como frisou Severo da Costa (2004) o ressarcimento do dano moral sofrido ao relatar vitoriosamente os Embargos Infringentes na Apelação Civil n.º 77.908, no 2.º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro que: *Todo e qualquer dano causado a alguém ou ao seu patrimônio, deve ser indenizado, de tal obrigação não se excluindo o mais importante deles, que é o dano moral, que deve autonomamente ser levado em conta. O montante será sabiamente arbitrado pelo MM. Juízo.*

Evidentemente que tal punição imposta aos infratores, no momento do arbitramento, deve levar em conta sua situação econômica, de modo que constitua-se em sanção capaz de repercutir-lhe internamente, demovendo-o do desejo de reincidir em atos danosos da mesma espécie e, ao mesmo tempo não deve causar enriquecimento sem causa ao ofendido. Nesse sentido, sustenta o doutrinador Caio Mário (2001, p.317) que ensina:

(...) na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, ..., o que pode ser obtido... de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança.

Quanto a certeza do dever de indenizar o dano moral, esta ficou pacificada nos dias de hoje, porém remanesce um outro problema que não é novidade, mas que nem por isto se tornou menos premente, qual seja, a apuração do montante a se indenizar,

que continua cabendo ao juízo arbitrar caso a caso o montante devido, levando em consideração a relevância do bem jurídico lesado e o poder econômico do algoz, os princípios gerais de direito e as regras da experiência, neste aspecto, socorrendo-nos novamente temos o doutrinador Caio Mário (2001 p. 318) que leciona: *Na ausência de um padrão ou de uma contraprestação, que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização.*

Quando se trata de indenizar materialmente um fazendeiro porque a mineração matou seu gado, o problema é de fácil solução; mesmo quando se pretende a indenização pelo dano moral sofrido, recorre-se ao arbitramento, pois tal tese já esta consolidada no ideário dos operadores do direito e dos jurisdicionados, no entanto, quando se fala no dever de indenizar pelo dano moral ambiental, a discussão pela sua aparente novidade faz parecer que tal instituto está sendo usado de forma aventureira e imoral, o que, no entanto não corresponde à realidade fática e legal vigente, afinal, tal dano consiste no desconforto emocional e psicológico causado a indivíduos ou a coletividades que são expostos às intempéries dos danos ambientais, como perda de paisagem, odores fortes, ruídos, não poder desfrutar de um lago por estar poluído, padecimento físico e mental frente ao dano injusto. Vejamos a interessante decisão:

Dano Moral – Indenização – Acidente Ambiental – Vazamento de produto químico- Vítima residente no local afetado- Empresa causadora do evento danoso que providenciou a higienização da casa do ofendido, além de atendimento médico – Fatos aptos a causa apreensão e temor, motivadores da reparação moral- Verba devida- EI 2004.005.00271-13^a Câm. Cív. – TJRS- re. Des. José Samuel Marques.

Pela simples interpretação do artigo 5º, cominado com o artigo 225, todos da Magna Carta, somados aos artigos já mencionados do Código Civil, já teríamos esta obrigação totalmente positivada, no entanto, para que tal dever fique ainda mais explicitado, temos a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que foi assimilada pela Lei Maior, e que no seu artigo 1º e incisos (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.06.1994) garante textualmente tal condição:

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

O entendimento da possibilidade do dano moral ambiental também foi plenamente recepcionado pela jurisprudência, que o admite:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DANO AO ERÁRIO – 1. A ação popular subsumiu-se no bojo da ação civil pública, pela abrangência da segunda demanda. 2. Também expandiu-se a legitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO com o advento da CF/88, na defesa dos interesses patrimoniais ou materiais do Estado, entendendo-se como patrimônio não apenas os bens de valor econômico, mas também o patrimônio moral, artístico, paisagístico e outros. 3. Obra pública sem licitação, ou com licitação ilegal, pode sofrer a censura judicial, via ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO. 4. Recurso especial provido. (STJ – RESP 151811 – MG – 2ª T. – Relª Minª Eliana Calmon – DJU 12.02.2001 – p. 00104)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO MORAL – Proibição de depositar inadequadamente o lixo, sob pena de multa diária. Elevado custo da reciclagem do lixo, o que requer minucioso estudo de viabilidade. Inacolhível a pretensão quanto ao dano ambiental visto não ter sido apontado qualitativa e quantitativamente, bem como o nexo de causalidade em virtude da responsabilidade objetiva. Não-imposição de multa diária pelo fato de não poder arcar o contribuinte com o pagamento da penalidade imposta aos réus. Recurso improvido. (TJSP – AC 118.880-5 – 5ª CDPúb. – Rel. Des. Alberto Zvirblis – J. 19.10.2000).

Pela leitura dos diplomas legais acima colacionados, notamos que cabe dano moral e material não apenas a danos ambientais, mas a lesões ao consumidor, a direitos difusos e coletivos, assim como ao patrimônio histórico, cultural, paisagístico e outros. Ressaltamos que o dano moral não é objeto de prova, uma vez que ele nasce da própria lesão ao bem jurídico tutelado; o que se prova é o fato gerador, que pode tanto ser um dano material, quanto uma lesão que não cause prejuízo econômico, mas que repercuta do mesmo modo dentro da psique do indivíduo ou pluralidade de indivíduos afetados, sendo que nos casos de pessoas jurídicas, pela ausência de sofrimento anímico, temos em contrapartida à lesão a relevante valor social e a honra objetiva.

O dano moral ambiental se caracteriza pela lesão a um bem ecológico que pertence a todos coletivamente e, ao mesmo tempo, a alguns individualmente (LEITE, 2002). Notamos que existe amplo campo a ser desbravado até a efetiva e intensa utilização deste instituto, que deverá ser revertido para o fundo de reparação do dano ambiental e em prol dos indivíduos e comunidades diretamente e indiretamente (direito difuso) afetados. O dano material consistira na obrigação

de reparar ou compensar ambientalmente a lesão, e não sendo possível, a obrigação de fazer será convertida em perdas e danos, ou seja, em indenização. Quanto ao dano ambiental individual, quer seja material ou moral, deverá ser revertido ao próprio lesado.