

Análise dos fundamentos da compensação ambiental

A responsabilidade civil *ex ante* no direito brasileiro

Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira
Solange Teles da Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Tutela constitucional do meio ambiente, responsabilidades e o princípio conservacionista. 3. Responsabilidade civil ambiental e medidas compensatórias. 3.1. A compensação ambiental como forma de controle e de redução dos riscos de dano ambiental. 3.2. A compensação ambiental e os danos ambientais. 3.3. A compensação ambiental e os riscos de danos ambientais. 4. Responsabilidade civil *ex ante* e as medidas compensatórias por danos futuros. 5. Conclusões.

1. Introdução

Contaminação dos solos, do ar e da água, contaminação biológica, novas tecnologias e riscos ambientais, danos ecológicos, reparação e medidas compensatórias constituem algumas das facetas da problemática ambiental nas sociedades contemporâneas que conduzem a uma análise das possibilidades e limites do direito ao regular as relações dos seres humanos na apropriação de espaços e na utilização dos recursos ambientais. Nesse sentido, o sistema de responsabilidade civil ambiental assegura não apenas a reparação dos danos ambientais, mas também propicia a compensação ambiental *ex ante* pela apropriação da qualidade ambiental. Um novo paradigma fundado na ordem pública ambiental em prol do equilíbrio das relações jurídicas na apropriação e utilização dos espaços e recursos ambientais justifica

Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira é Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas e especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor do CTI/UNESP.

Solange Teles da Silva é Doutora em Direito Ambiental pela Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professora do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos. Pesquisadora do CNPq.

uma leitura contemporânea do instituto da responsabilidade civil¹.

O presente estudo tem como objetivo explorar a fundamentação teórica da imposição de medidas compensatórias previamente à realização de empreendimentos e obras autorizados pelo Poder Público, a partir dos novos contornos da responsabilidade civil ambiental no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, destaque-se que é o princípio conservacionista², que emerge do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que orienta o conteúdo da norma de direito ambiental bem como sua implementação para assegurar a manutenção da qualidade do meio ambiente e garantir a existência digna dos seres humanos. Assim, num primeiro momento, será analisado o fundamento constitucional das medidas compensatórias e, em uma segunda etapa, a responsabilidade civil ambiental e as medidas compensatórias, considerando-se a compensação ambiental como forma de controle e de redução dos riscos de dano ambiental. Complementando esse estudo, serão então realizadas algumas considerações sobre a responsabilidade *ex ante* e as medidas compensatórias por danos futuros.

2. Tutela constitucional do meio ambiente, responsabilidades e o princípio conservacionista

O meio ambiente, como espaço de vida dos seres humanos, deve ser compreendido por meio de suas dimensões históricas e socioculturais, já que as relações que os seres humanos têm em relação aos modos de apropriação do meio ambiente diferem em cada sociedade e em cada período da história. Na realidade, a “descoberta da vulnerabilidade crítica dos sistemas ecológicos à intervenção humana veio modificar a compreensão ética acerca de nós mesmos, como fator causal no mundo, [e transforma a natureza em um] (...) novo objeto do agir humano” (SENDIM, 1998, p. 16). Há

a emergência de uma nova dimensão da responsabilidade: uma responsabilidade ética que leva em conta a condição global da vida humana, o futuro a longo termo, bem como a existência e a sobrevivência da espécie em si mesma (JONAS, 1995, p. 28). Nesse sentido, a responsabilidade civil ambiental deve ser analisada sob um novo prisma, individual e coletivo, presente e futuro, fundada nos princípios da prevenção e da precaução (Cf. SILVA, 2004).

A Constituição Federal de 1988, além de recepcionar os dispositivos da Lei 6.938/81, que definiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) e estabeleceu entre seus princípios a necessidade de compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, afirmou, em seu art. 225, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e incumbiu tanto o Poder Público quanto a coletividade da tarefa de defendê-lo e preservá-lo, para as gerações presentes e futuras. De acordo com o texto constitucional, a tutela ambiental passou a associar-se à busca da qualidade de vida, devido à percepção de que o meio ambiente em condições satisfatórias se apresenta como elemento necessário e imprescindível para o aproveitamento pleno da vida e à existência digna. A proteção ambiental representa um importante instrumento para o alcance e manutenção de entorno capaz de proporcionar o desenvolvimento humano sob as melhores condições possíveis, do ponto de vista físico, mental e espiritual. Nessa perspectiva, a tutela do meio ambiente aparece como objeto central e prioritário da proteção constitucional. Sua finalidade é direcionada a um aspecto mediato ou conseqüente, buscando possibilitar a satisfação da qualidade de vida do ser humano, proporcionada por um entorno hígido e equilibrado, de forma a atender ao respeito à cidadania, dignidade humana e justiça social, bem como propiciar o desenvolvimento das atividades econômicas.

Os modos de apropriação dos recursos ambientais e dos espaços devem portanto observar à lógica da responsabilidade, de um justo equilíbrio entre os bens partilhados no espaço e no tempo. O ser humano, como elemento integrante do meio ambiente, deixa, assim, de ser sujeito que detém um poder absoluto e ilimitado nessa relação, e, na medida em que atua sobre o mesmo, é ele também transformado, sofrendo as conseqüências de sua intervenção.

O preceito da defesa do meio ambiente, trazido pela Constituição, refere-se a um direito, ao mesmo tempo, individual e coletivo, considerando-se que o meio ambiente é elemento indispensável tanto para o desenvolvimento do indivíduo em si quanto para a realização da sociedade como um todo. Todavia, é em seu aspecto coletivo que esse direito é revolucionário, pois ele é assegurado tanto às gerações presentes quanto futuras, e sua concretização demanda uma gestão da qualidade ambiental de forma participativa: toda sociedade tem o ônus da defesa ambiental³.

Ao lado do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, impõe a Constituição Federal de 1988, de modo a oferecer garantias para o exercício desse direito, um dever, também fundamental, compartilhado entre Estado e sociedade civil, cujas ações devem convergir para a defesa do meio ambiente. Essa obrigação está calcada num princípio de solidariedade, que deriva de um compromisso ético para com o futuro e de equidade para com as gerações vindouras.

Ora, veja-se, a construção de um Estado de Direito comprometido com as questões ecológicas somente se torna possível a partir da institucionalização dos deveres fundamentais ecológicos que garantem uma convivência harmoniosa do ser humano com seu entorno (Cf. CANOTILHO, 2004, p. 10). Esse dever ecológico, seguindo uma derivação kantiana de comportamento elaborada por Canotilho (2004, p. 10), pode ser traduzido no seguinte postulado:

“age de forma a que os resultados da tua acção que usufrui dos bens ambientais não sejam destruidores destes bens por parte de outras pessoas da tua ou das gerações futuras”.

É possível, portanto, afirmar que emana do art. 225 da Constituição um princípio conservacionista que implica, necessariamente, a adoção de técnicas e instrumentos que garantam a integridade do bem protegido, preceito necessário para a efetividade do direito ao meio ambiente, primando por sua manutenção ou recuperação, nos casos de perda da qualidade ambiental. Assim, o direito ambiental concebido como disciplina pré-ordenada à realização de vetores próprios, como salienta Sendim (1998, p. 167), traz a idéia de conservação do equilíbrio ecológico que se constitui como orientação fundamental e fundamento dogmático de sua atuação.

Diante da orientação constitucional de garantir como direitos de todos um objeto específico, ou seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, adquire o direito ambiental um *status* de direito de resultado, cuja satisfação requer a manutenção de uma situação específica que reverte seus serviços e benefícios em favor dos seres humanos e da reprodução das condições necessárias à continuidade da vida no planeta.

Nesse sentido, salientam Canotilho e Moreira (1993, p. 143) que:

“(…) diferentemente do que ocorre com outros direitos sociais, em que se trata de criar ou realizar o que ainda não existe (segurança social, serviços de saúde, habitação), o direito ao ambiente visa garantir o que ainda existe e recuperar o que, por acção do Estado e de terceiros, deixou de existir (...)”.

Analisando o posicionamento constitucional acerca da protecção do meio ambiente, enfatiza Silva (2000, p. 24-58) que o objeto da norma ambiental não recai sobre o meio ambiente em si, ou um meio ambiente

qualquer, mas sim sobre um meio ambiente qualificado, pois a proteção da qualidade ambiental é efetuada com o intuito de se assegurar a qualidade de vida, de modo que é o seu estado, ecologicamente equilibrado e satisfatório ao ser humano, que se erige como bem ambientalmente tutelado.

Da mesma maneira, o princípio conservacionista também carrega consigo uma visão prospectiva, voltada para a responsabilidade da transmissão de possibilidades de escolhas para gerações futuras, e, em última análise, volta-se para o futuro da humanidade. Ele pode ser compreendido como fruto do reconhecimento da necessidade de se manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado que, como consequência, impõe a admissão ao respeito da existência de limites em relação às intervenções humanas no meio ambiente. A norma de direito ambiental busca, assim, extirpar ou atenuar essa tensão existente entre a utilização e a preservação dos recursos ambientais.

Esse ponto de equilíbrio é traduzido pela premissa do desenvolvimento sustentável, que aflora do art. 225 do texto constitucional ao fazer menção às gerações vindouras, consolidando a defesa do meio ambiente como um interesse que se perpetua no espaço e no tempo. Fundada no princípio conservacionista, a tutela do meio ambiente deve, portanto, ser balizada pela conservação e manutenção do bem protegido (Cf. LEITE, 2000, p. 209), de modo que a definição prescrita pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988, ao qualificar o meio ambiente que se quer proteger como ecologicamente equilibrado, implica o conseqüente dever de proteção ao equilíbrio e à rede de interações ecológicas que garantem a qualidade ambiental e permitem o desenvolvimento de uma sadia qualidade de vida.

Nessa perspectiva, o princípio conservacionista está intrinsecamente associado ao princípio da sustentabilidade pautada na viabilidade econômica, prudência

ecológica e justiça social. De acordo com Sachs (2004, p. 15), os cinco pilares do desenvolvimento sustentável são: o social, o ambiental (duas dimensões – sistemas de sustentação da vida e local para disposição de resíduos), o territorial (distribuição espacial dos recursos, populações e atividades), o econômico e o político (governança democrática). Segundo o autor, tais dimensões seriam concretizadas com estratégias nacionais diferenciadas, mas complementares, no Norte, mudando os padrões de consumo e os estilos de vida, e no Sul, com estratégias de desenvolvimento endógenas; com um acordo Norte/Sul pautado no respeito ao desenvolvimento sustentável fomentando o comércio justo; com a adoção de um sistema internacional de impostos e o gerenciamento das áreas globais de uso comum (SACHS, 2004, p. 16). É justamente em matéria de estratégias de desenvolvimento endógenas que se busca aqui realizar uma reflexão sobre o papel do direito e, particularmente, dos objetivos da responsabilidade civil ambiental, entre os quais se destacam a prevenção de comportamentos anti-sociais, como também a justa distribuição do ônus de compensar os riscos e reparar os danos ambientais. Aliás, como sustenta Püschel (2005, p. 94), além da distribuição dos danos, tradicionalmente é possível identificar na sistemática da responsabilidade civil dois tipos de efeitos preventivos, quais sejam: o primeiro, um efeito preventivo específico que decorre da ameaça da sanção de reparação e o segundo, um efeito preventivo geral “consistente na eliminação de certas atividades perigosas como consequência da imposição de responsabilidade em uma economia de mercado”. Ademais, surge igualmente como efeito preventivo em uma relação jurídica que envolve interesses difusos a compensação ambiental como forma de evitar o dano e também controlar os riscos e readequar o equilíbrio nas relações jurídicas ao estabelecer limites à socialização dos riscos⁴.

3. Responsabilidade civil ambiental e medidas compensatórias

Compreendida de uma forma genérica como uma modalidade de reparação de danos eventualmente provocados ao meio ambiente, as medidas compensatórias têm como finalidade contribuir para manutenção da integridade da qualidade ambiental vista de uma forma ampla. As medidas compensatórias podem resultar de duas formas distintas de manifestação da responsabilidade civil ambiental: a responsabilidade *ex post* e a responsabilidade *ex ante*, formando um sistema complementar em que a imputação do dever de reparar pode atuar antes ou depois da ocorrência do dano. A esse respeito, ao analisar o dever de reparação do meio ambiente, Antequera (2004, p. 266) descreve que essa obrigação, da qual derivam as medidas compensatórias, pode se manifestar sob uma dupla perspectiva. A primeira, a responsabilidade civil *ex post*, manifesta-se como uma conseqüência direta e objetiva de um dano ambiental, surgindo em decorrência do regime tradicional da responsabilidade civil objetiva, nos termos do parágrafo 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81.⁵ A segunda, a responsabilidade civil *ex ante*, figura como um instrumento eminentemente preventivo e impõe, em caráter prévio ao início do funcionamento de uma atividade potencialmente danosa ao meio ambiente, a obrigação de compensação ambiental, que resulta de previsões reunidas em estudos de avaliação do impacto ambiental (Cf. CONDE ANTEQUERA, 2004, p. 266). Com efeito, observa-se que o advento do dever de reparar e, conseqüentemente, da obrigação de compensar pode decorrer tanto de uma perspectiva que leva em conta a obrigação do particular em abster-se de prejudicar o meio ambiente (*ex post*) quanto de uma perspectiva que considera esse dever em conjunto com a obrigação do Poder Público de primar pela conservação e integridade do meio ambiente, condicionando seus

atos administrativos à segurança e contra-prestação de uma medida que assegure o equilíbrio ecológico (*ex ante*).

No que se refere à responsabilidade civil ambiental *ex post*, manifestação tradicional da responsabilidade civil, tem como efeito a imposição do dever de reparar após a ocorrência do evento lesivo. Se, por um lado, ela não tem o poder de desfazer o acontecido, como salienta Püschel (2005, p. 95), “uma vez ocorrido o dano, o direito, por meio das normas de responsabilidade civil, cuida apenas de estabelecer quem deve suportá-lo”. Nessa sistemática – *ex post* –, saliente-se que, apesar de a responsabilidade civil ambiental poder ser utilizada diante de ameaça à integridade do meio ambiente (risco de dano ambiental), nesse caso ela se direciona à abstenção de conduta ou à necessidade de atuação em caso de omissão daquele que deveria agir em razão de dever legal. E nesse caso há obrigação de reparar após ocorrido o dano. A compensação é então definida de modo posterior à deflagração do dano (compensação *ex post*), revestindo-se de uma índole repressiva que assume a feição de instrumento educativo-sancionador. A compensação estabelecida *ex post* refere-se, portanto, a uma medida regulada judicialmente, sendo estabelecida por meio de decisão do Poder Judiciário que determina a pertinência e os contornos dessa forma de reparação do dano ambiental.

Além da previsão geral da responsabilidade civil ambiental fundada na teoria da responsabilidade civil objetiva prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81 – e no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, a compensação *ex post* como forma de reparação do dano ambiental possui seu fundamento também no art. 3º da Lei nº 7.347/85, que prevê a possibilidade de Ação Civil Pública ter como foco o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, abrangendo, assim, as medidas de reparação específica ou por equivalente⁶.

3.1. *A compensação ambiental como forma de controle e de redução dos riscos de dano ambiental*

O significado da locução “compensação” exprime uma idéia de estabelecimento de uma situação de equilíbrio, de contrabalanceamento e de igualdade (AULETE, 1964, p. 871), de modo que a ação de compensar se mostra similar às ações de reparar, indenizar, ressarcir e recompensar (FERREIRA, 1986, p. 440). Aliás, Machado (2000, p. 765) afirma que a compensação não pode ser entendida como um presente, pois o ato de se compensar se realiza devido a algo que representa uma situação de desequilíbrio, sendo que o dever de compensação somente ganha relevo quando se mostrar possível a imputação a alguém da possibilidade de causar um dano social ou ambientalmente reprovável. No mesmo sentido, Mirra (2002, p. 309) sustenta que a degradação do meio ambiente figura como um pressuposto da compensação, e, assim, a idéia de compensar implica, necessariamente, uma “certa equivalência, dentro do possível, entre o que se perde [ou se perderá] com a degradação do ambiente e o que se obtém a título de reposição da qualidade ambiental”.

Diante dessas características, a compensação ambiental vincula-se ao instituto da responsabilidade civil e busca restabelecer a ordem social, quer dizer, a ordem pública ambiental. Trata-se de mecanismo preventivo-distributivo que resguarda, por um lado, o equilíbrio das relações jurídicas e evita a socialização dos danos e riscos de danos, impondo àquele que se apresenta como agente causador de um risco de dano ou evento lesivo a obrigação de recompensar, de restaurar a situação ao seu estado anterior ou indenizar o respectivo valor do prejuízo.

Em razão dos contornos da tutela do meio ambiente, cujo perfil funcional é sintetizado na idéia de “conservação do ambiente enquanto bem jurídico e na manutenção do *statu quo* ambiental” (SENDIM, 1998,

p. 166), as medidas de reparação do dano ambiental devem, precipuamente, buscar a recuperação ou reintegração do bem afetado e as medidas de compensação devem buscar um reequilíbrio na dinâmica dos biomas afetados pelas atividades humanas. Daí a razão do disposto no art. 36 da Lei nº 9.985/2000, que preconiza como compensação ambiental para empreendimentos de significativo impacto ambiental, com fundamento no estudo de impacto ambiental e respectivo relatório (EIA/RIMA), a obrigação de apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do grupo de proteção integral⁷, preferencialmente no mesmo bioma e na mesma bacia hidrográfica do empreendimento ou atividade licenciada⁸.

Nesse aspecto, constata-se claramente a incidência do princípio conservacionista no âmbito da responsabilidade civil ambiental, influenciando a sistemática da compensação ambiental e controle dos riscos ambientais, com o objetivo primordial de recuperar ou substituir o bem ambiental especificamente atingido.

3.2. *A compensação ambiental e os danos ambientais*

A compensação do dano ambiental se afasta do sistema tradicional de responsabilidade civil que comporta a possibilidade de transação entre as partes quanto à forma de reparação. No caso de lesões ao meio ambiente, essa escolha é estrita, prevalecendo a busca pela reintegração do bem ambiental lesado (Cf. SILVA, 2006, p. 189). Desse modo, somente quando se mostrar impossibilitada a execução da restauração natural é que passará a ser cogitada a reparação por compensação, viabilizada por meio de ações alternativas, equivalentes ou substitutivas que possam restabelecer o equilíbrio ambiental perdido (Cf. CONDE ANTEQUERA, 2004, p. 98-99).

Enfocando a possibilidade de reparação ambiental via medidas compensatórias, descreve Antequera (2004, p. 98-99) que:

“Ello es así ya que, como vimos, el medio ambiente es un sistema interrelacionado. Cuando no es posible recuperar la funcionalidad ambiental perdida de forma inmediata sería conveniente que el responsable realizase otras actividades en otro ámbito que supongan una función ambiental equivalente, introduciendo mejoras en el ecosistema que compensen las pérdidas en otro ámbito (...).”

Analisando as medidas equivalentes, Catalá (1998, p. 264) observa que tanto as dificuldades técnicas quanto científicas obrigam a aceitação de uma concepção ampla da reparação ambiental que albergue meios distintos à reconstituição exata do ambiente afetado, mas que possua um efeito ecológico similar, possibilitando, segundo Sendim (1998, p. 187), que o patrimônio ambiental, em sua totalidade, permaneça quantitativa e qualitativamente inalterado.

Nessa perspectiva se situam as medidas compensatórias correspondentes à possibilidade de oferecimento de uma modalidade de reparação que não se destina a reabilitar especificamente o bem ambiental afetado, mas sim oferecer a sua substituição por bens equivalentes (compensação ecológica) ou, até mesmo, uma compensação por valores econômicos (compensação econômica).

Levando em conta que a concepção subjacente à reparação consiste na adaptação da nova realidade à situação anterior considerada como ideal, a compensação se trata dessa iniciativa de adaptação viabilizada pela prestação de vantagem *in natura* ou pecuniária como contraprestação pela lesão provocada (MIRRA, 2002, p. 307).

Desse modo, o princípio conservacionista impõe que o instituto da responsabilidade civil assegure a reparação integral dos danos ambientais, ao primar para que não ocorra uma severa diminuição da qualidade ambiental e fazer com que uma eventual irreversibilidade de uma lesão ao meio ambiente não seja utilizada como argumento para o afastamento do

dever de reparar. Isso enseja a instituição de medidas compensatórias que impedem a impunidade e a socialização dos danos ambientais.

Assim, diante de situações que revelam a irreversibilidade de lesão e a impossibilidade de recomposição do meio ambiente lesado ou a inaplicabilidade ou ineficiência de medidas mitigatórias, a compensação ambiental é utilizada como instrumento que garante a execução da reparação do dano, seja oferecendo um meio alternativo para restaurar o equilíbrio ecológico, seja oferecendo recursos financeiros para ações destinadas a melhorar a qualidade ambiental, lembrando que esta última alternativa (compensação econômica) somente será levada em consideração depois de esgotadas as demais possibilidades de reparação.

3.3. A compensação ambiental e os riscos de danos ambientais

Ao incidir sobre condutas lícitas, a compensação ambiental busca contrabalancear os riscos de danos que as atividades autorizadas possam vir a causar. Assim, o risco de sua incidência futura passa a integrar o conceito de dano ambiental, permitindo a imputação do dever de reparar antes mesmo da ocorrência da degradação.

Na realidade, o risco representa uma “possibilidade de perigo” (DERANI, 2001, p. 170), quer dizer, há um perigo mais ou menos previsível que pode afetar a qualidade ambiental. Tal situação “inspira cuidado, quer dizer, há uma ameaça ou exposição, da segurança ou da própria existência, de uma pessoa ou mesmo de uma coisa” (SILVA, 2004, p. 83).

Assim, cabe ao Poder Público, quando da autorização de condutas que ocasionem prejuízos ambientais, condicionar seu consentimento ao prévio oferecimento, por parte dos empreendedores, de medidas que mitiguem ou compensem as repercussões ambientais de sua atividade, garantindo, assim, que os impactos negativos na qua-

lidade ambiental sejam minimizados e seja garantida a dinâmica dos biomas.

4. Responsabilidade civil *ex ante* e as medidas compensatórias por danos futuros

A implementação do preceito constitucional de controle das ações que possam afetar o equilíbrio ecológico cabe ao Poder Público, no momento da expedição de atos que autorizam uma atividade causadora de prejuízos ambientais, condicionando assim o exercício dessa conduta à aceitação “de determinadas obrigações funcionalmente dirigidas à reconstituição ou compensação (ecológica) do ambiente” (SENDIM, 1998, p. 163). Como enfatiza Sendim (1998, p. 188), em matéria de responsabilidade *ex ante*, o “princípio geral de ressarcimento de danos impõe que a autorização de atividades com efeitos lesivos para o meio ambiente acarrete o dever de compensar os prejuízos eventualmente admitidos pelo sistema jurídico ambiental”.

É necessário, portanto, analisar a questão da imputação do dever de reparar em relação ao desempenho de atividades lícitas, partindo da noção tradicional de responsabilidade civil ambiental *ex post*. Revestindo-se de uma função redistributiva, embasada no princípio do poluidor-pagador, visando evitar o ônus social e impor a internalização das agressões ao ambiente, considera-se que “aquele que obtém lucro e causa dano com uma atividade deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante” (LEITE, 2000, p. 126). De acordo com as palavras de Iturraspe (1999, p. 96), com a consagração da responsabilidade civil objetiva, a antijuridicidade se desprende da conduta do agente e se desloca para o resultado da ação ou omissão, bastando a ocorrência do efeito repudiado pelo ordenamento para que incida a responsabilidade civil. Segundo a teoria da responsabilidade civil objetiva, as lesões ambientais eventualmente produzidas são resolvidas

pelo critério da pura causalidade, pois, uma vez ocorrido o fato danoso e demonstrado o nexo causal, impõe-se o dever de reparar, independentemente da existência de culpa do agente ou de terem sido adotadas técnicas antipoluentes (CUSTODIO, 1983, p. 288). Conforme descreve Machado (2000, p. 327), a responsabilidade civil ambiental é resolvida pelo binômio dano/reparação, não sendo questionada a conduta do agente ou a razão da degradação, já que o dano ao meio ambiente “acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranqüilidade”. Constata-se, assim, que a conduta contrária ao direito (ilícita) não é requisito para a manifestação da responsabilidade civil ambiental, motivo pelo qual as atividades exercidas licitamente, com amparo em autorização de órgão competente e seguindo as exigências estabelecidas, tornam-se passíveis de imputação do dever de reparar se as mesmas tiverem provocado um dano ambiental, ou, ainda, do dever de compensar pela perda da qualidade ambiental.

Diante do caráter indisponível da qualidade ambiental, o Poder Público não tem poderes de transigir sobre a integralidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sua atuação, nesse campo, não é a de um proprietário, mas a de um mero gestor de um bem pertencente à coletividade, cujas ações são efetuadas em nome e no interesse de toda a sociedade (Cf. MIRRA, 2002, p. 40). Por esse motivo, prescreve Machado (2000, p. 343) que eventual autorização outorgada pelo Poder Público “retira o caráter de ilicitude administrativa do ato, mas não afasta a responsabilidade civil de reparar”, impedindo apenas a própria Administração de sancionar a lesão ambiental.

Considerando o princípio do *alterum non laedere* – dever geral posto à base da responsabilidade civil, Custódio (1983, p. 279) salienta que, “no exercício do seu

direito, cada pessoa se obriga a não lesar ninguém. Todavia, se isto ocorre, deve assumir o risco de sua própria liberdade, reparando os danos dela provenientes ao prejudicado". Essa solidariedade impõe um dever ético no sentido de que aquele que de alguma forma contribui para a deterioração da qualidade do meio ambiente deve agir no sentido de recompor ou compensar os efeitos de sua atividade, pois "a cada direito de explorar ou utilizar os bens de interesse comum de todos corresponde, evidentemente, uma obrigação de reparar os danos decorrentes do seu exercício" (CUSTÓDIO, 1983, p. 291). Constata-se, dessa maneira, que tradicionalmente é o resultado da conduta e não a conduta em si que desencadeia o dever de compensar. Nesse primeiro momento, o que adquire relevância jurídica no plano da responsabilidade civil ambiental por atos lícitos são, portanto, os efeitos indesejados dessa atividade, os danos ambientais.

Todavia, apenas a sistemática fundada na responsabilidade *ex post* não tem possibilitado uma prevenção eficiente dos danos e riscos de danos ambientais. Na realidade, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a existência de um direito à degradação da qualidade ambiental, já que o próprio texto constitucional assegura a todos o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A responsabilidade *ex ante* surge, então, para complementar o instituto da responsabilidade civil ambiental *ex post* a partir de uma lógica conservacionista. O exercício de uma atividade lícita pode provocar efeitos ambientais negativos na esfera do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, assim, a adoção da responsabilidade civil *ex ante*, cuja função não é sancionatória, mas sim eminentemente preventiva, compensatória e distributiva, objetiva resolver conflitos de interesse conforme a máxima da justiça distributiva (Cf. CASTILLA, 1996, p. 13-14).

Sob esse aspecto, acrescenta Antequera (2004, p. 100) que o dever de recuperação

ambiental constitui-se, ao mesmo tempo, em uma medida exigida em decorrência de uma obrigação imposta ao causador de um dano, como, também, uma função pública consistente num dever de atuar da Administração. Por esse motivo, quando da expedição de atos administrativos que autorizam o exercício de condutas que repercutirão efeitos ambientais negativos para a coletividade, cabe ao Poder Público, diante do princípio conservacionista, exigir medidas tendentes a possibilitar a manutenção da qualidade do meio ambiente. Na realidade, a imposição, por parte do Poder Público, de medidas protetoras da qualidade ambiental tendentes a mitigar ou compensar as interferências autorizadas passou a ganhar corpo após o advento dos instrumentos de avaliação do impacto ambiental que permitem o conhecimento prévio a respeito das conseqüências ambientais dos empreendimentos. Assim, constatada nos instrumentos de avaliação do impacto ambiental a impossibilidade de se mitigar interferências negativas no ambiente provenientes de projetos ou atividades que venham a ser autorizados após minuciosa análise e inexistência de alternativas, deve ser prevista pelo órgão competente a realização de medidas compensatórias (*ex ante*) destinadas a recomensar a coletividade pela diminuição da qualidade do meio ambiente ou a retribuir a utilização dos recursos naturais.

Se assim não fosse, outorgando o consentimento para o exercício dessas atividades, ou seja, legalizando seu exercício, o Poder Público acabaria sendo solidariamente responsabilizado pelo cumprimento das medidas de reparação ambiental, necessárias para a recuperação da qualidade perdida, por não ter cumprido com sua obrigação constitucional de zelar pela integridade e pelo equilíbrio dos ecossistemas. Haveria uma socialização dos riscos de danos ambientais para todos e uma apropriação indevida da qualidade ambiental por alguns.

A inserção de deveres ambientais, de mitigação e de compensação, realizada anteriormente ao exercício da atividade, acrescenta os caracteres do princípio da prevenção e precaução à realização de empreendimentos, permite que a conservação do meio ambiente faça parte do processo produtivo e cria para o agente econômico a preocupação em produzir o menor grau de prejuízo ao meio ambiente. Destaca-se, assim, que a importância da integridade do bem protegido e a dificuldade em se estabelecer medidas apropriadas para sua reparação incentivaram o surgimento de uma versão preventiva de responsabilidade civil, com fundamento no princípio conservacionista, no princípio do poluidor-usuário, poluidor-pagador e no princípio de precaução.

A manifestação do risco de dano futuro não é argumento hábil para elidir o seu controle pelo Poder Público, uma vez que o caráter preventivo da norma ambiental e a complexidade da lesão ao meio ambiente conduzem à inclusão do risco de sua ocorrência dentro do conceito global de dano ambiental, recaindo sobre ele o mesmo regime de responsabilidade aplicado ao dano certo (Cf. GOMIS CATALÁ, 1998, p. 79).

No que tange à tutela do meio ambiente, o fator tempo relacionado aos danos apresenta certas peculiaridades, pois o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações pressupõe uma necessária preocupação com o futuro, rompendo com o requisito da atualidade do dano em relação aos interesses difusos (Cf. SILVA, 2006, p. 163).

Deve-se considerar que a Constituição Federal de 1988, ao consagrar no art. 225 a menção às gerações vindouras, consolida a concepção de que a defesa do meio ambiente se erige como um interesse que se perpetua no tempo e que diz respeito a toda humanidade. Esse postulado determina uma relação inexorável entre tempo e direito, traduzida na concepção da norma

ambiental em proteger a vida em potencial, estabelecendo uma *consideração jurídica do futuro* (Cf. AYALA, 2004, p. 237) ao reconhecer que, caso não sejam mensuradas as atuações humanas no presente, estas poderão ocasionar efeitos negativos irreversíveis no futuro.

A inserção de riscos de danos e danos futuros no âmbito da responsabilidade civil, imputando medidas reparatórias *ex ante*, acaba funcionando como uma política de gestão de riscos, colocada em prática com o intuito de salvaguardar a integridade do meio ambiente e a transtemporalidade dos interesses que sobre ele recaem.

Conforme defende Hutchinson (1999, p. 47), em certas ocasiões, alguns danos não estão ainda exteriorizados ou consolidados, mas esse aspecto não impede de se presumir que, a partir de uma situação específica existente, eles serão produzidos no futuro como um prolongamento natural da situação atual. Tratando-se de danos futuros ou consecutivos, a manifestação do dever de reparar pode ser reconhecida ainda que o dano não tenha se concretizado, utilizando-se de uma técnica de visualização do futuro, projetando a consequência da atividade em relação ao meio ambiente (HUTCHINSON, 1999, p. 47).

Nesse sentido, Catalá (1998, p. 83) destaca que:

“(...) el hecho de que el mecanismo de la responsabilidad ambiental no se ponga en funcionamiento hasta que se produzca un daño efectivo, no significa que la Administración en calidad de guardiana y tutora del interés general pueda y deba, bien establecer ella misma las medidas preventivas oportunas, bien obligar al particular a que adopte las medidas correctoras necesarias, consideradas requisito indispensable para la concesión de la licencia o autorización administrativa preceptiva para el ejercicio de una actividad potencialmente contaminante.”

Diante da sistemática de funcionamento da responsabilidade *ex ante*, a definição e estipulação das medidas compensatórias também são realizadas de maneira anterior à deflagração das alterações no meio ambiente. Resultante de uma atividade lícitamente exercida, a compensação *ex ante*, ao contrário da *ex post*, reúne contornos de uma medida de contraprestação, desprovida de caráter sancionador, cuja função distributiva objetiva precipuamente a manutenção da qualidade ambiental. Com efeito, a compensação estabelecida *ex ante* se qualifica como uma medida regulada na seara administrativa, sendo definida e estabelecida por meio de decisão do órgão competente que, diante de prejuízos ambientais não mitigáveis, produzidos por empreendimentos ou obras autorizados, determina a pertinência e os contornos da compensação ambiental devida.⁹

5. Conclusões

A afirmação do direito fundamental ao meio ambiente estabelece o dever geral do Poder Público e da coletividade de assegurar a manutenção de um objeto específico, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e, assim, as intervenções antrópicas que causam significativos impactos negativos no meio ambiente necessitam de uma contraprestação que garanta a integridade do patrimônio ambiental, contraprestação esta possibilitada, entre outras maneiras, pelas medidas compensatórias. A compensação ambiental é, portanto, medida que deriva, necessariamente, da perda da qualidade do meio ambiente ou do risco de perda da qualidade ambiental ocasionada pelo exercício de atividades humanas. O dever de compensar surge, assim, da aplicação do instituto da responsabilidade civil ambiental, que se destina a prover o equilíbrio das relações sociais em razão dos riscos de danos e danos ambientais que possam romper com essa harmonia.

Diante da sistemática que rege a atuação da responsabilidade civil no campo da proteção ao meio ambiente, regida pela teoria da responsabilidade civil objetiva, nos termos do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, as medidas compensatórias podem ser resultantes de duas formas distintas de manifestação da responsabilidade civil ambiental: a responsabilidade *ex post* e a responsabilidade *ex ante*.

Enquanto a primeira forma – da responsabilidade civil ambiental *ex post* – refere-se ao sistema tradicional da responsabilidade civil, a responsabilidade civil ambiental *ex ante* representa a conjugação da obrigação do particular em abster-se de prejudicar o seu entorno com a obrigação do Poder Público de velar pela integridade do bem constitucionalmente protegido. Nessa perspectiva, a responsabilidade civil passa a ter novos contornos ao reger relações jurídicas em que se busca tutelar interesses difusos. Seu entrosamento com os princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da precaução lhe oferecem uma índole preventiva e distributiva, oferecendo novos contornos para sua manifestação. O que se busca, em última análise, é a conservação da qualidade ambiental para as presentes e futuras gerações.

Notas

¹ Como destaca Flávia Portella Püschel (2005, p. 92), as três funções tradicionais da responsabilidade são a punição, a vingança e o restabelecimento da ordem social. Pode-se igualmente falar em uma função da responsabilidade civil de assegurar a ordem pública ambiental e, portanto, de adotar mecanismos que tenham como escopo a prevenção do dano e do risco de dano ambiental, como é o caso da compensação ambiental.

² Entenda-se como princípio conservacionista aquele fundado em uma ética da utilização dos recursos ambientais sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras realizarem suas escolhas, ou seja, uma ética do desenvolvimento sustentável como busca de soluções para as questões ambientais que levem em conta o respeito à sócio e biodiversidade brasileira.

³ Toda sociedade, inclusive as instituições do Estado de Direito, tem o dever de propiciar a concretização do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo, incumbe a guarda da Constituição e, portanto, a concretização do direito fundamental assegurado no art. 225 da Constituição Federal de 1988: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (Cf. SILVA, 2007).

⁴ Conseil d'Etat – Rapport public 2005 – Jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque (Etudes & Documents n. 56). Paris: La documentation française, 2005.

⁵ “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente” (§ 1º do art. 14 da Lei 6.938/81). (Cf. SILVA, 2005, p. 425-464).

⁶ “Distintamente da recuperação, a compensação ecológica consiste na substituição do bem lesado por um bem funcionalmente equivalente, de forma que o patrimônio natural permaneça, no seu todo, qualitativa e quantitativamente inalterado”. (FERREIRA, 2004, p. 61).

⁷ A Lei nº 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – “espaços territoriais e seus recursos ambientais, inclusive as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção” (art. 1º, I). Realizou então a classificação das unidades de conservação em a) unidades de conservação de proteção integral, cujo objetivo básico é preservar a natureza, sendo em princípio admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais; b) unidades de conservação de uso sustentável, cujo objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais. (Cf. Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, alterado pelo Decreto nº 5.566 de 18 de março de 2005).

⁸ Art. 9º, II, da Resolução CONAMA nº 371 de 5 de abril de 2006.

⁹ Como exemplos da manifestação da responsabilidade *ex ante*, determinando previamente à realização de um empreendimento as medidas compensatórias por alterações negativas ao meio ambiente, temos a previsão do art. 36 da Lei nº 9.985/2000, que rege o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (cf. Decreto 4.340/2002, modificado pelo Decreto 5.566/2005 e Resolução Conama nº 371/2006), e o Decreto nº 97.632/1989, que estabelece que os empreendimentos minerários, em atendimento ao parágrafo 2º do art. 225

da Constituição Federal, deverão, na oportunidade da avaliação do impacto ambiental, apresentar o PRAD – Plano de Recuperação da Área Degradada, prevendo a forma de se compensar a região transformada pelo exercício da atividade.

Referências

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1964.

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade de risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, H. Sivini; LEITE, J. R. Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, H. Sivini; LEITE, Jose R. Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Obrigación de compensar danos causados por conductas lícitas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 726, p. 11-23, abr. 1996.

CONDE ANTEQUERA, Jesús. *El deber jurídico de restauración ambiental*. Granada: Comares, 2004.

CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In: FERREIRA, H. Sivini; LEITE, J. R. Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. 1983. ? f. Tese (Pós-graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1986.

FERREIRA, Heline Sivini. Compensação ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental. In: LEITE, Jose Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GOMIS CATALÁ, Lucia. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1998.

- HUTCHINSON, Tomás. Responsabilidad pública ambiental: parte especial. In: ITURRASPE, Jorge Mosset; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto. *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. 2 t.
- JONAS, Hans. *Le principe responsabilité*. 3. ed. Paris: Editions du Cerf, 1995.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, P. Affonso L. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRRA, Álvaro L. Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: J. Oliveira, 2002.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño ambiental en el derecho privado. In: ITURRASPE, Jorge Mosset; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto. *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. 1 t.
- PÜSCHEL, Flavia Portela. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único do Código Civil. *Revista Direito GV*, n. 1, p. 91-107, maio 2005.
- SACHS, Ignacy. Desenvolvimento e ética: para onde ir na América Latina?: estratégias de desenvolvimento na era da globalização. In: SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento includente, sustentável sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- SENDIM, José de Souza Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da restauração do dano através da restauração natural*. Coimbra: Coimbra, 1998.
- SILVA, Danny Monteiro da. *Dano ambiental e sua reparação*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SILVA, J. Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. *Interesse Público*, Rio Grande do Sul, 2007. No prelo.
- _____. Princípio de precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. Responsabilidade civil ambiental. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ALVES, Alaor Caffé (Org.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri: Manole, 2005.