

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 3

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2008

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 3 Julho/Dezembro de 2008

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof^ª. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof^ª. Salete Maria Polita Maccalóz, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenque-ner de Araújo).

CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenque-ner de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:

**O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE
CONDUTA NO DANO AMBIENTAL**

**THE COMMITMENT TO ADJUSTMENT OF CONDUCT IN THE
SCOPE OF ENVIRONMENTAL DAMAGES**

Jeanne da Silva Machado

Resumo: Este artigo traz tão somente uma reflexão sobre o emprego do Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto no § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 8.078/90, que conferiu aos órgãos públicos o poder de obter um “compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais” no âmbito da defesa do meio ambiente, tendo em vista a necessidade premente de buscar medidas efetivas de proteção ambiental ao mesmo tempo em que se fomenta a atividade econômica em benefício da sociedade. Busca, ainda, analisar a aplicação do remédio jurídico à atividade empresarial, tendo em vista a necessidade do desenvolvimento do negócio bem como da proteção do meio ambiente na utilização indispensável dos recursos naturais. Ao mesmo tempo, traz à baila indagações quanto aos conceitos atualmente utilizados no deslinde de tais controvérsias tendo como base institutos cristalizados no comportamento do passado, uma vez que a tecnologia voltada ao consumo de massa criou situações na sociedade moderna completamente fora dos padrões conhecidos e utilizados até hoje. Finalmente, toca no aspecto relacionado à segurança jurídica precária trazida pelo instituto, a qual poderia ser de fundamental importância para abrigar as soluções ambientais mais eficazes e céleres, fomentando, ao tornar

claro e previsível o custo envolvido, o interesse do agente econômico na reparação.

Palavras-chave: Atividade empresarial; dano ambiental; termo de ajustamento de conduta.

Abstract: The purpose of this article is to raise some thoughts on the “Commitment to Adjustment of Conduct” as provided in § 6º, article 5º, Law nº 7.347/85, modified by Law nº 8.078/90, that granted the public bodies the power to obtain a “commitment to adjustment of conduct to the legal requirements” in the scope of the environment protection, while at the same time there is the need to protect the environment and also to develop the economy both to the benefit of society. Also, it is an attempt to analyze how the rule may be applied to the entrepreneurial activity, considering the growth of the business and the environment protection in the use of natural resources. It raises, as well, some queries about the application of some concepts built in the past to solve present controversies, for the mass consumption has created many situations in the modern society out of the known pattern. Finally, it refers to how uncertain this rule of law may become when applied, while it should encompass quicker and effective solutions to environmental problems, if the costs could be clear and predictable, capturing the interest of the companies involved.

Keywords: Enterprise activity; environmental damages; commitment to adjustment of conduct.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta; 3. O Ministério Público na defesa do meio ambiente; 4. O emprego do ajustamento de conduta nas questões ambientais; 5. Conclusão.

1. Introdução

O Compromisso de Ajustamento de Conduta, celebrado pelo Ministério Público ou outros órgãos da Administração Pública legiti-

mados com a outra parte, tem como principal virtude a solução extrajudicial dos conflitos oriundos de interesses difusos. O instituto, no tocante ao direito ambiental, pressupõe que “alguém – pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público – não está no presente, ou não estará no futuro, integralmente cumprindo a legislação ambiental”¹. Tal finalidade, posto que essencial, deixa escapar a possibilidade de empregá-lo de maneira eficaz e segura na solução de danos ambientais decorrentes de atividades legais e licenciadas (e até incentivadas) no curso do inquérito civil ou mediante ação espontânea do responsável pelo dano.

Essa assertiva se funda na apreciação dos casos concretos nos quais não se consegue, através dos instrumentos jurídicos conhecidos ou da legislação presente, encontrar alternativas viáveis e soluções adequadas. Motauri Ciocchetti de Souza, ao ilustrar o choque existente entre os interesses sociais, menciona:

“Tornemos ao exemplo citado, do Vale do Ribeira: se, de um lado, há o interesse na preservação dos recursos ambientais, de outro, há o interesse em sua exploração – o qual não se restringe a aspectos meramente econômicos, mas de própria subsistência da comunidade daquela região. Se a Constituição Federal assegura a todos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também garante o direito à vida, à saúde e ao trabalho, dizendo ser objetivo da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”².

Some-se a isso a dificuldade encontrada na própria definição do bem jurídico — meio-ambiente – tutelado, tendo em vista a sua abrangência. O conceito legal de meio ambiente no Direito Brasileiro está previsto na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, no seu artigo

1 Machado, Paulo Afonso Leme, *in Funções Institucionais do Ministério Público*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 376.

2 Ciocchetti de Souza, Motauri, *Ação Civil Pública, Competência e Efeitos da Coisa Julgada*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

3º, inciso I, como “o conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Tal dificuldade nasce, aparentemente, da percepção do ambiente que o cerca em relação a si mesmo. O pensamento Kantiano sugere a existência de um mecanismo no interior dos seres humanos que os permite compreenderem o mundo empírico a sua volta, mediante um processo intuitivo baseado na sensibilidade para certas categorias, inclusive espaço e tempo. Esse entendimento básico que ele denominou de Razão Pura, se desdobra em pensamentos e idéias mais complexas. Ele concebia o processo em virtude do qual reconhecemos instintivamente as coisas ao nosso redor, como uma função analítica transcendental³. No exercício dessa análise, têm sido concebidos conceitos sobre o ambiente que norteiam a conduta humana e, por conseguinte a forma como o homem estabelece as regras que a regem. A alternância entre a percepção do homem integrado à natureza e a observação da natureza através do estudo dos seus fenômenos, evidenciou a dicotomia indivíduo versus coletivo, e a adoção do conceito cartesiano dos objetos inertes e do universo sem vida estabeleceu o conceito de direito real “erga omnis” sobre todas as coisas apropriáveis.

Ora, tanto a percepção antropocêntrica que levou à dominação e exploração da natureza como objeto inerte e apropriável quanto a percepção ecocêntrica daqueles que advogam os direitos da natureza em oposição aos dos homens⁴, poderiam ser sintetizadas na interdependência constante, na qual o homem observa, interfere e transforma o ambiente e, ao mesmo tempo, sofre os seus efeitos, cujo fenômeno se origina na sua própria mente e ação. Essa é teoria de causa e efeito constante.

3 Ikeda, Daisaku, *Vida — Um Enigma, uma Jóia Preciosa*, Record, São Paulo, 1999, p. 40.

4 Antunes, Paulo de Bessa, *Dano Ambiental, uma Abordagem Conceitual*, Lumen Juris Rio de Janeiro, 2000, p. 30.

Além disso, a própria ação para proteger os titulares do direito difuso não ampara plenamente esse direito, uma vez que os prejudicados poderão não encontrar conexão entre o dano sofrido e as suas fontes, seja pela demora em perceber o resultado de algumas atividades ou ainda pela pluralidade de fontes que ensejam a sua causação.

Considerado no âmbito do meio ambiente, o ajustamento de conduta pode ser apreciado à luz dos princípios do acesso à justiça, da tutela preventiva, da tutela específica e democrática.

A primeira questão que se coloca é buscar compreender o que se espera da tutela do meio ambiente. O que o direito, através dos seus institutos, pode fazer em relação à proteção de um bem a cuja fruição todos os seres vivos têm direito e se serão eficazes os meios jurídicos de que dispomos. Poderá a reparação de danos ao meio ambiente ser tratada através dos institutos de responsabilidade civil destinada a indenizar danos causados a terceiros, individualmente ou coletivamente considerados, quando ainda não existirem os titulares de tais direitos reclamando tal remédio, como é o caso das gerações futuras que encontrarão o meio ambiente degradado pela atual, que agiu na busca de atender às suas necessidades, reais ou criadas, em prejuízo da sanidade e do bem estar de toda uma civilização.

Bobbio defende que:

“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, surgidos a partir de certos eventos, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. E, exemplificando, diz, “a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião, as liberdades civis, das lutas dos parlamentos contra os soberanos absolutos...”.

“Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira ge-

ração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.”

Citando Kant, menciona a existência do direito cosmopolita, ao representar a Terra como uma potencial cidade do mundo, precisamente como uma Cosmópolis, do qual deriva, nas palavras do filósofo alemão:

“O direito de visita que cabe a todos os homens, ou seja, de passar a fazer parte da sociedade universal, em virtude do direito comum à posse da superfície da Terra, sobre a qual, sendo ela esférica, os homens não podem se dispersar isolando-se no infinito, mas devem finalmente se encontrar e coexistir”. ...Concebido como a última fase de um processo, o direito cosmopolita não é, para Kant, “uma representação de mentes exaltadas, já que, num mundo aonde se chegou progressivamente, no que se refere à associação dos povos da Terra (...), a tal nível que a violação do direito ocorrida num ponto da Terra é percebida em todos os outros pontos”.⁵

O princípio do acesso à justiça traduz a necessidade de evitar os formalismos absolutos da ciência jurídica a fim de obter os resultados necessários à solução dos problemas oriundos das atividades sociais.

Os remédios legais devem ser dirigidos ao mal que aflige a sociedade, como o dano ambiental. A solução para o dano, caracterizado por uma pluralidade de fontes e pela indeterminação dos prejudicados, necessita de meios alternativos que sejam mais rápidos e menos custosos, uma vez que a lentidão na resolução de determina-

5 Bobbio, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 5, 131, 138, 139.

das questões ambientais pode significar um prejuízo irreparável e o alto custo de uma medida judicial pode inviabilizar a sua concretização. A medida do resultado da sua aplicação é a proteção que se mostre mais efetiva ou similar àquela que se obteria na justiça. Nas palavras de Paulo de Bessa Antunes, o dano ambiental é social e sua recuperação também deverá sê-lo⁶. Afinal, não só existem danos injustamente causados, como também os que, não tendo sido causados injustamente, são injustamente sofridos. A Terra, abrigo compartilhado por todos os seres que nela habitam cujos recursos são finitos, é o patrimônio também das gerações futuras⁷.

O princípio da tutela preventiva nesse caso se evidencia quando o compromisso de ajustamento de conduta prevê a cessação da conduta lesiva ou potencialmente lesiva ao meio ambiente, ainda que não tenha sido configurado o dano. A sua importância reside na tutela preventiva do interesse, pois ultrapassa o foco patrimonial do remédio, o qual quase sempre chega para mitigar debilmente os efeitos da sua ocorrência.

O princípio da tutela específica atende à necessidade de proteção dos direitos que dependem do adimplemento das obrigações de fazer ou não fazer, mediante a sua eficácia de título executivo extrajudicial. Adequado para os casos de dano ambiental, o ajustamento de conduta deve buscar o meio eficaz de tutelar preventivamente tal direito.

O princípio democrático presente no direito ambiental, nascido da própria natureza dos interesses difusos ou coletivos, é materializado pelo direito à informação e à participação. O acesso à informa-

6 Antunes, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental, Uma Abordagem Conceitual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 272.

7 Machado, Jeanne da Silva. *A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 62

ção “de interesse coletivo ou geral” é assegurado pela Constituição Federal e, especificamente quanto às questões ambientais, pela Lei nº 6.938/81. A participação popular assegurada na Constituição Federal se dá, por exemplo, através da realização de audiências públicas⁸, para apreciação dos Estudos de Impacto Ambiental, bem como do acesso ao Judiciário, por meio das ações populares e das ações civis públicas, onde a população pode ser representada por associações e pelo Ministério Público. Em relação ao compromisso de ajustamento de conduta, o princípio democrático está relacionado também à necessidade de transparência e participação social na formação e no controle da decisão do órgão legitimado na celebração do compromisso.

No âmbito do direito da empresa, tais princípios relacionados a esse instrumento jurídico poderiam fundamentar a adequação da sociedade empresária, na qualidade de ente social, às exigências do ente coletivo, trazendo para o campo dos negócios ou da própria operação mais uma oportunidade de desenvolvimento de seus interesses comerciais.

2. Natureza Jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta

Geisa de Assis Rodrigues agrupa as posições doutrinárias que tratam do Compromisso de Ajustamento de Conduta em duas correntes⁹ que classificam a sua natureza jurídica em transação e ato jurídico

8 A Declaração do Rio de Janeiro de 1992 diz no seu art. 10: “O melhor modo de tratar as questões do meio ambiente é assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, no nível pertinente”

9 Rodrigues, Geisa de Assis, *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 140.

diverso. Aqueles que o definem como transação, que estará apreciada nessa discussão, esclarecem tratar-se de uma transação especial, uma vez que os direitos difusos transacionados são indisponíveis, e, portanto firmada entre legitimados que não são os titulares de tal direito. Mazzilli adverte que:

“a transação extrajudicial na área de interesses metaindividuais ficou denominada como compromisso de ajustamento de conduta (...) o seu objeto o distingue de uma vera e própria transação do direito civil: enquanto esta versa interesses disponíveis de partes maiores e capazes, o compromisso de ajustamento versa adequação de conduta do compromitente, em matéria que diga respeito a interesses de lesados metaindividualmente considerados”.¹⁰

Entretanto, ainda que especial, o termo de ajustamento de conduta mantém a eficácia de prevenir ou encerrar o conflito, típico da transação, uma vez que contempla¹¹:

- Acordo, isto é, a transação não se dá por força de lei, ela se opera por meio de um negócio jurídico bilateral.
- Extinção ou prevenção do litígio, sem a qual não existe transação, mas um mero ato constitutivo de direitos ou um pagamento.
- A reciprocidade das concessões, cuja falta importa em configurar-se em doação, dação em pagamento ou remissão de dívida.
- Incerteza, que encontra caracterização na existência das pretensões das partes, qualquer que seja o conhecimento da situação real pelos interessados.

10 Mazzilli, Hugo Nigro *apud* Rodrigues, Geisa de Assis, *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 140.

11 Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, Teoria Geral das Obrigações, 6ª Ed, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 220.

Nesse ponto, talvez seja útil considerar que não há transação quanto aos direitos em discussão no compromisso de ajustamento de conduta, posto que são indisponíveis, mas há quanto aos efeitos patrimoniais de tais direitos, devendo considerar também que os agentes legitimados a firmar o compromisso com a parte que viola ou ameaça violar o direito de uma coletividade o fazem no seu estrito interesse, uma vez que não é possível a todos fazê-lo.

Ademais, o direito fundamental a um ambiente sadio protegido constitucionalmente é conexo a um dever de protegê-lo¹², uma vez que é mais do que bem de uso comum do povo. Os direitos de natureza ambiental “ensejam limitações administrativas e intervenções na propriedade precisamente quando sua preservação venha associada à utilização de bens que se encontrem no domínio privado. O meio ambiente constitui um bem jurídico próprio, distinto daquele sobre o qual se exerce o direito de propriedade”¹³.

Quando um agente econômico firma um compromisso de ajustamento de conduta está, na verdade, renunciando a direitos, sendo certo que esta renúncia trará o benefício ou da prevenção ou da celeridade na reparação do dano. Qual seria a contrapartida dessa renúncia?

Examinando a previsão legal relativa ao ajustamento de conduta contida no § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, *verbis*:

“Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

12 Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 527.

13 Barroso, Luis Roberto, A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira, *in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 1*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p.124.

Verifica-se que o termo “compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais” se refere à ação praticada entre o poder público e aqueles que estejam ou possam estar agindo em desacordo com normas protetoras dos direitos transindividuais no intuito de sanar tal irregularidade, assegurando a possibilidade de solução extrajudicial para compor conflitos relativos a direitos indisponíveis, sem assunção de culpa da parte compromitente e com eficácia de título executivo extrajudicial, por força de lei.

A sua aplicação nos casos de responsabilização por danos ao meio ambiente, em especial, nos casos relacionados à atividade empresarial, todavia, merece alguma consideração.

A atividade empresarial, nascida da reunião de pessoas e recursos na busca de objetivos que ultrapassam a capacidade individual de realização do conjunto resultante, é própria da natureza associativa do ser humano, bem como da sua necessidade de empreender, criar e modificar conscientemente o seu meio, sendo a aventura e o empreendimento humanos registrados desde a Antigüidade¹⁴. No entanto, em tal atividade, diga-se industrial e tecnológica, o risco de dano é a ela inerente. Ela abrange transformações e alterações dos recursos naturais e do meio ambiente e coloca o ser humano cada vez mais em situações alheias à sua natureza. Todos apreciam, por exemplo, o conforto e a rapidez com que cruzam os céus em modernos aviões, transportados de um extremo a outro do planeta. Várias doenças que no passado dizimavam cidades inteiras, como a gripe, a tuberculose e a sífilis, hoje são evitadas ou curadas pela eficácia de medicamentos desenvolvidos por cientistas muitas vezes patrocinados por grandes empresas. A produção de alimentos não ficou fora da evolução tecnológica e o cultivo em massa de grãos segue padrões altamente sofisticados, permitindo realizar colheitas em grandes

14 Almeida, Amador Paes, *Manual das Sociedades Comerciais*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 4. O autor cita o Código de Manu, no seu art. 204: “Quando vários homens se reúnem para cooperar, cada um com seu trabalho, em uma mesma empresa, tal é a maneira por que deve ser feita a distribuição das partes”, p. 4.

quantidades. Toda essa atividade, contudo, é ambientalmente impactante e cobra o seu preço à sociedade que direta ou indiretamente dela faz proveito. A imposição de cessação de qualquer tipo dessas atividades através de ação civil pública no reclamo de direitos transindividuais já não seria uma renúncia ao benefício que a própria sociedade estaria fazendo? A própria ação do Poder Público de coibir essa atividade, na proteção desse interesse, já não traria a reboque uma renúncia da sociedade ao direito de usufruir conforto, comodidade e desenvolvimento?

3. O Ministério Público na defesa do meio ambiente

O artigo 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988 incumbiu ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Ora, a proteção ambiental está, sem sobra de dúvida, inserida no rol dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Indiscutivelmente, a percepção do risco da destruição do ambiente é evidente para a maioria das pessoas, independentemente de posicionamento econômico, político ou social de cada indivíduo ou até mesmo de cada segmento da sociedade. Todavia, ainda que o progresso ou a riqueza não possa colocar em risco a vida ou o futuro do planeta, a sua proteção não pode ser um entrave ao desenvolvimento econômico e social, uma vez que disso depende o combate à pobreza, que por si só representa a pior degradação, tornando-se, no mínimo, conflitante, colocar-se a proteção ambiental como o interesse individual e social indisponível a ser tutelado em detrimento da atividade econômica e do desenvolvimento necessário ao acesso da população aos bens da vida.

Ao iniciar uma ação civil pública ou firmar um compromisso de ajustamento de conduta estará o Ministério Público defendendo os interesses sociais e individuais a um ambiente sadio tão somente no âmbito das condutas identificadas, praticadas em desacordo com a

legislação e regulamentos vigentes, restando descobertos os danos provocados por fontes não identificadas e, ainda, por atividades regularmente licenciadas que causam ou causarão impacto ao ambiente. O dano ambiental, conforme já mencionado, é difuso¹⁵. Difuso em vários sentidos, pois a par da pluralidade de titulares do direito à sua reparação, está a pluralidade de fontes¹⁶, uma vez que o dano ecológico pode ser provocado por várias atividades e por uma infinidade de pessoas. A sua origem pode estar no desconhecimento atual das

15 O dano que atinge os interesses meta individuais, coletivos ou difusos, se caracteriza também como coletivo ou difuso. Em primeiro lugar faz-se necessário analisar as diferenças entre interesses coletivo, difuso e individuais homogêneos. Essa classificação foge da tradicional divisão entre interesse público e privado, na qual o interesse privado estaria relacionado às relações jurídicas entre particulares e o público àquelas em que o Estado estivesse presente. Nesse contexto o Estado seria sempre o representante da vontade social e, nessa qualidade, cuidaria de seus interesses. No entanto, em muitas ocasiões o próprio Estado atinge o interesse social causando dano ao patrimônio ambiental. A constatação desse fato pelos doutrinadores trouxe à luz a identificação da existência de interesses que não faziam parte nem das relações entre particulares nem das que competiam ao Estado. São os interesses despersonalizados de um conjunto ou conjuntos de pessoas, sem o caráter de direito público previsto no sistema jurídico. Esse tipo de interesse público passou a ser denominado de direitos metaindividuais, divididos em coletivos ou difusos, podendo ser citados ainda nessa discussão os interesses individuais homogêneos, os quais ganharam expressão após a revolução industrial que criou a massificação do consumo, através da mecanização da produção em série de bens. A discussão dos interesses meta individuais está relacionada à busca de soluções para os conflitos atuais da nossa sociedade moderna, caracterizada por relações cada vez mais complexas, uma vez que o interesse ou o direito está sempre associado ao bem que satisfaz a necessidade de um determinado sujeito, nos limites da proteção legal. Nos interesses individuais homogêneos, as pessoas afetadas pelo dano são determinadas e o objeto é divisível, restando em comum o vínculo fático entre os sujeitos, evidenciado pela origem comum do interesse protegido. O interesse coletivo estaria relacionado a sujeitos determinados, os quais possuem um vínculo fático que os aglutina e cujo objeto de interesse é comum ou indivisível a esse grupo de pessoas. Nesse caso, o interesse não é do indivíduo apenas, mas de toda a coletividade a que está vinculado. Como resultado, o dano causado também é coletivo e indivisível e o remédio jurídico aplicado aproveitará a um conjunto de pessoas ao mesmo tempo. O interesse difuso também está relacionado a sujeitos vinculados entre si. Entretanto, abrange pessoas indeterminadas, isto é, não existe possibilidade de quantificar os sujeitos afetados pelo fato comum e indivisível. Nesse caso o dano também é difuso, não sendo possível precisar quantas pessoas necessitarão de proteção legal, sendo típico o caso do dano ambiental.

16 Antunes, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental: Uma Abordagem Conceitual*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000. p. 251

conseqüências do mau uso dos recursos naturais, de tecnologia inadequada para sua exploração, de atividade protegida e fomentada pela Administração Pública, pelo consentimento da sociedade e, mais gravemente, pela necessidade de sobrevivência da população carente.

Além disso, será que a defesa mencionada na letra constitucional abrange tão somente o confronto da sociedade, representada pelo Ministério Público, em face do agente poluidor?

Norma inserida em convenções internacionais, das quais o Brasil tem sido signatário, o direito fundamental ao meio ambiente sadio assegurado pela Constituição Brasileira, está relacionado ao dever fundamental de preservação, e a aplicação dessa norma em concreto dependerá da atitude de toda a sociedade. No clássico exemplo da cidade de Minamata, a poluição foi causada, ao longo de muitos anos, pela atividade continuada de uma indústria que se instalou no local a pedido da própria população e com a benção da administração, uma vez que geraria empregos e os impostos necessários para a prosperidade dos seus cidadãos. Tal indústria, ao se dedicar ao ramo de petroquímicos e de plásticos, passou a descarregar toneladas de resíduos contendo o elemento mercúrio na baía de Minamata, envenenando as reservas de pescado, principal fonte de alimento da população, e, devido à característica desse metal, afetando as pessoas que delas se alimentavam, provocando doença e morte. Tal dano, constatado depois de muitos anos, uma vez que era desconhecido o efeito que tal comportamento poderia acarretar, é um exemplo de dano difuso, cuja responsabilidade direta é da indústria que causou tal prejuízo à vida da população e ao meio ambiente. Estabelecido o nexo de causalidade entre o evento e o dano, foi possível identificar o seu agente, pelo menos o mais próximo, máxime porque mesmo depois de constatada a ocorrência do mal, tal empresa não interrompeu a sua conduta ou buscou alterar o seu processo produtivo. Entretanto, o lamentável resultado decorreu, também, do consentimento e proveito do Estado e da própria sociedade, que imaginavam estar se beneficiando de tal atividade industrial. Como a poluição decorreu de

ação continuada, provavelmente os primeiros cidadãos beneficiados pela prosperidade trazida pela atividade e que insistiram na sua instalação não chegaram a sofrer com os seus efeitos maléficos, deixando-os para a posteridade.

Harmonizar essa contradição entre a ação permitida pelo Estado, desejada pela sociedade, e o dano ambiental resultante de determinada atividade é o desafio atual de todos nós. A exigência de emprego de tecnologia disponível e, ainda, de que obras, serviços e instalações sejam feitas sob licença ou autorização dos órgãos ambientais, aparentemente não é o suficiente para assegurar a sanidade do ambiente ou protegê-lo suficientemente para as futuras gerações.

O que fazer então com esse dano¹⁷ oriundo das relações hu-

17 Díaz, Julio Alberto, *Responsabilidade Coletiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 50. Nas antigas civilizações a ocorrência do dano era motivo suficiente para provocar a reação (brutal) da vítima. Os então legisladores cuidavam mais do prejuízo causado do que da falta cometida e impunham a obrigação de reparação do dano ao agente causador, predominando a idéia de restituição. O dano tirava da vítima o que era seu e o que se buscava era compensar esse desequilíbrio provocado, sendo o dano fundamento suficiente para a responsabilização do agente. “Os conceitos de dano e antijuridicidade confundiam-se no direito romano. (...) Existia o direito subjetivo de não sofrer o dano, o que implicava, reciprocamente, que ninguém tem o direito de provocar dano aos outros”. A idéia moral da culpa veio deslocar a responsabilização com fundamento no dano para a responsabilização com fundamento no comportamento do agente, restando ao prejudicado o ônus do prejuízo causado, caso se mostrasse inocente o seu causador. A legislação passou a proteger o causador do dano que agia sem culpa, às vezes em detrimento do prejudicado, também inocente. Com o advento da revolução industrial os conflitos de interesses entre indivíduos, comuns nas sociedades agrícolas, que envolviam os danos resultantes dessas relações, deram lugar ao chamado dano de incidência coletiva, o qual deixou de resultar de inadimplemento contratual ou descumprimento da lei. Os atos causadores dos danos deixaram de ser muitas vezes o produto da ação de indivíduos isolados para serem o de grupos de indivíduos ou de empresas, no exercício de atividades úteis e consentidas pela sociedade, ainda que perigosas. Assim, a antiga teoria da culpa, que servia para deslocar a responsabilização com fundamento no dano para a responsabilização com fundamento no comportamento do agente, deixou de socorrer as vítimas da evolução tecnológica, restando ao prejudicado o ônus do prejuízo causado, caso se mostrasse inocente o seu causador. A legislação passou a proteger o causador do dano que agia sem culpa, às vezes em detrimento do prejudicado, também inocente. A necessidade de manter o equilíbrio social, com socorro às vítimas desamparadas nessas novas relações, decorrentes do homem e a máquina, cuja ausência de vontade impedia a responsabilização por culpa, fez com que brotasse a teoria da responsabilidade sem culpa, bastando, para isso, a incidência dos elementos dano e nexa causal.

manas ainda não identificadas ou percebidas como nocivas em relação ao ambiente? O desconhecimento do efeito causado pela atividade ou a ausência de norma restritiva exclui a culpa do agente, mas não faz desaparecer o dano. E mais, pode a defesa mencionada na Constituição Federal se restringir aos interesses sociais vigentes num dado território?

4. O emprego do compromisso de ajustamento de conduta nas questões ambientais

Da busca da satisfação dos prejuízos resultantes do dano ambiental surge naturalmente o estabelecimento do conflito através de um processo de responsabilização, cuja tendência se reflete na doutrina e nas decisões judiciais. A Administração Pública, aqui definida no sentido lato tem um papel fundamental na orquestração das soluções consensuais, no estabelecimento de políticas adequadas de prevenção, fiscalização e gestão ambiental, na qualidade de ente jurídico que representa a sociedade nos seus interesses difusos, para o presente e para as futuras gerações. Afinal, a gestão do meio ambiente é compartilhada entre o Estado e a sociedade, cujo preceito está inserido na Constituição Federal Brasileira que impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações”.

Existem ações civis públicas que se arrastam durante anos, cuja execução, após a condenação do agente poluidor, se torna inviável pela dificuldade de atribuição de valor, o qual depende de avaliações técnicas e econômicas de grande complexidade e alto custo.

Todavia, a dificuldade de determinação dos titulares do direito à reparação ou da identificação da fonte causadora do dano não pode servir de pretexto para a não reparação, bem como a transindividualidade característica do dano ambiental não pode abandonar o indivíduo prejudicado à própria sorte.

Tome-se, como exemplo, uma empresa localizada num parque industrial, cuja atividade causou dano ambiental ao longo dos anos, juntamente com outras empresas, poluindo solo, água e ar, imaginando-se que, no exercício de sua atividade, utilizava os padrões tecnológicos e científicos conhecidos e aceitáveis para descarte de resíduos, controle de emissão de gases, além de contar com as devidas autorizações e licenças dos órgãos da administração pública encarregados do controle e fiscalização ambientais, e, ainda, num determinado momento, por iniciativa popular, o Ministério Público iniciasse inquérito civil para apuração de dano e conseqüente reparação. Tal empresa, além de exercer atividade regular, contribuía com a formação de empregos, recolhimento de impostos e, ainda, com produtos de consumo necessários para a manutenção da vida social moderna.

Caso estivesse agindo em desacordo com a legislação, bastaria recorrer-se dos meios jurídicos cabíveis para forçá-la a se adequar ou puni-la. Nesse caso, poderia ser trazida à questão a culpa do agente, inclusive, com repercussão criminal.

Ora, a atividade empresarial se opera dentro de pressupostos essenciais, tais como necessidade do mercado, viabilidades técnica e econômica e principalmente lucratividade, sem os quais nada acontece. Todas as relações jurídicas a ela inerentes são consideradas ou como ativos (direitos) ou passivos (obrigações) e fundamentam as projeções de investimentos e principalmente de custos. A implantação de um empreendimento e a sua manutenção depende da segurança jurídica dos mencionados pressupostos e, ainda, da previsibilidade das obrigações assumidas e/ou delas decorrentes.

Como já relatado, o dano ambiental não encontra remédio na responsabilização subjetiva do agente. Aliás, como a teoria da culpa se tornou incapaz de resolver todos os problemas oriundos dos danos causados pelas atividades da sociedade industrial a teoria do risco passou a ter um destaque cada vez maior nas legislações modernas. Segundo Alvíno Lima “é preciso vencer o dano, inimigo comum,

fator de desperdício e insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem desmantelar e desencorajar as atividades úteis”¹⁸. No direito romano, inicialmente, o objeto central da responsabilidade era o dano e a sua existência implicava uma injustiça em si mesma, “uma ruptura da relação de igualdade que era necessário restabelecer. A obrigação de reparar não surge como consequência de uma falta, pois, mesmo inexistindo esta, permaneceria o desequilíbrio e a injustiça, e isso é que deveria ser evitado.”¹⁹

A teoria da responsabilidade objetiva, no seu desenvolvimento, foi largamente combatida, por ter sido considerada um retrocesso às primitivas concepções de responsabilidade quando, no entanto, não havia sequer distinção entre pena e ressarcimento. Outro fator foi o receio de que a imposição de ônus, sob forma de responsabilidade independente de culpa, causasse prejuízo ao desenvolvimento de muitas empresas e setores da atividade empreendedora, como nos Estados Unidos a propósito da responsabilidade das estradas de ferro.²⁰

O fato é que o desenvolvimento econômico e tecnológico, bem como o aumento da população, acrescentaram às relações interpessoais as de massa, criando a necessidade de proteção contra os danos decorrentes de tal complexidade. Além disso, foi-se aos poucos sendo introduzido no nosso ordenamento a teoria da responsabilidade sem culpa e, dessa forma, vemos a sua aplicação na Lei nº 6.938/81, ao determinar o dever de indenizar, em razão de danos causados ao meio ambiente, independentemente de culpa, recepcionado posteriormente pela Constituição de 1988 no art. 225, § 3º, e utilizada

18 Lima, Alvino. *Culpa e Risco*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed. revista e atualizada Prof. Ovídio R. B. Sandoval, p. 334.

19 Dias, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 20.

20 Monteiro, Jorge Sinde. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Publicação do Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídicos Econômicos, Universidade de Coimbra, 1978, p. 16.

como regra para as relações de consumo no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Francisco Amaral considera que a responsabilidade objetiva se baseia na equidade: quem lucra com uma situação, responde pelo risco ou desvantagens dela decorrentes. Sua imputação decorre de lei, independentemente de culpa e o agente é obrigado a reparar o dano.²¹

Esse princípio pretende trazer a justiça ao direito, ou o equilíbrio às relações sociais, de modo a encontrar mecanismos de compensação entre os fatos sociais e o prejuízo ou dano sofrido pelos indivíduos, independentemente de mandamento legal. Foi o princípio de equidade que inspirou os defensores da teoria objetiva, uma vez que a teoria subjetiva deixava a vítima muitas vezes ao desamparo quando não se podia provar a culpa ou determinar o agente causador do dano.

Dessa forma, o peso da responsabilidade deixa de incidir sobre um patrimônio individual para se diluir no patrimônio coletivo formado pelos potenciais responsáveis pelo risco seja através da intervenção direta do Estado, contribuições obrigatórias do seguro social, ou através dos seguros privados, contribuições às instituições seguradoras.

Nas palavras de Jorge Sinde Monteiro:

“as normas de responsabilidade civil podem conservar um sentido e uma função útil, qual seja a de, circunscrevendo a esfera dos riscos que devem ser suportados por cada coletividade (de potenciais lesantes e potenciais lesados), estabelecer entre elas uma justa distribuição dos encargos”²².

21 Amaral, Francisco. *Direito Civil Introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª ed., 1998, p. 542.

22 Monteiro, Jorge Sinde. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Publicação do Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídicos Econômicos, Universidade de Coimbra, 1978, p. 41.

A esse respeito, vale mencionar a tendência atual observada em alguns países de se tomar como excludente de responsabilidade o risco do desenvolvimento, vinculado a concepção do produto e não a vícios de fabricação, ou em lugar da adoção da excludente, a criação de fundo composto de seguradoras que garantam o pagamento de indenizações em razão do risco do desenvolvimento. A teoria do risco do desenvolvimento abrange uma exceção ao risco da atividade, protegendo as inovações destinadas a um fim específico, que, mesmo atingindo sua finalidade, causem efeitos não previstos nas fases de pesquisa.

Todavia, verificado o dano ou o potencial dano, é impensável, nos dias de hoje, quedar-se inerte. Nesse mister, a sociedade, ao provocar a ação do Ministério Público, cumpre o seu papel de titular (e de guardião) do direito ao meio ambiente sadio. Desnecessário falar em culpa, a responsabilidade por danos ao meio ambiente é objetiva e o ambiente degradado deve ser recuperado ou ter os seus efeitos mitigados na busca do equilíbrio ecológico perdido. A solução buscada através da via judicial invariavelmente resulta em longos e caros processos, cuja eficácia é duvidosa.

Entretanto, ao desejar compor o conflito através de uma solução negociada, como no caso do compromisso de ajustamento de conduta, não tem tal empresa garantia de quitação de suas obrigações, uma vez que o ajuste se dá em torno de direitos indisponíveis, sendo impossível a transação. Nesse momento, ao se expor voluntariamente, sem que se faça o juízo de valor se estará ou não buscando meio mais econômico ou desejando evitar a exposição da sua imagem à execução pública, a empresa se vê compelida a cumprir obrigação assumida no título executivo, sem que tenha a contrapartida da quitação. Seus administradores, comprometidos com a sanidade econômica do negócio, passam a temer que uma vez paga a contribuição ou a parcela ajustada, ainda estejam à mercê de futuras ações de indenização, individuais ou mesmo coletivas, e, ainda, ao ajustar a sua

conduta, acabem fornecendo fundamentos de culpa no exercício da sua atividade, facilitando toda sorte de demandas. Esse tipo de saturação a que muitas indústrias se encontram submetidas muitas vezes impede que soluções conciliatórias possam ser implementadas, com perdas para toda a sociedade, pois além de aumentar os custos processuais, que afinal repercutirão no preço dos produtos consumidos ou dos serviços prestados, faz com que se mantenham situações de dano por longos períodos de discussão, em prejuízo de todos.

Talvez fosse possível considerar que o ajuste de conduta negociado pudesse ser dividido em duas partes: a primeira versaria sobre a questão patrimonial da recuperação e o acordo permitiria quitações parciais quanto ao dano. Nesse aspecto, o Ministério Público, na qualidade de defensor dos interesses trasindividuais da sociedade legitimado a representá-la daria quitações parciais quanto ao cumprimento do acordo, garantindo a necessária segurança jurídica ao ato, a fim de fomentar os acordos benéficos; e, a segunda versaria sobre o ajustamento da conduta, tanto de atos contrários à legislação em curso, quanto de atos potencialmente danosos, relativos ao direito indisponível da proteção à sanidade do meio-ambiente, o qual remanesceria sempre inegociável por sua própria natureza.

5. Conclusão

Dessas ponderações talvez possamos concluir que o ajustamento de conduta, que, segundo Geisa de Assis Rodrigues, ainda está em construção, poderia ser ampliado, tornando-se o instrumento adequado para compor situações de conflito relacionadas aos danos ao meio-ambiente. Merece registro que o interesse ao meio ambiente sadio, protegido em sede constitucional, convive com o princípio fundamental da garantia do desenvolvimento nacional previsto no art. 3º, inciso II, da Constituição, sugerindo que o Constituinte admi-

tiu, ao redigir o texto, que certas atividades econômicas, ainda que lesivas ao meio ambiente devessem ser exploradas, estabelecendo, em vista da inevitabilidade do dano a sua recuperação²³.

Assim, o ajustamento de conduta traz para o centro da discussão a sociedade, a iniciativa privada e o poder público a fim de encontrar soluções negociadas que possam modificar a infeliz trajetória da Terra em direção à destruição do meio ambiente.

Cabe à sociedade decidir efetivamente como deseja conduzir as questões relativas a esses interesses transindividuais, considerando o custo ambiental em relação ao benefício alcançado. É fundamental despertar a consciência de todos que os recursos naturais são finitos e que a sua utilização irresponsável poderá varrer a humanidade da face da Terra. Apesar de ser cada vez mais evidente a relação entre as atividades humanas, o impacto ambiental e o risco de dano, as comunidades e os indivíduos mantêm o mesmo estilo de vida, como se não houvesse nenhuma relação entre o uso que fazem das modernas condições de vida e o resultado evidenciado no ambiente.

O direito ao meio ambiente sadio transcende ao interesse público. De qual sociedade estamos falando, afinal? A degradação ambiental ultrapassa os limites de espaço e tempo. Ainda que toda a sociedade, assim estabelecida num dado território, tome decisões unânimes que atentem contra esse fundamento, resta íntegro o direito de toda a humanidade, aqui consideradas as futuras gerações, e o dever de todos de respeitar a dignidade da vida. É fundamental também perceber que o benefício do desenvolvimento e do progresso se utiliza de recursos humanos, tecnológicos, financeiros e naturais. A percepção equivocada de gratuidade do recurso natural necessita dar lugar à certeza de que a sua transformação traz um custo ambiental

23 Barroso, Luis Roberto. A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira, *in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* — 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 16.

que precisa ser medido e avaliado. E mais, uma empresa, ao utilizar os recursos naturais para a produção de bens, o faz ou com o consentimento de todos, diretamente, ou através dos órgãos de fiscalização, ou com o apoio dos consumidores dos seus produtos ou dos beneficiários de tal atividade. Ignorar isso é relegar o ponto fundamental da discussão, a preservação da sanidade do meio-ambiente, para um segundo plano, enquanto se querela sobre a autoria do dano em ações judiciais intermináveis. Até se consegue chegar ao real autor, à verdadeira causa, aos beneficiários da reparação do dano, o dano ambiental resta sem reparação e os seus efeitos se mantêm ativos, produzindo um prejuízo, às vezes irre recuperável, com conseqüências nefastas, não só para toda a sociedade, como para a integridade da vida, tornando tais processos e decisões ineficazes quanto ao comando constitucional de proteção e defesa ambiental.

É necessário utilizar meios criativos para solução de questões compostas de variáveis diversas e conflitantes, tal como proteger um ecossistema ou manter a atividade econômica que o ameaça. O ajustamento de conduta, sendo atividade extrajudicial, poderá ser um deles, uma vez que foge ao rito processual e ao rigor da sua formalidade, permitindo a flexibilidade indispensável numa negociação, necessária para compor interesses plurais e conflitantes. Para tal, o instrumento deve se amoldar à realidade social, cuja eficácia estará assegurada pelos limites da legalidade, pois todas as soluções devem ser buscadas para proteger a vida.

6. Bibliografia

Almeida, Amador Paes. *Manual das Sociedades Comerciais*, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

Amaral, Francisco. *Direito Civil Introdução*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

Antunes, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental, Uma Abordagem Conceitual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

Barroso, Luis Roberto. A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 1*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Ciocchetti de Souza, Motauri. *Ação Civil Pública, Competência e Efeitos da Coisa Julgada*, São Paulo, Malheiros, 2003.

Ciocchetti de Souza, Motauri. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*, São Paulo, Saraiva, 2001.

Cairncross, Frances. *Costs and Benefits*, Boston, MA, University of Oregon — 1999, publicação autorizada pela Harvard Business School Press, from *Costing the Earth, The Challenge for Governments, the Opportunities for Business*, 1992.

Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra, Almedina, 2002.

Dias, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

Hart, Stuart L. *Beyond Greening: Strategies for a Sustainable World, in Environmental Management Readings and Cases*, University of Oregon, 1999 — reprinted by permission of Harvard Business Review — Boston M.A, Houghton Mifflin Co.: Boston, MA ed. Janeiro/Fevereiro 1997.

International Environmental Law. IADB — United Nations Conference on Environment and Development, June 1992.

Lima, Alvino. *Culpa e Risco*, 2ª ed. Verificada e atualizada Prof. Ovídio R. B. Sandoval, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2002.

Monteiro, Jorge Sinde. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídicos Econômicos, Universidade de Coimbra, 1978.

Pereira, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. II, Teoria Geral das Obrigações, 6ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

Rodrigues, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.