

O PRINCÍPIO POLUIDOR-PAGADOR E A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL*

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELOS E BENJAMIN
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO:

1. O princípio poluidor-pagador está na ordem do dia. 2. Conceito. 3. Os objetivos do princípio poluidor-pagador. As externalidades e a internalização dos custos sociais da poluição. 4. Fundamentos do princípio e o papel do Direito ambiental. 5. O princípio poluidor-pagador no Brasil e a reparação do dano ambiental. 5.1 O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. 5.2 A previsão legal e sua implementação deficitária. 5.3 O fundamento constitucional. O tratamento insatisfatório do princípio e a previsão expressa do dever de reparar o dano ambiental. 5.4 O fundamento legal e os óbices à reparação do dano ambiental. 5.5 As deficiências do novo sistema legal. O princípio "in dúbio pro ambiente". 6. A reparação como missão impossível. 7. Conclusões.

* Palestra proferida em 9.12.92, no "Encontro Nacional da Associação Brasileira de Entidades de Meio-Ambiente (ABEMA): Realidade e Perspectivas do Sistema Nacional de Meio Ambiente", realizado sob os auspícios da Secretaria do Meio-Ambiente do Estado de São Paulo.

1. O princípio poluidor-pagador está na ordem do dia

O princípio poluidor-pagador¹ está na ordem do dia da formulação de políticas de proteção ao meio-ambiente. É quase que uma expressão mágica capaz de eliminar todos os males ambientais. Virou slogan dos diversos setores preocupados com a tutela ambiental, daí decorrendo, por certo, as nem sempre concordantes definições e interpretações que provoca.² Seus reflexos se fazem sentir na Economia do Meio-Ambiente, na Ética Ambiental, na Administração Pública Ambiental e, por que não, no Direito Ambiental.

No plano político, o princípio foi formalmente incorporado pela OCDE, ainda em 1972,³ sendo assumido, em 1973, pela CEE, que o incluiu no seu "Primeiro Programa de Ação",⁴ fazendo parte hoje, por força do Ato Único, dos ordenamentos de todos os países comunitários.

Todo o Direito Ambiental, queiramos ou não, gira em torno do princípio poluidor-pagador, já que é este que orienta — ou deve orientar

¹ Principio pollueur-payeur, em francês; principio "quien contamina paga" ou "contaminador-pagador", em espanhol.

Mais modernamente, prefere-se a expressão princípio usuário-pagador. No Brasil, como de resto em outros países, esta última denominação ganha crescente aceitação na melhor doutrina (Edis Milaré e Fábio Feldmann, p. ex.).

A alteração terminológica é devida. De fato, a expressão "poluidor-pagador", interpretada lingüística e restritivamente, diz menos do que pretende, fazendo referência apenas ao dado da poluição (despesas de proteção e restauração do meio-ambiente), não incluindo a problemática da degradação e exaustão do meio-ambiente, isto é, da própria utilização dos recursos ambientais.

Ademais, a denominação "poluidor-pagador", ao contrário de "usuário-pagador", passa a idéia — falsa — de que a questão da poluição e da proteção do meio-ambiente resolve-se num simples pagar, numa mera equação econômica, do tipo "pago, logo posso poluir".

Por força da tradição, mesmo reconhecendo sua impropriedade, utilizaremos, no decorrer deste trabalho, a expressão poluidor-pagador.

² "Organisation de Coopération et de Développement Économiques", Le Príncipe Pollueur-Payer, Paris, OCDE, 1975, p. 4.

³ Através da Recomendação C(72), 128, de 26.5.72, complementada pela Recomendação C (74.223), de 14.11.74.

⁴ Repetido nos Programas seguintes e explicitado pelo Conselho das Comunidades Europeias, através de Recomendações de 7.-11.74 e de 3.3.75.

— sua vocação redistributiva, ou seja, sua função de enfrentamento das deficiências do sistema de preços.⁵

Por trás do princípio poluidor-pagador está a pergunta: quem paga pelos danos ambientais?⁶ O Estado — e, a partir dele, todos os contribuintes — ou o próprio poluidor?

A questão tem a ver, evidentemente, com a alocação⁷ ou internalização dos custos sociais da deterioração dos recursos ambientais. Sua simplicidade é meramente aparente, escondendo problemas econômicos e jurídicos complexos.⁸

É certo que o poluidor, mesmo quando diretamente responsabilizado pelos custos sociais de sua atividade poluidora, acaba por repassar tais despesas aos compradores ou usuários de seus produtos ou serviços. De qualquer modo, o importante é que não são chamados a pagar os que não produzem o dano ou com ele não se beneficiam.⁹

2. Conceito

O princípio poluidor-pagador é aquele que impõe ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição.¹⁰ Ou seja, estabelece que o causador da poluição e da

⁵ Nesse sentido, v. Ramón Martín Mateo, Tratado de Derecho Ambiental, v. I, Madrid, Editorial Trivium, 1991, p. 94.

⁶ Note-se que não se cuida apenas de "reparação" de danos causados, mas igualmente de cobrir despesas com prevenção e, em certa medida, com a repressão também (sanções administrativas e penais).

⁷ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, ob. cit., p. 5.

⁸ Michel Prieur, Droit de L'Environnement, Paris, Dalloz, 1984, p.170.

⁹ Guillermo J. Cano, Derecho, Política y Administración Ambientales, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 136.

¹⁰ Definição que, como veremos, embora alargada, segue aquela fixada pela OCDE. Confira-se Organisation de Coopération et de Développement Économiques, ob. cit., Annexe (Principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de Vennvironnement sur le plan international), p. 11.

degradação dos recursos naturais deve ser o responsável principal pelas consequências de sua ação (ou omissão).¹¹

Em síntese, numa acepção larga, é o princípio que visa imputar ao poluidor os custos sociais da poluição por ele causada, prevenindo, ressarcindo e reprimindo os danos ocorridos, não apenas a bens, e pessoas, mas também à própria natureza.¹²

3. Os objetivos do princípio poluidor-pagador. As externalidades e a internalização dos custos sociais da poluição

Como se sabe, "a produção traz inerente um conjunto de efeitos não desejados, conhecidos como externalidades".¹³

O objetivo maior do princípio poluidor-pagador é fazer com que os custos das medidas de proteção do meio-ambiente — as externalidades ambientais — repercutam nos custos finais de produtos e "serviços cuja produção esteja na origem da atividade poluidora".¹⁴ Em outras palavras, busca-se fazer com que os agentes que originaram as externalidades "assumam os custos impostos a outros agentes, produtores e/ou consumidores".¹⁵

O poluidor, então, passa a ser o primeiro pagador, de modo que é obrigado, dessa forma, "a integrar plenamente, no seu processo de

¹¹ C. Eduardo A. Pigretti, "Un nuevo ámbito de responsabilidad: criterios, principios e instituciones del derecho ambiental, in La Responsabilidad por Dano Ambiental, Buenos Aires, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, sem data, p. 29.

¹² Michel Prieur, ob. cit., p. 170.

¹³ Antônio Evaldo Comune, "Contabilização econômica do meio-ambiente: uma visão geral, in Contabilização Econômica do Meio-Ambiente, Série Seminários' e Debates, São Paulo, Secretaria do Meio-Ambiente, 1992, p. 13.

¹⁴ V. Organisation de Coopération et de Développement Économiques, ob. cit., Annexe (Principes directeurs relatifs aux aspects économiques despolitiques de Venvironment sur le plan international), p. 11.

¹⁵ Antônio Evaldo Comune, Contabilização... cit., p. 13.

decisão, o sinal econômico que constitui o conjunto dos custos ambientais".¹⁶

4. Fundamentos do princípio e o papel do Direito ambiental

Bem se percebe que, na formulação e análise do princípio poluidor-pagador, está a questão da "internalização dos custos sociais da poluição" ou "internalização dos efeitos externos",¹⁷ noção que pode ser explicada através de um exemplo simples.

Suponha-se que a pintura de uma casa, localizada ao lado de uma indústria poluidora, seja danificada pela fumaça negra. Num modelo jurídico (e econômico) tradicional, a conta da repintura da casa é paga pelo seu proprietário e não por aquele que, de fato, causou o dano. Em consequência, os produtos eventualmente fabricados pelo poluidor — já que este nada está pagando pela sua atividade poluidora — não refletirão os custos reais da poluição. Fala-se, então, que tais custos, porque não computados no processo de produção, são uma externalidade ou custo externo.

Externalidades,¹⁸ em sede ambiental, são os custos sociais do processo de desenvolvimento e que, só recentemente, através do princípio poluidor-pagador, passaram a ser computados — já que exigíveis — no preço final de produtos e serviços. Diz-se, assim, que esses custos são internalizados.

Diferentemente do que sucede com o exemplo acima, as externalidades nem sempre são de fácil cálculo. Primeiro porque são múltiplas as consequências de uma única ação poluidora (despesas

¹⁶ Úrganisaaiion de Coopération et de Développèrment Économiques, ob. cit., p. 5.

¹⁷ A expressão é de António Evaldo Comune, Contabilização... cit, p. 13.

¹⁸ Numa perspectiva mais ampla, "as externalidades aparecem quando, no funcionamento normal da atividade econômica, ocorrem interdependências "extramercado" entre as empresas e os indivíduos" (António Evaldo Comunei Contabilização... cit, p. 13).

médicas, limpeza, pintura, danos em materiais, em plantações e em rebanhos, queda do turismo e efeitos de longo prazo). Segundo porque danos morais — o desconforto humano, p. ex. — não são computáveis dessa maneira.¹⁹

O princípio poluidor-pagador apoia-se na teoria da compensação (paga quem provoca uma ação governamental, na medida do custo desta) e na teoria do valor (paga quem se beneficia com a poluição, na medida dos benefícios recebidos).

Se é certo que o princípio poluidor-pagador encontra seus fundamentos principais na teoria econômica, é através do Direito, particularmente do Direito Ambiental, que passa a integrar a ordem jurídica e, a partir daí, se torna exigível de todos.

É que cabe ao Direito Ambiental responsabilizar-se, no plano da formulação de normas jurídicas, por esta problemática da internalização dos custos sociais do desenvolvimento, aportando os instrumentos adequados de implementação, viabilizando, assim, os critérios recomendados pela Economia.²⁰

5. O princípio poluidor-pagador no Brasil e a reparação do dano ambiental

Não é nosso intuito aqui analisar, mesmo que rapidamente, os diversos instrumentos de execução do princípio poluidor-pagador.²¹ Nosso enfoque estará concentrado na reparação do dano ambiental, enxergando-a como uma das manifestações do princípio.

¹⁹ Jonathan Turk e Amos Turk, *Environmental Science*, fourth edition, Saunders College Publishing, Philadelphia, 1988, p. 34.

²⁰ Ramón Martín Mateo, *ob. cit.*, p. 95.

²¹ Sobre esses diversos mecanismos (regulamentação direta, tributação, prêmios, etc.) cf. Organisation de Coopération et de Développement Économiques, *ob. cit.*, p. 26 e ss.

5.1 O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental

Ao contrário do que se imagina, o princípio poluidor-pagador não se resume na fórmula "poluiu, pagou". "O princípio poluidor-pagador não é um princípio de compensação dos danos causados pela poluição".²²

Seu alcance é mais amplo, incluídos todos os custos da proteção ambiental, "quaisquer que eles sejam",²³ abarcando, a nosso ver, os custos de prevenção, de reparação e de repressão do dano ambiental, assim como aqueles outros relacionados com a própria utilização dos recursos ambientais, particularmente os naturais, que "têm sido historicamente encarados como dádivas da natureza, de uso gratuito ou custo marginal zero".²⁴

Numa sociedade como a nossa, em que, por um lado, o descaso com o meio-ambiente ainda é a regra, e, por outro, a Constituição Federal prevê o meio ambiente como "bem de uso comum do povo",²⁵ só podemos entender o princípio poluidor-pagador como significando internalização total dos custos da poluição.²⁶ Nem mais, nem menos.

5.2 A previsão legal e sua implementação deficitária

O Direito brasileiro tem previsão expressa do princípio poluidor-pagador. Todavia, falta, no plano da implementação — mas também no legal — um tratamento adequado para a matéria.

²² Organisation de Coopération et de Développement Économiques, ob. cit., p. 5.

²³ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, ob. cit., p. 5.

²⁴ Antônio Evaldo Comuoe, Contabilização... cit., p. 20.

²⁵ Art. 225, caput.

²⁶ Em sentido diverso, cf. a opinião da OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Économiques, ob. cit., p. 5).

A Lei 6.938/81 dispõe que a Política Nacional do Meio-Ambiente, entre outros objetivos, visará "à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos".²⁷

Mais recentemente, a Lei 7.663, de 30.12.91, do Estado de São Paulo, que "Estabelece normas de orientação à Política Estadual de Recursos Hídricos, bem como ao Sistema Integrado de Gerenciamento Integrado de Recursos Hídricos", em seu art. 14,²⁸ após reconhecer o "recurso hídrico como um bem público, de valor econômico, cuja utilização deve ser cobrada, observados os aspectos de quantidade, qualidade e as peculiaridades das bacias hidrográficas" cuida, diretamente, do princípio usuário-pagador, limitado, é verdade, *ratione materiae*.

5.3 O fundamento constitucional: o tratamento insatisfatório do princípio e a previsão expressa do dever de reparar o dano ambiental

A Constituição Federal de 1988 também, de certa maneira, trata do princípio poluidor-pagador, mas sem a amplitude que o tema

²⁷ Art. 4.º, VII.

²⁸ I — cobrança pelo uso ou derivação, considerará a classe de uso preponderante em que for enquadrado o corpo de água onde se localiza o uso, ou derivação, a disponibilidade hídrica local, o grau de regularização assegurado por obras hidráulicas, a vazão captada e seu regime de variação, o consumo efetivo e a finalidade a que se destina; e

II — cobrança pela diluição, transporte e assimilação de efluentes de sistemas de esgotos e de outros líquidos, de qualquer natureza, considerará a classe de uso em que for enquadrado o corpo d'água receptor, o grau de regularização assegurado por obras hidráulicas, a carga lançada e seu regime de variação, ponderando-se, dentre outros, os parâmetros orgânicos físico-químicos dos efluentes e a natureza da atividade responsável pelos mesmos.

§ 1º No caso do n. II, os responsáveis pelos lançamentos não ficam desobrigados do cumprimento das normas e padrões legalmente estabelecidos, relativos ao controle de poluição das águas.

§ 2º Vetado.

§ 3º No caso do uso de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica aplicar-se-á legislação federal específica".

merece e atualmente possui. Limita-se a impor ao poluidor o dever de reparar os danos causados, apenas uma parte daquilo que hoje se entende pelo princípio.

Dispõe o art. 225, § 2.º, da Constituição Federal que "Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei".²⁹

Mais adiante, o § 3.º, do mesmo artigo, estabelece que "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados." ³⁰

Decorre, pois, da própria Constituição Federal o dever a cargo do poluidor de reparar o dano ambiental causado. Trata-se de uma inovação constitucional, de vez que a Constituição anterior nada dizia a respeito.

5.4 O fundamento legal e os óbices à reparação do dano ambiental

Coube a Lei 6.938/81,³¹ instituidora da Política Nacional do Meio-Ambiente — pela introdução da responsabilidade civil objetiva³² — revolucionar o sistema de reparação judicial do dano ambiental no Brasil, permitindo, de vez, por essa via, a incorporação, em nosso país, desta faceta do princípio poluidor-pagador.

²⁹ Grifo nosso.

³⁰ Grifo nosso.

³¹ Assim dispõe o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81: "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" (grifo nosso).

³² Que "se baseia na idéia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento" (Édis Milaré, Curadoria do Meio Ambiente, São Paulo, APMP, 1988, p. 46)

É verdade que, mesmo antes da Lei 6.938/81, o dano ambiental, pelo menos em tese, podia ser judicialmente reparado. Repita-se, só em tese, já que o regime jurídico do Código Civil, então aplicável, baseado em culpa (imprudência, negligência e imperícia), não permitia, pela quantidade de prova, exigida da vítima, a condenação do poluidor.³³ Frustrava-se, assim, o princípio poluidor-pagador, pois o custo social da poluição não era internalizado.

Fica claro, portanto, que, em realidade, o Direito tradicional, especialmente o Civil, nunca funcionou adequadamente na proteção do meio-ambiente, não acolhendo o princípio poluidor-pagador. seja no regramento dos direitos de vizinhança, seja na base da responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual.³⁴

Primeiro, porque o dano ambiental, via de regra, é de natureza difusa, atingindo toda uma coletividade de pessoas. Na medida em que o processo civil clássico só permitia que se cobrassem em juízo prejuízos próprios, meramente individuais, raramente os danos ambientais passavam pelo crivo do Judiciário.

Segundo, o regime jurídico da responsabilidade civil aquiliana, conforme já referido, exigia a prova de culpa (imprudência, negligência ou imperícia) do poluidor para, só então, aplicar o princípio poluidor-pagador. Apenas o dano culposamente causado era passível de indenização. E, como se sabe, provar que o violador agiu com culpa era quase sempre — para não dizer sempre — impossível.

5.5 As deficiências do novo sistema legal. O princípio "in dubio pro ambiente"

³³ "Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

³⁴ Parece ser também a opinião de Ramón Martín Mateo, ob. cit., p. 239.

Apesar do novo sistema instaurado em 1981 não mais exigir a prova de culpa no comportamento do poluidor, problemas graves permanecem para a implementação integral no Brasil do princípio poluidor-pagador, pela via da reparação judicial do dano ambiental.

Inicialmente, a prova do nexo causal — o dano foi efetivamente causado por aquele poluidor? — ainda está a cargo da vítima do prejuízo ambiental ou de seu representante (Ministério Público ou ONG). Ora, em muitos casos esta prova é inalcançável, particularmente em locais com grande concentração de poluidores potenciais.

Além disso, o próprio dano ambiental é de difícil constatação e avaliação. A atividade pode ser produzida hoje e os efeitos do dano só aparecerem após vários anos ou, o que é pior, já em outra geração. Em outros casos, o dano imediatamente visível é só a ponta do iceberg sendo que é com base nele que se calcula o valor global e final da indenização. Nesse sentido, é bom lembrar que a grande maioria das ações civis públicas propostas no Brasil está absolutamente parada exatamente na fase de cálculo do dano causado.

Ademais, o processo civil abre ao poluidor incontáveis fórmulas protelatórias, sem contar as suas múltiplas opções recursais. É como se o meio-ambiente danificado tivesse à sua disposição todo o tempo do mundo para aguardar uma eventual decisão de condenação do poluidor.

Finalmente, há todo um quadro de deficiência material e pessoal, em especial quanto a perícias, que dificulta, quando não impede, o sucesso de ações civis públicas ambientais reparatórias.

Soluções para esses problemas apontados são urgentes. Assim, por exemplo, o reconhecimento — e os Tribunais podem fazê-lo per se — do princípio in dubio pro ambiente, assim como do princípio da inversão do ônus da prova da extensão do dano e do nexo causal. Impõe-

se, ademais, a previsão de propositura de ações subseqüentes à principal, mesmo que esta já tenha sido definitivamente julgada, para cobrança do remanescente do dano ambiental.

6. A reparação como missão impossível

As modificações legislativas que incorporaram o princípio poluidor-pagador ao Direito Ambiental não conseguiram, como já afirmamos acima, superar um obstáculo até hoje intransponível: nem sempre o dano ambiental é reparável. Não podemos, p. ex., substituir uma paisagem ou uma espécie extinta; para tais casos, inexistente reparação *in integrum*.³⁵

Isso quer dizer que o princípio poluidor-pagador, nesses casos, se processa não pela recomposição do bem lesado mas pela sua substituição de uma soma monetária que, econômica ou idealmente, substitui o bem.

Ademais, mesmo esta última opção enfrenta desafios de vulto. Não são raros os casos em que a Economia ainda não consegue valorar adequadamente o bem ambiental e, a partir daí, o dano ambiental.

Conseqüentemente, uma visão exclusivamente reparatória do princípio poluidor-pagador está condenada ao fracasso. Administradores, juizes — especialmente no momento de concessão de liminares — e juristas não podem disso se esquecer.

7. Conclusões

O princípio poluidor-pagador não pode ser enxergado como criando um "direito de poluir", desde que o poluidor se predisponha a pagar pelos recursos que utilizou ou danificou. Seu objetivo principal

³⁵ Michel Prieur, ob. cit., p. 179.

não é a reparação ou mesmo a repressão do dano ambiental. Estas, como se sabe, são fundamentalmente, retrospectivas.³⁶

Sua aplicação, muito ao contrário, deve ser uma alavanca efetiva de prevenção do dano ambiental, fazendo com que a atividade de preservação e conservação dos recursos ambientais seja mais barata que a de devastação. O dano ambiental não pode, em circunstância alguma, valer a pena para o poluidor.

O princípio não visa, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, procura evitar o dano ambiental.³⁷

Durante séculos, nossa sociedade, através de políticas governamentais equivocadas, foi obrigada a subvencionar os poluidores. É hora de dar um basta! Se não for para obrigar a reparação integral; dos danos causados até agora, que seja, pelo menos, somente para impedir que nos tornemos todos, pela vida da subvenção, partícipes — porque acionistas indiretos e forçados — da catástrofe ambiental que se avizinha.

³⁶ Barry Breen, *Law of Environmental Protection*, Sheldon M. Novick (Editor), New York, Clark Boardman Company, Ltd., 1990, pp. 3-67.

³⁷ Ramóm Martin Mateo, ob. Cit., p. 240.