
A LAVRA ILEGAL E A EXTENSÃO DOS PREJUÍZOS INDENIZÁVEIS

ILLEGAL MINING AND DAMAGES SETTLEMENT

Renata Ricarte Domiciano Ferreira
Advogada da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 o mito da ignorância e da improvisação; 2 o direito e os recursos minerais; 3 o bem jurídico lesado na atividade de lavra ilegal e a extensão dos danos indenizáveis; 4 conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo sustenta que a jurisprudência minimiza a estatura econômica dos prejuízos causados por aquele que lavra ilegalmente bens minerais. A União, sua proprietária por força de escolha do constituinte originário, não é divisada como verdadeira vítima da grave ofensa em toda a extensão dos danos efetivamente causados, já que não exerce os típicos poderes definidos pela dogmática clássica. E como a indenização mede-se pela extensão do dano, a obrigação reparatória decorrente da lesão a esses bens da União tem sido lamentavelmente tímida, diante de uma alegada dificuldade de mensuração econômica dos recursos minerais que, segundo muitos, “no subsolo, para a União de nada valem”.

PALAVRAS-CHAVE: Mineração. Recursos Minerais. Lavra Ilegal. Extensão dos Danos. Avaliação dos Prejuízos. Valor. Reparação. Indenização. Enriquecimento Ilícito. Responsabilidade Civil. Punitive Damages.

ABSTRACT: The article sustains that the practice of law frequently minimizes the settlement of damages derived from illegal mining of underground deposits. Despite the fact that Brazilian Constitution has established the Union’s property on such deposits, it is not perceived as a real victim of serious offence, since it does not carry the typical powers defined by civil law dogma. Restitution arising from the injury to these rights has been woefully shy on the account of an alleged difficulty to measure mineral resources which, according to many, “are worthless in the underground”.

KEYWORDS: Mining Policy. Mineral Resources. Mining Trespass Actions. Illegal Dealings. Extent of the Damages. Value Systems. Compensation. Illicit Enrichment. Civil Liability. Punitive Damages.

INTRODUÇÃO

As exigências próprias da vida em sociedade cristalizaram, ao longo da história, uma diversidade de mecanismos jurídicos, hábeis à manutenção de uma convivência minimamente harmônica e equilibrada entre as pessoas e seus respectivos interesses; estes, cada vez mais numerosos e complexos.

O principal meio de controle social, pela via do direito, é o poder de o Estado estabelecer regras de condutas e impor sanções àqueles que, de qualquer modo, vulneram a manutenção desse equilíbrio social. Dentre essas, exsurge o instituto da reparação dos prejuízos causados por condutas lesivas aos bens e interesses jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sempre atento às novas demandas e anseios sociais, o direito, em geral, não se tem descurado de ampliar a abrangência de bases já existentes no sistema jurídico, hábeis ao enfrentamento da realidade em franca mutação.

Em sede de reparação civil, não são poucos os avanços quanto à utilização de parâmetros não tarifados e adequados à solução específica do caso concreto. O escopo, em última análise, sempre será o de restabelecer o equilíbrio rompido pela lesão impingida contra bem ou interesse tutelado pelo direito. Esse resgate da estabilidade social, pela via da reparação civil, traz em seu cerne não somente a busca pela redução do prejuízo ao nível o mais próximo possível do “status quo ante”, mas também possui um viés pedagógico, desmotivando a atividade ilícita

Nesse passo, conquanto haja constantes avanços em matéria de reparação, seja em responsabilidade civil, seja em de sede de enriquecimento sem causa, somados a uma robustez doutrinária do direito civil brasileiro, infelizmente, o tratamento jurídico concedido ao patrimônio público ainda se afigura suscetível a uma visão que privilegia o individual em detrimento do social.

Conforme ressaltado pelo Prof. Ricardo Aronne, a própria concepção tradicional sobre a qual se assentam os direitos reais no Brasil, expressa a propriedade como um complexo de relações entre titular e bem, exteriorizados como um verdadeiro *potestas* do titular, para dar o destino que melhor lhe aprouvesse ao bem:

A burguesia procedeu, na confecção do Estado Liberal e do respectivo Direito Civil para o qual este era servil, um contraponto extremo à insegurança patrimonial promovida pelo Leviatã, claramente identificado ao Estado Absolutista, entronizando a garantia e o exercício absoluto da propriedade privada como *ratio* que influenciou até o contrato social que lhe serviu de suporte.¹

1 ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013.

Contudo, a propriedade atribuída aos entes públicos tem por finalidade precípua, à luz do texto constitucional vigente, realizar outros valores que não se subsumem à seara protetiva inspirada pela dogmática clássica.

Determinados bens são constitucionalmente outorgados à União com propósito assaz distinto do de simplesmente agraciar referido ente federativo com os clássicos poderes de usar, fruir e dispor, sem embaraços, do objeto titularizado.

Esse é exatamente o caso das jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais que, por força da Constituição Federal (artigo 20 e artigo 176) constituem bens de propriedade da União. Consoante será melhor desenvolvido adiante, o desenho constitucionalmente delineado para a propriedade dos recursos minerais encontra relevantes fundamentos político-econômicos; ademais, inseridos em um contexto mundial de longas conquistas e avanços na proteção dessas riquezas em cada território soberano.

Sem embargo, a prática jurídica - não poucas vezes - ignora a normatividade constitucional que rege a propriedade da União sobre esses bens minerais. Mostra disso é um certo desprezo quanto à estatura econômica dos prejuízos causados por aquele que ofende esses bens juridicamente tutelados. A União, proprietária daqueles, não é divisada como verdadeira vítima da grave ofensa em toda a extensão dos danos efetivamente causados, já que não exerce os típicos poderes definidos pela dogmática clássica.

E como a indenização mede-se pela extensão do dano, a obrigação reparatória decorrente da lesão a esses bens da União tem sido lamentavelmente tímida, diante de uma alegada dificuldade de mensuração econômica dos recursos minerais que, segundo muitos, “no subsolo, para a União de nada valem”.

Quem advoga em defesa da União e persegue uma justa reparação civil por quem se apropria dos recursos minerais ao arrepio da lei, conhece as agruras próprias do tema e as batalhas que se têm travado por resultados mais condizentes com a importância desse bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Diante do desconhecimento das particularidades do direito minerário e, principalmente, de todo o conteúdo axiológico que subjaz à salvaguarda jurídica do patrimônio mineral brasileiro, decorrem soluções com leitura bastante restritiva, sobretudo quanto à extensão dos prejuízos decorrentes da sua exploração ilegal.

Cumprido, destarte, registrar algumas ideias e muitas inquietudes, próprias de quem milita na área, com a convicção apaixonada da incessante

busca pelo amadurecimento das teses jurídicas, rumo – se possível for – à melhor defesa possível.

1 O MITO DA IGNORÂNCIA E DA IMPROVISAÇÃO

Em sua tese de doutoramento em História, sobre a mineração no Brasil do século XVIII, Carolina Marotta Capanema² traz dados de uma vasta pesquisa que desmistifica e supera a visão de que o caráter predatório da mineração desenvolvida na América portuguesa, à época, devia-se às técnicas rudimentares utilizadas na atividade.

A pesquisadora desconstrói essa visão poética dos fatos, indicando que os impactos causados pela mineração predatória eram conhecidos, mas tolerados por questões políticas e utilizados para obtenção de privilégios de toda sorte. Era uma época em que sobressaíam os interesses essencialmente individualistas e, convenientemente, concorria a escassez de maior influência estatal na matéria:

Ao contrário do que supõem os tradicionais estudos sobre a mineração colonial no Brasil, os habitantes locais não somente reconheciam as consequências das atividades de exploração do ouro sobre o ambiente, como ainda utilizavam esse conhecimento para defender interesses específicos.

[...]

Naquele período, em que se configuravam novas disputas na reconfiguração do espaço urbano, as interpretações sobre as inundações e os usos que se faziam da natureza foram cruciais para a construção de discursos em defesa de diferentes interesses políticos pelas elites estabelecidas. A seguir, veremos que a mineração setecentista foi regida por uma ampla legislação mineral no que concerne aos usos do ambiente físico, contrariando as tradicionais afirmações de que a exploração aurífera foi feita ao acaso, como sustentaram memorialistas e viajantes estrangeiros.

Conclui a estudiosa, surpreendentemente, que em matéria de mineração, nunca houve uma efetiva falta de regulamentação, porém,

2 CAPANEMA, Carolina Marotta. *A natureza política das Minas: mineração, sociedade e ambiente no século XVIII*. 2013. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas.

determinadas contingências individualistas acabaram por ditar a ineficácia daquela regulamentação:

Ao contrário do que afirmaram viajantes estrangeiros e memorialistas luso-brasileiros sobre a mineração praticada nas Minas setecentistas, a prática da exploração do ouro foi regida por extensa legislação reguladora e não pelo “acaso”.

[...]

Os serviços de mineração foram submetidos à ampla organização e regulação de suas práticas no que tange ao uso do ambiente físico, o que endossa nossa tese de que essa não era uma atividade necessariamente feita ao “acaso” e irrefletidamente e, por isso, necessariamente predatória, como se divulgou no passado. As pesquisas indicam que a utilização dos recursos naturais e a legislação prevendo a sua regulação no século XVIII estavam plenamente de acordo com as intenções de controle da Coroa sobre as atividades desenvolvidas em seus domínios coloniais, o que constituía a própria essência do sistema.

[...]

Muitas vezes os dispositivos legais não foram cumpridos por não representarem os interesses imediatos dos colonos, que também faziam da posse dos insumos naturais representação de sua distinção social e econômica. Não houve falta de regulamentação, mas contingências que, em cada época, sem dúvida, ditaram a ineficácia de algumas medidas de conservação. Estas medidas emitidas pela Coroa demonstravam, ainda, que as políticas portuguesas eram similares àquelas aplicadas em outras monarquias europeias sobre o assunto.

Transferindo essas conclusões para o tema em análise, há de se esquadriñar quais seriam contingências da nossa época que têm determinado a ineficácia prática de uma proteção apropriada do patrimônio mineral brasileiro, ainda que nosso ordenamento contemple tão vasta regulamentação sobre minérios e sobre a tutela da propriedade.

Se não prosperava no século XVIII, com menor razão prospera que no globalizado século XXI sejam tolerados ou minimizados os efeitos da prática predatória e ilegal devido a pretensos rudimentos intelectual e técnico da maior parte dos usurpadores minerais.

O usurpador de recursos minerais busca o lucro fácil e, ainda que de pequeno porte, deliberadamente desconsidera os fatores legais e científicos atinentes a uma exploração ordenada e útil ao desenvolvimento nacional. E se assim age com tamanha constância, certamente é porque ainda lhe é conveniente e financeiramente proveitoso.

Há de ser superada a inversão de valores que inspira a praxe na reparação civil pelos prejuízos decorrentes da usurpação mineral, como se o usurpador guardasse uma relação de hipossuficiência diante da União, geralmente desqualificada em sua condição de vítima da grave ofensa.

Dito isso, paralelamente às sanções penais e administrativas, aquilatar o valor econômico e exigir o ressarcimento dos prejuízos – em todos os seus contornos – é medida indispensável para que não se privilegie um sistema que contemporize com o minerador desonesto.

2 O DIREITO E OS RECURSOS MINERAIS

A legislação mineral constitui instrumento básico para a proteção dos recursos minerais, dada a sua importância para o desenvolvimento econômico de um país. Foi altamente influenciada pela declaração peremptória das diretrizes contidas na Resolução nº 1803, de 14 de dezembro de 1962, por parte da Comissão Permanente das Nações Unidas para a Soberania sobre os Recursos Minerais, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1974³. O texto da primeira diretriz da Resolução nº 1803/1962 dá o tom principiológico que passa a nortear, mundialmente, a tutela dos recursos minerais:

O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre as suas riquezas e recursos naturais deverá ser exercido no interesse do respectivo desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em causa.

Como consequência dessa visão, a maioria das legislações modernas, com raras exceções, passou a estabelecer que os recursos minerais pertencem ao Estado e não mais ao proprietário do solo.

Como bem explicitado por Paulo César Ribeiro Lima, a nova ordem econômica mundial provocou revolução profunda no setor mineral, estimulando os países a revisarem, em substância, seus marcos legais, de forma a instrumentalizar o dever estatal de assegurar a máxima utilização dos recursos, mediante todos os meios ao seu alcance para evitar a destruição

3 Fonte: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_21/IIIPAG3_21_2.htm>.

ou o mau uso das riquezas do subsolo, sempre atento ao fim específico, de utilidade pública, que deve presidir a exploração mineral.⁴

Sem embargo de preservação da soberania nacional sobre os recursos minerais, essas novas leis invariavelmente passaram a regular as relações entre o minerador e o Estado como titular dos recursos minerais.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 transferiu para a União o domínio sobre todos recursos do subsolo (art. 20, IX), colocando a exploração desses bens sob a integral tutela do Estado, à luz do interesse nacional (art. 176, § 1º, C.F.).

Relevante notar como reagiam os juristas que se debruçavam sobre o recém promulgado texto constitucional de 1988, no que toca às perspectivas do Direito Minerário à luz da nova ordem instaurada.

O Professor Nelson de F. Ribeiro, em estudo apresentado no XXV Congresso Brasileiro de Geologia e no VII Congresso Latino-Americano de Geologia, ambos realizados em Belém-PA, em dezembro de 1988⁵, afirmava que a Constituição de 1988 permitia superar qualquer outra visão diferente daquela que doravante se definia.

Assim, os recursos minerais como bens econômicos de propriedade da União, demandariam que a política para a sua utilização seria envidada, sempre, no interesse de toda a sociedade brasileira:

Por isso mesmo, não podem ser tratados como propriedade daquele que os descobrir, no seu exclusivo interesse particular, pois seria uma violência contra o interesse social, que é inerente à natureza desses bens. [...]. Essas perspectivas são os faróis que devem iluminar as decisões do administrador público e do juiz, na aplicação das normas constitucionais, sobre a difícil questão mineral brasileira.

O Decreto-Lei nº227/1967, denominado Código de Mineração, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Este diploma normativo, seu Regulamento e vasta legislação específica correlata, são normas que conceituam e classificam as jazidas minerais, regulam os direitos do minerador sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fósseis, os regimes para o seu aproveitamento, bem como os requisitos indispensáveis ao processamento dos atos para pesquisa e lavra por meio de outorgas, autorizações e concessões minerais.

4 LIMA, Paulo César Ribeiro. *Alterações no Direito Minerário Brasileiro*. Estudo de agosto/2007, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema16/2007_8747.pdf>.

5 Estudo publicado na Revista de Inf. Legislativa a 26 n. 102. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181932/000445049.pdf?sequence=1>>.

Ao mesmo tempo em que o Código de Mineração de 1967 consolidou importantes conceitos sobre os recursos minerais, já antecipava a autonomia do direito das minas, por contemplar regras e princípios distintos do direito comum como, por exemplo, a definição da jazida como bem imóvel distinto do solo onde se encontrava, “*não abrangendo a propriedade deste o minério ou a substância mineral útil que a constitui*”.

Num breve parêntesis, aqui se contextualiza a esfera autônoma do direito das minas na concepção há muito consagrada por Bobbio, qual seja, do reconhecimento do pluralismo de ordens jurídicas ‘autônomas’ – com terminologia, elementos e características próprias – que se articulam de modo a nunca desnaturar a unidade do ordenamento jurídico.

Em que pese a recepção do Decreto-Lei nº227/1967, os contornos básicos do regime jurídico da mineração no Brasil encontram-se fixados no texto constitucional. Sob a égide constitucional, a propriedade sobre os recursos minerais traduz o dever-poder do Estado de assegurar a sua máxima utilização, dispondo, para tanto, de todos os instrumentos jurídicos ao seu alcance para evitar a destruição ou o mau uso das riquezas do subsolo, sempre atento ao fim específico da utilidade pública, que deve presidir a exploração mineral.

Em consequência desse regime jurídico eminentemente constitucional, o escopo das normas de regência possui viés bastante amplo, envolvendo uma valoração que perpassa desde o fomento em prol dos ganhos econômicos oriundos de sua exploração, até os interesses socioambientais decorrentes de sua prática “*in loco*”. Para tanto, são indispensáveis medidas preventivas e fluxos de investimentos que equilibrem socialmente os interesses em jogo, ao menos de maneira equivalente ao recurso que será exaurido.

Ainda nessa esteira, o Estado tem o dever de se utilizar dos meios legais disponíveis para a promoção de um capitalismo socialmente responsável, pois o art. 170 da Constituição é claro ao estipular que: *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.*

Some-se ao que foi dito, que a mineração é o único empreendimento econômico ao qual foi dado formalmente o direito constitucional de degradar áreas, o que é uma conclusão bastante séria. Como se demonstrará, apenas a observância à lei garante que os impactos negativos estejam circunscritos a níveis permitidos e assimiláveis em cotejo com os impactos positivos a serem gerados pelo empreendimento minerário.

Como salientado pelos estudiosos da área, com especial destaque para o trabalho desenvolvido pela Profa. Sílvia Helena Serra⁶, não obstante o direito minerário apresente particularidades e princípios próprios, o que lhe garante autonomia científica, a área ressen-te-se da falta de estudos voltados à sua sistematização.

Citando conclusões de Orlando Gomes sobre o patrimônio minerário, Sílvia Helena ressalta que muito embora a doutrina jurídica não tenha chegado a explicar a natureza dessa “propriedade especial”⁷, ao menos identificou que sequer a relação de domínio que une a União aos seus demais bens, coincide com aquela que une a União aos seus bens minerais.

Tão somente a caracterização de que a natureza jurídica dessa propriedade seria “anômala” ou “especial” de nada aproveita sem a sistematização de seus próprios conceitos, sempre voltados para a concretização dos objetivos, teleológica e sistematicamente albergados pelo ordenamento jurídico nessa matéria.

A fixação de princípios indissociáveis da tutela civil do patrimônio constitucional minerário é necessidade premente. Os valores acolhidos pelo ordenamento pátrio, através do estabelecimento dessa propriedade anômala, merecem a distinção jurídica digna da escolha exercida pelo constituinte originário.

Não se trata apenas da inevitável superação do paradigma civilista clássico, mas, sobretudo, da urgência de que se estabeleça um marco teórico que garanta a sistematização do conhecimento na área, evitando desvios erráticos, orientando o tratamento coerente da matéria e inspire novos estudos para o contínuo avanço dessa tutela protetiva.

Enquanto isso, aos operadores jurídicos será lícito buscar soluções em regramentos semelhantes ou com maior estabilidade doutrinária, o que, no caso dos recursos minerais, significa ou dar tratamento à matéria sob a perspectiva inadequada, ou, ainda, eminentemente civilista, gerando discrepâncias no plano da sua efetiva proteção.

Nesse diapasão, o trecho do Parecer AGU/ MF-2/95:

Na interpretação de um dispositivo constitucional, devem-se observar os princípios maiores do sistema jurídico adotado. Pelo princípio democrático, o poder deve ser exercido em nome e no interesse do povo. Os bens públicos devem ser utilizados tendo em vista o interesse público. Os recursos minerais, que, em última análise, pertencem ao

6 SERRA, Sílvia Helena. *A formação, os condicionamentos e a extinção dos direitos minerários*. Campinas, 2000. Dissertação (mestrado) Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências.

7 GOMES *apud* SERRA, 2000.

povo, devem ser explorados visando ao interesse nacional (§ 1º do artigo 176 da Constituição), para satisfazer as necessidades coletivas.

Com fulcro no princípio interpretativo da máxima efetividade ou eficiência da norma constitucional, a expressão recursos minerais deve ser sempre interpretada de modo a garantir a proteção mais ampla possível ao bem jurídico tutelado.

3 O BEM JURÍDICO LESADO NA ATIVIDADE DE LAVRA ILEGAL E A EXTENSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS

Antes de que se adentre no tema da efetiva proteção ao bem jurídico tutelado pela correta avaliação da extensão dos prejuízos ressarcíveis, há de se fazer considerações sobre a própria noção do que se entende por bem jurídico.

Em síntese, a dogmática clássica leciona que o bem jurídico equivale ao valor passível de ser objeto de direito, ou seja, de uma relação jurídica. Grosso modo, o conceito de bem enquanto valor está jungido ao caráter essencialmente instrumental que o liga ao sujeito da relação jurídica, ou seja, o bem é instrumento da satisfação de primordialidades do sujeito que o titulariza.

Difere o bem jurídico do interesse jurídico, que é o poder legal de que o titular está investido para exigir o objeto que titulariza.

Logo, os recursos minerais seriam bens jurídicos de natureza pública, basicamente, por pertencerem a uma pessoa jurídica de direito público. Some-se à questão da titularidade, o fato de que os recursos minerais são bens jurídicos de direito público qualificados como de interesse público, o que equivale a ostentar no texto constitucional que a titularidade da União sobre os recursos minerais excede ao parâmetro da relação jurídica estabelecida na propriedade privada; o poder de exigir o objeto que titulariza está balizado pelo interesse nacional.

A União, portanto, em que pese proprietária dos recursos minerais, não exerce os seus ordinários atributos de usar, gozar e dispor desses bens, pois não se prestam a satisfazer as suas necessidades enquanto Administração, mas “no interesse nacional”. De igual modo, seguindo a descrição legal inserta no artigo 99 do Código Civil, esses bens públicos, em que pese de interesse nacional, não são de uso comum do povo, não são de uso especial e tampouco são propriamente dominicais, ao contrário do que sustentam alguns juristas, haja vista encaixarem-se no conceito tão somente depois de algumas derrogações parciais, como bem ressaltado, mais uma vez, por Sílvia Helena Serra:

Segundo DI PIETRO, já se tem entendido que a função desses bens não é exclusivamente patrimonial, podendo apresentar a função de servir ao interesse geral. Este fato tem justificado, diz a autora, a submissão dos bens dominiais a um regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público.

A classificação, portanto, dos recursos minerais entre os bens de uso geral, de uso especial ou dominiais não tem qualquer utilidade prática, já que, ainda que os enquadrássemos entre uns ou outros, não teriam o regime jurídico comumente aplicado a estes bens, e uma série de ressalvas teriam que ser feitas. São, portanto, simplesmente bens públicos com regime jurídico próprio, devido às peculiaridades que carregam, como, por exemplo, passarem para a propriedade particular quando extraídos, já que a Constituição da República garante ao concessionário a propriedade do produto da lavra, em seu art. 176, caput; ou, ainda, por serem extremamente úteis à coletividade.

[...]

Mais importante, portanto, que encaixar os recursos minerais na classificação dos bens públicos é analisar suas peculiaridades, pois estas sim influenciarão o regime jurídico a eles aplicável.⁸

Disso tudo desponta que, malgrado todas as peculiaridades descritas, os recursos minerais são bens jurídicos titularizados pela União, que, como proprietária, daqueles se satisfaz na medida em que se prestam a realizar as suas necessidades econômico-sociais, sempre inspiradas pela realização do interesse nacional.

E, como consectário de toda essa bagagem conceitual, vem o dado elementar a esse direito de propriedade exercido pela União: garante a propriedade particular sobre o produto da lavra desses recursos minerais, sob a expressa condição a que se subordina, qual seja, de que se trate de ‘concessionário’. Concessionário, no contexto utilizado pelo texto constitucional, refere-se a todo aquele que cumpriu os requisitos legais e obteve formal a outorga do direito minerário correspondente, capaz de gerar o efeito de apropriação particular sobre o produto da lavra.

Nada mais justo, aliás, que os recursos minerais, dispostos tão desordenadamente pelo território de um Estado, fossem propriedade

8 SERRA, Sílvia Helena. *A formação, os condicionamentos e a extinção dos direitos minerários*. Campinas, 2000. Dissertação (mestrado) Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências.

de todos os seus cidadãos, representados pelo Estado, e não de apenas alguns afortunados particulares. Trata-se, primeiramente, de um fundamento distributivo.

Um segundo fundamento é relacionado ao desenvolvimento da atividade mineira. O Estado é proprietário das substâncias minerais para destinar a todos os cidadãos, de forma isonômica, a possibilidade de aproveitá-las economicamente, proporcionando a ação de empreendedores mineiros na busca por substâncias minerais inexploradas. Desta forma, o Estado outorga a atividade a quem a queira aproveitar, conservando a titularidade dos recursos minerais, estimulando-se, assim, o aproveitamento mineral por quem tenha condições técnicas e econômicas para realizá-lo.

Um terceiro e último fundamento da propriedade estatal dos recursos minerais é a melhor regulamentação da atividade. [...]. Sua propriedade não foi estabelecida no interesse precipuamente econômico, mas, antes, no interesse de se proteger a substância mineral, já que demasiadamente útil à sociedade, mas esgotável e distribuída de forma não equânime pela Natureza.⁹

Aliás, no aspecto da particularidade do regime atinente aos recursos minerais, Sílvia Helena Serra (*op.cit.*) enumera o que, segundo ela, seriam os princípios básicos do direito minerário:

- a) o da supremacia do interesse público sobre o privado (conforme definido pelo art. 176, § 1º, da Constituição);
- b) o do resultado global (projeto de engenharia mineral deve ser avaliado conjuntamente com os projetos ambiental, econômico e social. Somente mediante uma avaliação conjunta de todos eles é que o Poder Público poderá avaliar a viabilidade do empreendimento mineiro);
- c) da recuperação da área degradada (se na mineração a recuperação é uma exigência, a modificação do *status quo* ambiental seria uma necessidade);
- d) do conteúdo ético (tomando por fundamento o fato de que os recursos minerais pertencem à coletividade e de que não são renováveis, não podem ser desperdiçados, impondo-se ao minerador o melhor aproveitamento técnico do recurso mineral. Daí a necessidade da apresentação de um Plano de

9 SERRA, *op. cit.*

- Aproveitamento Econômico da Jazida - PAE, bem como o dever de seu estrito cumprimento);
- e) da destinação do bem ao uso geral (caracteriza-se por ser a função social do bem mineral, vedando-se desperdício, lucro abusivo, dentre outros aspectos).

Sendo assim, permito-me concluir que de todas as peculiaridades colhidas, os recursos minerais são bens jurídicos de direito público de natureza “sui generis”, qualificados pelo interesse nacional e titularizados pela União que, como proprietária, mediante certas condições legais e subordinativas, garante ao particular a apropriação dos produtos obtidos pela sua lavra.

São, ainda, elementos estratégicos ao desenvolvimento socioeconômico de um país, representam um verdadeiro conjunto de ativos da sociedade, tanto no presente quanto no futuro¹⁰.

Dessas considerações sobre a importância e complexidade da proteção legal dispensada aos recursos minerais, cabe perquirir qual o parâmetro pecuniário seria suficientemente adequado para a reparação do equilíbrio rompido pela usurpação do patrimônio minerário brasileiro, haja vista a impossibilidade física de sua reposição ao estado inicial.

No plano da responsabilidade civil é indiscutível a expansão doutrinária quanto aos prejuízos suscetíveis de reparação. Abriram-se as portas da reparação civil a uma vasta gama de lesões anteriormente consideradas irreparáveis.¹¹ Contudo, no plano da decidibilidade, da solução prática para a superação do conflito concretamente posto, torna-se complexo identificar a justa medida em que deve ser fixado o valor econômico decorrente desses prejuízos.

Embora não seja de fácil definição, o posicionar-se quantitativamente também é tarefa do operador jurídico, como recurso de equidade para a justa superação do prejuízo causado.

E os parâmetros que delineiam tais contornos quantitativos não se alcançam pelo mero exercício silogístico extraído a partir da literalidade de uma lei aplicável ao fato concreto. Ao contrário, a solução exsurge da compreensão do sistema jurídico constitucionalmente definido, nos quais se entranha o patrimônio minerário brasileiro. Somente pela exegese extraída de toda essa intrincada rede axiológica e hierarquizada de princípios e regras

10 MOTTA, Ronaldo Serôa da; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Recursos Minerais e Contabilidade Social. A Renda Sustentável da Extração Mineral no Brasil. *Textos para Discussão nº 231*. Agosto de 1991. IPEA.

11 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

subjacentes à matéria, será dado cumprimento aos objetivos que se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, no ordenamento jurídico¹²:

É por isso que dizemos que uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores, iluminados por elementos intrínsecos, como sejam o valor da norma e o valor dos interesses em conflito.¹³

Diante do desconhecimento das particularidades do direito minerário e, principalmente, de todo o conteúdo axiológico que subjaz à tutela jurídica do patrimônio mineral brasileiro, decorrem soluções com uma leitura bastante restritiva, sobretudo quanto à extensão dos prejuízos decorrentes da sua exploração ilegal.

Além da dificuldade de definir parâmetros condizentes e do desconhecimento das peculiaridades do direito minerário, não se pode olvidar o que já foi afirmado em capítulo anterior com relação a um certo desprezo quanto à estatura econômica dos prejuízos causados à União, que não é divisada como verdadeira vítima da grave ofensa em toda a extensão dos danos efetivamente causados, já que não exerce os típicos poderes definidos pela dogmática clássica.

E para que não se pense que a indignação carece de existência prática, cabe um exemplo colhido na realidade do exercício jurídico em matéria de reparação decorrente da lavra ilegalmente empreendida.

Houve um cobiçoso empresário da área de mineração que decidiu lavrar determinado recurso mineral, muito valorizado em determinado período e abundante em determinada área, desobedecendo, de forma consciente e deliberada, a todas as normas que deveria cumprir.

Como não cumpriu qualquer lei, não precisou desembolsar os investimentos que qualquer minerador que observa as regras deve, obrigatoriamente, despender para minorar os danos próprios da atividade. Lavrou, pois, o minério desairosamente, do jeito que queria. Como não precisou construir depósitos, pois era executor ilegal, despejou os rejeitos e estéreis que não interessavam ao empreendimento, em todo o espaço circundante cobrindo a vegetação rasteira. Como estavam em alta no

12 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

13 DAVID. Tiago Bitencourt de. O Que Ainda Nos Resta da Epieikeia de Aristóteles: Estudo Sobre Os Conceitos e Usos Clássicos e Contemporâneos de Equidade Jurídica. *Revista Jurídica Síntese*, n. 454, ago. 2015. Biblioteca Digital de Revistas.

mercado, comercializou os minérios usurpados por um alto preço. E, como dito, por não investir o que era devido por lei, o seu lucro foi exorbitante. Quanto ao preço praticado, apenas para simplificar o caso alçado a exemplo, digamos que foram vendidos por R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Por ocasião da fiscalização da área, o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM¹⁴, detectou de plano a atividade de lavra não autorizada. Adotou todas as medidas administrativas de estilo contra o minerador faltoso, e, diante das repercussões cíveis e penais decorrentes da atividade flagrada, comunicou o fato ao Ministério Público Federal, à Polícia Federal e à Advocacia-Geral da União.

A Advocacia-Geral da União, na sua esfera de atuação, buscou precipuamente a reparação decorrente da usurpação do bem que pertence à União Federal, por força dos artigos 20 e 176 da Constituição Federal, haja vista não ter se aperfeiçoado qualquer condição para que o usurpador se convertesse em proprietário do produto da lavra.

A título de reparação, a praxe, sempre atenta à extensão econômica do prejuízo, determina que se busque a indenização com parâmetros palpáveis: o volume usurpado, desde que dotado de valor comercial, pelo preço de mercado praticado. Assim, a União deduziu a pretensão de se ver indenizada pelo montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Por ocasião da sentença, entendeu o julgador que, sim, os recursos minerais são bens da União de acordo com a Constituição Federal. Entretanto, como a União não é mineradora e, portanto, os recursos minerais enterrados no subsolo de nada lhe servem na condição de proprietária; e, ainda, como a União pode impor sanções administrativas para apenar o desonesto, estas seriam suficientes para a tutela de seus interesses, não se aplicando as regras de direito civil de reparação em nome da retomada do *status quo ante*. Ao contrário, a União faria jus a uma espécie de compensação pecuniária a ser paga pelo usurpador com base na alíquota da CFEM¹⁵, conforme o percentual previsto em lei, no caso, 2% (dois por cento).

Com esse raciocínio, o magistrado, antes de aplicar o percentual que entendia devido com base na lei da CFEM, achou por bem descontar da base de cálculo os “custos de produção” gastos pelo usurpador, sob pena

14 O Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, é uma autarquia federal criada pela Lei 8.876/1994, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, e tem por finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração mineral e do aproveitamento dos recursos minerais no Brasil.

15 CFEM - Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais estabelecida pela Constituição de 1988, em seu Art. 20, § 1º, é devida aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da administração da União, como contraprestação pela utilização econômica dos recursos minerais em seus respectivos territórios. As alíquotas são aplicadas sobre o faturamento líquido e variam de acordo com a substância mineral explorada.

de ‘enriquecimento ilícito da União’. Pela ausência de dados do usurpador quanto aos gastos empreendidos para a exploração e mercancia dos recursos lavrados, definiu que a base de cálculo, por razões de equidade, seria fixada em 50% (cinquenta por cento) do valor de mercado praticado pelo usurpador. Assim, o valor da indenização seria de 2% (dois por cento) sobre R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). No dispositivo, o valor devido à União pela usuração dos bens de sua propriedade: R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Infelizmente, apenas os valores são fictícios.

Despiciendo falar que, sob a roupagem de aplicação da lei ao caso concreto, o julgador tornou excepcionalmente lucrativo lavar recursos minerais de modo ilegal. Como se não bastasse a utilização de conceitos jurídicos que não se relacionam diretamente ao aspecto patrimonial do minério exaurido, desnecessário também falar sobre os efeitos extrajurídicos nefastos de uma decisão como essa: um verdadeiro convite à ilicitude.

Mas, enquanto subsistirem fórmulas de solução baseadas em subsunção casuística e descompromissada de uma visão sistemática do ordenamento jurídico, também persistirão tais idiossincrasias, ao livre alvedrio de cada operador jurídico.

Aqui surge o cerne da questão. Quando a exploração¹⁶ de recursos minerais é praticada ao largo ou em detrimento da lei, qual seria o parâmetro de equidade para a responsabilização civil do minerador, pois:

muito embora os danos estejam ocorrendo, a responsabilização pelos danos parece não estar sendo devidamente implementada.

[...]

Não basta saber o que é certo: é necessário ter a certeza que não se ficará impune [...], pois a certeza da punição reprime e educa melhor que a gravidade da pena [...]. Todo o dano significativo implica em punição de seu causador.¹⁷

Como afirmado de início, o direito moderno, atento às novas demandas em sede de responsabilidade civil, não se tem descurado na busca de bases científicas já existentes no sistema jurídico brasileiro, hábeis ao enfrentamento da realidade com fundamentação sistemática.

16 Muito embora, tecnicamente, exploração e exploração sejam fases distintas do empreendimento mineral (pesquisa e lavra), como a Constituição Federal utiliza o termo exploração com sentido de exploração, aqui serão também utilizados como sinônimos.

17 FRANCO, Dmitri Montanar. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental na mineração*: aplicação das excludentes de responsabilidade. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências. Campinas, SP: [s.n.], 2007

Para tanto, devem ser utilizados parâmetros legais seguros e adequados ao caso concreto (não tarifados), com vistas a eliminar o dano ao patrimônio minerário, desmotivar a atividade ilícita e retornar, na medida do possível, ao “status quo ante” pela “restitutio in integrum”.

Ocorre que, paralelamente ao desenvolvimento dos estudos em matéria da responsabilidade civil, na prática haveria certo engessamento do paradigma ressarcitório, dificultando a efetiva recomposição particularizada dos prejuízos que não se encaixam nas indenizações tarifadas, que dominam no dia-a-dia do operador jurídico.¹⁸

Efeito disso é que acaba sendo privilegiada a prática do sopesamento consciente sobre as vantagens da ilegalidade, pois cometer o ato ilícito e efetuar o pagamento das indenizações correspondentes torna-se mais rentável do que seguir as regras, como ensina Pedro Ricardo e Serpa¹⁹, citando Vítor Fernandes Gonçalves:

a despeito de todos os inegáveis benefícios trazidos pelos desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, a conjugação de tais modificações com a manutenção do paradigma ressarcitório (pelo qual a indenização se limita tão somente à recomposição do patrimônio lesado) trouxe consequências negativas no que toca à prevenção de novos prejuízos e à moralização de condutas ilícitas.

[...]

A manutenção do paradigma ressarcitório possibilita que em determinadas hipóteses um agente possa se valer de sua posição de hipersuficiência para, de antemão, elaborar cálculos destinados à quantificação do montante dos prejuízos a serem impostos a terceiros em razão da consecução de uma atividade de risco ou da realização de um ato ilícito. Tal possibilidade permite que se calcule *ex ante* o valor das indenizações a serem suportadas, permitindo ao potencial ofensor sopesar o quantum indenizatório a ser eventualmente pago com os benefícios econômicos a serem extraídos do ilícito. Desse sopesamento, pode-se concluir conscientemente ser mais vantajoso (do ponto de

18 MARQUES, Carlos Alexandre. A reparação do dano e a dignidade humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11312>.

19 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011. fls.9-10.

vista econômico) cometer o ato ilícito e efetuar o pagamento das indenizações correspondentes do que respeitar a Lei e evitar prejuízos.

Antes de mais nada, há de se superar o entendimento de que o minério no subsolo, de nada aproveita à União, pelo que não seria possível definir o seu valor econômico sem a “contribuição” do usurpador pelas técnicas e meios de produção utilizados para a sua extração.

Ora, o direito garante ao titular da propriedade, a utilidade do bem que lhe pertence. No caso dos recursos minerais, à União, como titular constitucional do bem jurídico, é reservado o direito de definir as condições de eventual aproveitamento econômico. Se o bem pertence à União e o seu aproveitamento econômico não foi autorizado, não se implementou a condição *sine qua non* para que se consolidasse a propriedade dos produtos lavrados na forma do artigo 176 da Constituição Federal.

Nesse aspecto, não há como endossar o disparatado entendimento de que a proteção jurídica a essa propriedade diminui, que a União se torna menos proprietária e, por conseguinte, menos ofendida em seu direito quando o usurpador dela usufrui, pelo simples fato de não deter essa titular os meios de produção hábeis a transformá-la e dela gerar lucros.

Essa concepção é disparatada e ignora o axioma básico de que a propriedade mineral é instrumento de consecução de finalidades estatais, constitucionalmente delimitadas:

O empreendimento minerário não é assumido ou executado pelo Estado, que apenas

consente na posse de coisa sua (recursos minerais), e regulamenta e fiscaliza a atividade em observância dos princípios do conteúdo ético e da destinação do bem ao uso geral. [...] Assim, a atividade mineira deve ser considerada como atividade econômica de interesse geral, sendo atividade que conta com grande ingerência do Estado no sentido de fiscalizá-la e regulamentá-la, tendo-se em vista proporcionar à coletividade um resultado ótimo na disposição dos recursos minerais.²⁰

Como todos os bens possuem valor instrumental, na medida em que suprem determinadas necessidades de seu titular, ao se examinar o prejuízo causado pela usurpação mineral, todas essas “necessidades” constitucionais que determinaram a sua especial tutela e foram ofendidas, não podem ser olvidadas.

Isso não é tarefa fácil.

²⁰ SERRA, op. cit.

Em sua brilhante dissertação de mestrado, Silvano José Gomes Flumignan²¹, demonstra que no plano do resultado antijurídico há dois momentos distintos, ligados por um nexo de correlação: o dano-evento, entendido como a lesão ao interesse ou bem juridicamente tutelado, correlacionado ao dano-prejuízo, segundo momento de apuração sobre a incidência ou não do fenômeno da responsabilidade civil.

Afirma o jurista que somente se existir esse segundo momento (o dano-prejuízo) é que incide a pretensão ressarcitória, pois sem esse momento pode haver a configuração da responsabilidade penal ou da responsabilidade administrativa, mas da civil, jamais. Em contrapartida, se houver indenização fixada apenas com base no dano-evento, sem a ocorrência do prejuízo, estará consolidada a figura do enriquecimento sem causa.

Ainda segundo a lição de Silvano Flumignan, cabe conceituar o que se entende por prejuízo jurídico, ou seja, por “dano-prejuízo”. Se o objetivo da indenização é o de reparar o prejuízo sofrido pela vítima, seu conceito necessariamente perpassa pela noção de efetiva e desfavorável alteração da relação jurídica que estabelecida entre o titular lesado com o objeto que foi negativamente modificado por terceiro.

Partindo dessa premissa o jurista afirma que há quatro teorias básicas que fundamentam a pretensão ressarcitória do dano-prejuízo.

A primeira, denominada Teoria da Diferença, consiste na operação aritmética incidente sobre o patrimônio do titular, entre o patrimônio existente após o dano e o que existiria potencialmente caso o dano não tivesse ocorrido. A diminuição sempre ser entendida no sentido de efeito lesivo, diminuição do escopo ao qual se presta, e sempre suscetível de avaliação econômica. Se houver alteração vantajosa, nada haveria de ser ressarcido:

Com a noção de mera subtração abstrata do patrimônio sem o evento danoso e após a sua ocorrência, o que hoje se considera o modo mais eficaz de reparação do dano, a indenização pelo equivalente, não poderia ser aceita por parte da teoria da diferença, pois tal previsão seria o mesmo que admitir uma análise concreta e objetiva do prejuízo e não mais abstrata e hipotética. Como se pode perceber, a teoria da diferença não se coaduna com a noção de reparação na modalidade específica ou tutela específica. A indenização é eminentemente econômica.²²

21 FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-Evento e Dano-Prejuízo*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo, 2009.

22 *Ibidem*.

A segunda, a Teoria Objetiva, é aquela que se utiliza do valor objetivo, ou seja, do valor de mercado a que corresponda o bem lesado. Citando Adriano de Cupis, Silvano Flumignan afirma que, para alguns, a concepção desta Teoria equivale a uma mentalidade primitiva que não corresponde a noção jurídica de dano, pois não considera as variáveis determinantes de um mesmo fato e que podem levar a diferentes consequências. Para Silvano Flumignan, contudo, haveria mais uma objeção de ordem prática. Ao se adotar a concepção da Teoria Objetiva há o risco de nem sempre serem reparados os prejuízos efetivamente causados, pois o valor de mercado pode não guardar correspondência com o real valor daqueles.

A terceira é a Teoria da Concepção Subjetiva ou Real-Concreta e surgiu, exatamente, da insuficiência das duas teorias anteriormente descritas. O interessante nessa corrente é que, configurado o dano-evento pela simples violação objetiva do bem/interesse jurídico tutelado, o dano-prejuízo é avaliado a partir da alteração global no estado das coisas, e não a partir do bem abstratamente considerado. Desse modo, também se dirige o foco ao sujeito afetado pela alteração negativa, e, desta feita, o valor comercial é apenas um dos parâmetros que delineará a indenização:

Cabe ressaltar que a consideração das características concretas relacionadas ao sujeito e que servem como critério para se chegar no montante real do dano-prejuízo servem não somente para os danos patrimoniais, mas também para os não patrimoniais. É claro que nos prejuízos patrimoniais o valor comercial (concepção objetiva do dano) – e o preponderante, mas não o único critério. Ele será mais um dos parâmetros de fixação do prejuízo que baseará a indenização.

[...]

Ela é uma teoria subjetiva, porque se atenta a circunstâncias específicas relacionadas ao lesado e também é real-concreta, porque exige a observância dos fatores singulares do dano.

Maita Maria Naveira Zarra assevera que a inovação de Fernando Pantaleón Prieto é uma resposta aos problemas da teoria da diferença, basicamente na ampliação excessiva da “eficácia exoneradora dos cursos causais hipotéticos”

[...]

A autora conclui que o conceito de dano (dano-prejuízo), que além de subjetivo seja real concreto, faz com que o dano seja um fato concreto, da realidade. Somente com isso se pode chegar a um valor efetivo para a vítima.

[...]

Com isso, nada impede que o dano apurado seja superior ou até mesmo inferior àquele obtido com a análise meramente objetiva do valor de mercado, pode também, coincidir com aquele. O que importa é saber que o valor real e o valor de mercado são entidades distintas, pois os critérios para a sua aferição são distintos.²³

Por último, a Teoria da Concepção Subjetiva Pós-moderna ou Real-concreta Pós-moderna é aquela que contempla a abordagem sistemática dos danos coletivamente considerados. Estes, entendidos como a consequência prejudicial aos bens/interesses jurídicos de ordem coletiva, o que não se confunde com a simples soma dos danos individualmente considerados, constituindo modalidade de dano de consequências sociais.

Cabe aqui um destaque à teoria do ‘dano social’, expressão cunhada pelo jurista Antonio Junqueira de Azevedo, Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, recentemente falecido.

Antônio Junqueira de Azevedo não alargou o conteúdo da indenização, mas alargou o conceito de dano, com base no artigo 944 do Código Civil:

O artigo 944 do Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também [...] uma indenização pelo dano social. A ‘pena’ – agora entre aspas, porque no fundo é reposição à sociedade [...] Os danos sociais, em tese, poderiam ir para um fundo, como já acontece no caso dos danos ambientais [...] Todavia, [...] pensamos que a indenização por um dano social deve ser entregue à própria vítima que foi parte no processo²⁴

Afirmava o Professor Antônio Junqueira que, no tocante à responsabilidade civil por danos materiais, os artigos 402 a 404 do Código Civil tratam das perdas e danos, prevendo aqueles que são legitimados a

²³ FLUMIGNAN, op. cit.

²⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de Dano na responsabilidade civil*. Saraiva: São Paulo, 2010.

pleitear a correspondente indenização, englobando os danos emergentes ou danos positivos e também os lucros cessantes ou danos negativos, o que a pessoa razoavelmente deixou de lucrar. Para ele, os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida.

O dano social seria, pois, aquele que repercute socialmente, podendo gerar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial aos membros da coletividade, devido a um rebaixamento moral, uma perda de qualidade de vida. O dano social estaria caracterizado, por exemplo, nas condutas socialmente reprováveis, que fazem mal ao coletivo, movidas pelo intuito egoísta.

Digno de nota o que leciona Jorge Luiz Souto Maior, para quem o surgimento de todas essas teorias, por óbvio, não podem ser tidas como desprovidas de qualquer significação:

A sua relevância parte do reconhecimento de que uma sociedade, que se desenvolve nos padrões do capitalismo, para sobreviver, depende da eficácia das normas do Direito Social, pois esse é o seu projeto básico de desenvolvimento.

[...]

As pontes, as ruas, as estradas, os túneis, são construídos à custa do sacrifício dos direitos sociais. Como cidadão, é possível dizer: “isso é uma vergonha!”

[...]

Cumprir verificar que o próprio Direito Civil avançou no reconhecimento da situação de que vivemos em uma “sociedade de produção em massa”.

[...]

Atualmente, nos termos dos arts. 186 e 187 do Código Civil, aquele que, ultrapassando os limites impostos pelo fim econômico ou social, gera dano ou mesmo expõe o direito de outrem a um risco comete ato ilícito. O ilícito, portanto, se perfaz pela provocação de um dano a outrem, individualmente identificado, quanto pela desconsideração dos interesses sociais e econômicos, coletivamente considerados. Na ocorrência de dano de natureza social, surge, por óbvio, necessidade de

se apenas o autor do ilícito, para recuperar a eficácia do ordenamento, pois um ilícito não é mero inadimplemento contratual e o valor da indenização, conforme prevê o art. 944, do CC, mede-se pela extensão do dano, ou seja, considerando o seu aspecto individual ou social. Como já advertira Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, o efeito do ato ilícito é medido, igualmente, sob o prisma da integridade social.

Rompidas foram, pois, em termos de definição do ilícito e de sua reparação, as fronteiras do individualismo. No aspecto da reparação, o tema em questão atrai a aplicação do provimento jurisdicional denominado na experiência americana de *fluid recovery* ou ressarcimento fluído ou global.

[...]

O renomado autor italiano, Mauro Cappelletti, desde a década de 70 já preconiza essa necessária avaliação da realidade. Como diz o referido autor, “Atividades e relações se referem sempre mais frequentemente a categorias inteiras de indivíduos, e não a qualquer indivíduo, sobretudo.

[...]

Não se trata de uma atitude que visa enriquecer indevidamente o autor. Seu propósito é inibir a repetição do ilícito; anular o lucro obtido pelo réu com a atitude de agressão ao ordenamento; e fazer crer a todos os demais empregadores, concorrentes do réu, que o respeito à ordem jurídica não lhes representa um prejuízo concorrencial. O que se exige do juiz é que, diante do fato demonstrado, que repercute no interesse social, penalize o agressor para desestimulá-lo na repetição da prática e para compensar o benefício econômico já obtido. A medida corretiva, assim, vai desde a condenação ao pagamento de uma indenização adicional (ou suplementar), destinada ao autor da ação individual, em virtude da facilidade de implementação da medida, até a determinação de obrigações de fazer, voltadas a práticas de atos em benefício da comunidade.²⁵

Interessante notar que na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 274, prevendo que:

²⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. O Dano Social e sua Reparação. *Revista LTr*, v. 71, n. 11, 71-11/1317 nov. 2007.

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Disso se extrai, segundo o Professor Antonio Junqueira, que do mesmo modo que têm sido reconhecidos novos direitos da personalidade (além dos constantes da codificação privada) seria plenamente plausível a possibilidade da ocorrência de novos danos reparáveis.

Contemplando a existência do dano social, é importante ressaltar o que ficou estabelecido por ocasião da na V Jornada de Direito Civil do C/JF/STJ, quando aprovado o enunciado 455, segundo o qual:

a expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Algumas decisões já se utilizaram da doutrina do dano social, a exemplo das Turmas Recursais do Estado do Rio Grande do Sul, cujo excerto da decisão de 12 de julho de 2007, do Recurso Cível nº 71001281054, de relatoria do Desembargador Ricardo Torres Hermann, segue abaixo transcrito.

[...]

1. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.
2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.
3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de

quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.

4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso especial processo nº741868/GO, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, também enfrentou o novel instituto do “dano social”:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSUMIDOR. DANO SOCIAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na alínea a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra julgado da Primeira Turma Julgadora Mista da 7ª Região do Tribunal de Justiça de Goiás, que decidiu: “APELAÇÃO CÍVEL [RECURSO]. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. CONDUTA CAUSADORA DE DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO SEGUNDO PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANO PUNITIVO. POSSIBILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO. NORMA PROIBITIVA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INSTITUIÇÃO DE CARÁTER SOCIAL BENEFICIÁRIA DE PARTE DO VALOR. Pretensão indenizatória oriunda de constrangimentos passados por consumidores de serviço de telefonia móvel como o cancelamento do número da linha, sem possibilidade de portabilidade e migração. Não pode o judiciário compactuar com a conduta levada a efeito pelos prepostos da ré, posto que, empresas que atuam por concessão do poder público tem o dever jurídico de prestar

suas atividades essenciais com eficiência, atenção e consideração no trato para os cidadãos. Não há um critério legal fechado, menos ainda tarifado, para fixação do valor compensatório do dano moral. Devem, então, ser observados os critérios doutrinários e jurisprudenciais norteadores dessa fixação. O valor arbitrado não deve tornar a indenização por dano moral fonte de enriquecimento sem causa para o autor da ação, mas apenas a justa medida da compensação da dor pelo ocorrido. Outrossim, deve-se ater, na tarefa de arbitramento de um justo valor compensatório, para o viés de punição ao infrator, capaz de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato ilícito, tudo visando resguardar que empresas como a executada mudem de postura, coibindo a reiteração de condutas lesivas, que desrespeitam os direitos dos consumidores e representam o chamado dano social. Por tal razão, buscando equilibrar todos esses elementos, pode o julgador destinar parte do valor da condenação à instituição pública de caráter social. Recurso parcialmente provido, para reformar parcialmente a sentença, declarando rescindido o contrato de prestação de serviços firmados pelas partes. Mantida, no mais, a sentença” (fl. 82).

2. A Recorrente alega que a Turma Recursal teria contrariado o inc. XXXIX do art. 5º da Constituição da República. Argumenta que: “não existe qualquer dispositivo processual que autorize o douto Magistrado a impor a referida ‘indenização social’, por mais que a justifique com base no sistema protetivo à relação de consumo e aos consumidores. Ora, o próprio Código de Defesa do Consumidor não previu indenização a esse título” (fl. 103). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste à Agravante. O Juiz Relator na Primeira Turma Julgadora afirmou: “o ‘quantum’ indenizatório do dano moral vem se mantendo num patamar que não provoque no beneficiário acréscimo substancial de patrimônio e, assim permanecendo, não serve de incentivo às empresas para adoção de medidas que impliquem melhoria dos produtos e serviços. A condenação punitiva viria, então, em complemento àquela indenização concedida à vítima em particular, em observância à repercussão social daquele comportamento negligente do fornecedor. A juíza prolatora da sentença atacada fundamentou com maestria a medida, não merecendo qualquer reparo, seja para diminuição do valor, seja para sua supressão, seja para aumentar a indenização da vítima. Transcrevo trecho da fundamentação: ‘[...] De outro lado, de forma indireta a finalidade dessa pena privada, de

que estou tratando, também terá reflexos sobre outras empresas do mesmo ramo que insistem em manter na sua planilha de custos e benefícios a infringência aos direitos dos consumidores como fator multiplicador de suas riquezas. O art. 883, parágrafo único do Código Civil, preceitua que ‘no caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz’. O dispositivo está inserido no capítulo do pagamento indevido de forma a justificar que eventual pagamento feito nessas condições poderá ter uma destinação social. Ora, interpretando-se teleologicamente a norma, tenho que em se tratando de punição ao chamado dano social o benefício deve vir em prol da mesma sociedade afetada. Assim, o valor a ser fixado pode ser revertido tanto para um dos Fundos existentes no município que têm cunho social ou mesmo de forma direta para uma entidade com o mesmo escopo. Para concluir, o dispositivo invocado é norma de ordem pública e por tal motivo independe de qualquer pedido para sua apreciação e aplicação e ofício” (fls. 87-88 – grifos nossos). Decidir de modo diverso do que assentado nas instâncias precedentes dependeria da análise prévia de legislação infraconstitucional aplicada à espécie (Código de Processo Civil e Código de Defesa do Consumidor). Assim, a alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. JULGADO RECORRIDO FUNDAMENTADO EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE 721.495-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 1.2.2013). Nada há a prover quanto às alegações da Recorrente. 4. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2013. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora

Interessante ressaltar da decisão acima transcrita, o fato de que se determinou que o “quantum” indenizatório fosse objeto de arbitramento para atender a expressa declaração de função punitiva, subjacente à reparatória,

tudo visando resguardar que empresas [...] mudem de postura, coibindo a reiteração de condutas lesivas, que desrespeitam os direitos.

Para o jurista Diogo Naves Mendonça, é muito comum encontrar na jurisprudência a utilização de critérios como o grau de culpa do ofensor, a sua situação econômica, o contexto em que foi provocada a lesão e a repercussão da ofensa, denotando claramente uma lógica econômica voltada à dissuasão. Ele avalia que, principalmente o Superior Tribunal de Justiça, vale-se da expressão “desestímulo” quando enfrenta a quantificação de indenizações, sem, contudo, assimilar um instrumento capaz de viabilizar e controlar a realização da função dissuasória. E conclui, de forma irretorquível, que para atingir tal desiderato, o julgador se utiliza de noções de equidade, razoabilidade, bom senso e, também de modo vago, à impossibilidade de enriquecimento sem causa, o que é nítido sinal de que o desestímulo acaba fundado em elementos de intuição do julgador:

A Análise Econômica da Responsabilidade Civil oferece ferramentas voltadas a evitar saídas desse tipo na estimação do montante indenizatório. Assumindo-se a premissa de que a responsabilidade civil serve de instrumento à realização de fins socialmente desejáveis, torna-se recomendável a fixação de indenizações extraordinárias, não apenas para maior (indenizações sobreordinárias), mas também para menor (indenizações subordinárias). Quanto às últimas, pode-se citar o exemplo do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que permite ao juiz reduzir a indenização quando há desproporção entre a culpa ao dano. Quanto às primeiras, o grande desafio está em saber quando se apresenta recomendável a fixação de uma indenização punitiva. E, nesse ponto, a Análise Econômica da Responsabilidade Civil tem muito a contribuir, sempre a partir da preocupação em promover a redução ótima dos eventos danosos. É muito comum encontrarmos nos livros de responsabilidade civil a afirmação de que a indenização deve permitir que se retorne ao “statu quo ante”. Pois bem, a Análise Econômica demonstra que, em determinadas situações, a quantificação da indenização deve fazer com que não apenas a vítima retorne ao estado anterior, mas também o lesante. E, para isso, pode ser necessária a fixação de indenizações punitivas. As indenizações punitivas servem precisamente para afastar determinadas condutas oportunistas, forçando a que o próprio lesante volte ao estado anterior ao dano, através da retirada de todo e qualquer benefício que ele esperava obter com a ação lesiva. Em última análise, é preciso evitar que a causação do dano seja mais vantajosa do que o seu impedimento. Essa é a lógica econômica das indenizações punitivas.²⁶

26 MENDONÇA, Diogo Naves Mendonça. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e a sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012.

Também sobre esse aspecto, assim se posiciona a jurista Maria Cândida do Amaral:

O Código Civil brasileiro de 1916 seguiu a tradição francesa e não consagrou uma cláusula genérica de vedação do enriquecimento sem causa, limitando-se a regular alguns casos específicos de enriquecimento sem causa como a repetição do indébito. Em assim se posicionando, o direito brasileiro, de certa forma, encurtou o campo de aplicação do enriquecimento sem causa, como princípio geral de Direito. A doutrina e jurisprudência todavia contemplaram o enriquecimento sem causa como fonte de direito para aplicação em situações específicas.

[...]

O Código Civil de 2002, por sua vez, veio a alterar esse quadro revelando a influência do direito germânico, italiano e português.

[...]

O artigo 884 ao dispor que ‘Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários’, acaba por positivizar o princípio de direito que condena o enriquecimento sem causa às custas do patrimônio alheio. Em assim procedendo, o direito brasileiro acompanhou a tendência das codificações modernas abrindo espaço para a consagração de uma cláusula geral que acolhe o enriquecimento sem causa. Esta inserção do enriquecimento sem causa no novo Código Civil foi muito louvada pela doutrina, ademais porque foi feita por meio de uma cláusula geral cuja finalidade é trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado ‘válvula para exigências ético-sociais’. Assim permite-se que a evolução da sociedade seja acompanhada pelo direito porque confere ao intérprete e ao aplicador da lei uma maior flexibilidade para adaptar a norma às situações de fato.²⁷

Abra-se também um parêntesis sobre complexa questão do instituto do enriquecimento ilícito como fenômeno inexplorado e independente da responsabilidade civil. Inclusive, muitos juristas já criticaram a inclusão do

27 KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, 2005.

dano como elemento essencial da ilicitude, uma vez que ilicitude significa transgressão à ordem jurídica e o dano, por sua vez, seria a consequência da transgressão à ordem jurídica. A crítica seria de que uma leitura literal do artigo 186 do Código Civil sugere a ideia de que a ilicitude estaria necessariamente atrelada ao resultado danoso. Para alguns doutrinadores essa interpretação estaria mitigando a possibilidade da “punição” civil do infrator quando da prática de ato ilícito que não gera prejuízos quantificáveis à vítima (dano real *versus* dano patrimonial, este último no sentido de dano ao patrimônio tutelado pelo ordenamento jurídico:

Uma coisa é a morte da vítima, as fracturas, as lesões que ela sofreu (dano real); outra, as despesas com médicos, com internamento; o funeral, os lucros que o sinistrado deixou de obter em virtude da doença ou da incapacidade, os prejuízos que a falta da vítima causou aos seus parentes (dano patrimonial).²⁸

A moderna doutrina tem procurado – ainda sem êxito – separar com clareza os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, tudo com vistas a privilegiar melhor técnica. Para o Professor Giovanne Ettore Nanni²⁹, o enriquecimento sem causa possui um caráter dúplice, como fonte obrigacional, quando dá ensejo à interposição da ação de enriquecimento, e como princípio corretivo.

É bom esclarecer que o Código Civil de 1916 não tratava expressamente da matéria do enriquecimento ilícito como fonte de obrigações. Isso porque Clóvis Bevilácqua, autor em 1899 do anteprojeto que originou o Código Civil de 1916, pensava ser desnecessário regrar o tema de forma específica, eis que o direito e a equidade poderiam plenamente se satisfazer sem a criação de mais essa figura de causa geradora de obrigação. Para ele, a pretensão de enriquecimento atuaria na esfera do enriquecido, ao passo que na responsabilidade civil a preocupação é com a reposição ao estado anterior do patrimônio do lesado.

Nesse diapasão, quando o artigo 884 do Código Civil cria a obrigação genérica de restituir o benefício obtido sem justa causa à custa de outrem adere a esse escopo mais aberto e flexível do enriquecimento ilícito. Seria preciso averiguar em que medida a vantagem foi obtida em detrimento de bens jurídicos alheios e em que medida esta vantagem defluiu do próprio patrimônio do enriquecido e de seus esforços particulares.

28 VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598.

29 NANNI, Giovanne Ettore. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/enriquecimento-sem-causa/7888>>.

Para Vieira Gomes³⁰, com vistas a satisfazer melhor as finalidades do instituto do enriquecimento sem causa, seria de bom alvitre a introdução de um novo elemento de análise: a boa ou má-fé do enriquecido.

Destarte, o enriquecimento sem causa teria um aspecto muito mais elástico do que mera fonte obrigacional, sendo um princípio informador de todo o direito obrigacional, como ocorre, por exemplo, na fixação das indenizações. Desse modo, o enriquecimento ilícito influenciaria qualquer relação obrigacional na condição de cláusula geral. Mas disso não se tratará nesta ocasião.

O que importa de todas essas discussões doutrinárias é a riqueza de debates sobre as funções decorrentes da norma geral em matéria de responsabilidade civil, inserta no caput do artigo 944 do Código Civil, ao fixar que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Regra geral, a indenização não desempenharia função punitiva, devendo corresponder ao efetivo prejuízo provocado. Porém, cada vez com maior força, dentre os danos reparáveis de nova geração, encontramos os denominados “punitive damages”.

Essa doutrina de inspiração anglo-saxônica sugere que o *quantum* indenizatório deveria abranger também a punição do causador do dano. Nesse aspecto, modernamente poder-se-ia falar em três funções da responsabilidade civil: a reparadora, a punitiva e a preventiva.

Muito embora haja muitas ressalvas na doutrina e na jurisprudência brasileiras quanto à natureza punitiva da indenização, na IV Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado n. 379, prevendo que: *O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.*

No direito comparado, em interessante ensaio denominado *What Kinds of Punitive Damages May Be Awarded for Willful Trespass to Minerals?* elaborado por Jeff A. Woods com a colaboração dos alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Kentucky, consta uma análise sobre os critérios indenizatórios utilizados pelos tribunais de diversos estados norte-americanos para a reparação decorrente da usurpação mineral, bem como a utilização da função punitiva nessa matéria:

As the harsh rule penalizes the willful trespasser by not allowing deduction of his expenditures, it takes on a punitive nature. That is, it not only forces the trespasser to disgorge profits – which is accomplished by the innocent trespass measure of sales less expenses – but forces the trespasser to pay over the full sales value after having

30 GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Coimbra, 1998.

already paid all the costs of getting the mineral to a sale. To the extent that the willful trespass measure is punitive in nature, an additional award of punitive damages on top of the penalizing “compensatory” damages would seem redundant in most cases.

The harsh rule not only forces the willful trespasser to essentially pay his mining and production expenses twice, but also represents a windfall to the typical owner who could not have expected to receive more than a royalty value, or if he were in a position to produce the mineral himself, not more than a net profit. Most jurisdictions explicitly recognize the punitive nature of the harsh measure of damages, as addressed in the state-by-state survey below, but at least one jurisdiction (Texas) has refused to treat the harsh rule as punitive.

Issues to consider in response to a willful trespass claim that seeks damages for the full sale value of the mineral and/or punitive damages include (1) when and how to challenge a claim for both full mineral value and traditional punitive damages; and (2) whether and when to challenge a claim for full sales value of the mineral as exceeding the constitutional due process limitations for punitive damage awards. Imposing punitive damages in addition to the traditional damage measure for willful trespass is arguably duplicative, and therefore assertions that punitive damages should be denied as a matter of law may be affirmative defenses to be raised at the time of the Answer or in motions to dismiss for failure to state a claim. In some jurisdictions, such issues may not be raised until the time of the jury instruction conference. The timing of a constitutional due process defense to the willful trespass measure may also vary from jurisdiction to jurisdiction, and the procedure for same is beyond to scope of this chapter.

[...]

Punitive damages are definitely available for willful trespass claims, despite what they may be called in a given jurisdiction. Because awarding the full sales value of the mineral as damages is punitive itself, virtually all jurisdictions authorize awards of damages that are penalizing, punitive, and exemplary in nature for willful trespass to minerals. What is much less certain is which jurisdictions would allow traditional punitive damages in addition to those willful trespass awards. Certainly several have suggested or even insisted not (including Alaska, Arkansas, California, Illinois, Kentucky, Ohio, Oklahoma, and

Pennsylvania), while others have suggested they might (including Indiana and Maryland), and one (Texas) has actually done so. Even more uncertain is whether willful trespass awards alone, or traditional punitive damage awards in addition to willful trespass awards, can be successfully challenged under relatively new due process standards emanating from the Supreme Court. Answers to these questions must remain open for future discourse.³¹

Dessa longa exposição de conceitos doutrinários e teorias jurídicas, pergunto-me, se os critérios atualmente adotados para aquilatar a extensão do prejuízo oriundo da exploração ilegal de recursos minerais não estariam privilegiando uma visão tarifada e limitada da indenização cabível, com base em parâmetros econômico-geológicos, que têm a sua finalidade própria, mas não necessariamente oferecem critérios jurídicos seguros para a reparação dos prejuízos à relação jurídica entre o titular e o bem, rompida indevida e definitivamente.

Se é fato que a indenização visa à integral reparação do dano, também é fato que diante de todo o arcabouço normativo que rege a matéria, não há sentido de que os prejuízos causados a esses bens gozem de tutela tão limitada.

Não se descurando da premissa de que essas novas bases teóricas, a pretexto de realizarem a justiça, não podem desconsiderar ou violentar o direito positivado, não se pode fechar os olhos ao ambiente propício para a (re) discussão das bases indenizatórias cabíveis para a tutela daqueles interesses cujos prejuízos excedem os limites comumente observados pelo critério objetivo-econômico.

Diante do caso concreto e particularmente considerado, entende-se que a União dispõe de meios jurídicos hábeis a demonstrar que o prejuízo à integridade do seu patrimônio minerário, rígida e constitucionalmente tutelado, excede em muito a equivalência pelo lucro líquido obtido ilicitamente pelo infrator, ainda que seja necessário recorrer ao arbitramento do valor devido.

4 CONCLUSÃO

Em reportagem intitulada ‘Conjunto de falhas’ apontadas como causa do rompimento da barragem de Mariana³², a jornalista afirma que apesar de ser bem técnico e evasivo, o especialista Norbert Morgenstern explicou que devido à uma “sequencias de eventos” acabou provocando o rompimento da barragem em Mariana.

31 WOODS, Jeff A. *What Kinds of Punitive Damages May Be Awarded for Willful Trespass to Minerals?* Disponível em: <http://www.emlf.org/clientuploads/directory/whitepaper/Woods_08.pdf>.

32 Publicada em 29 de agosto de 2016 por Lauren Bessa. Disponível em: <<http://www.eshoje.jor.br/>>.

De acordo com o estudo, a liquefação do fluxo fluido de rejeitos de minério acabou aumentando o nível de saturação da barragem, não conseguindo manter o contingenciamento. “Uma alteração no projeto trouxe um aumento na saturação que introduziu o potencial para liquefação. Como resultado de vários desenvolvimentos, as lamas foram depositadas em áreas não previstas, na ombreira esquerda da barragem e o alinhamento do maciço foi recuado da sua localização originalmente planejada. Como resultado desse recuo, existiam lamas abaixo do maciço que foram sujeitas ao carregamento que seu alteamento impôs. Isso iniciou um mecanismo de extrusão das lamas e dragagem das areias das partes altas do maciço. Com apenas um pequeno incremento adicional de carga produzido pelos abalos sísmicos, o gatilho da liquefação foi acelerado e iniciou o fluxo de rejeitos”.

Segundo o estudo, as falhas que desencadearam até o rompimento da barragem, iniciou em 2008, com os defeitos na construção dos drenos de fundo, que danificou o conceito original da obra. Apesar de ter havido a revisão do projeto em 2010, ampliou o nível saturação das paredes da barragem, o que também aumentou o processo de liquefação da areia.

Contudo, um novo incidente ocorreu no local, entre os anos de 2011 e 2012, durante as obras, houve o vazamento de lama, fazendo com que elas se depositassem em áreas onde não estavam previstas para a sua disposição. Ainda em 2012, uma “ombreira” foi colocada para separar os rejeitos, entretanto, a do lado esquerdo foi considerada “deficiente e incapaz de suportar a carga sobreposta”, ou seja, o maciço acabou ficando em cima da lama.

No Relatório Final ³³ da Comissão Externa da Câmara dos Deputados sobre o rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana/MG, é asseverado que a mineração de ferro ainda é indispensável na vida atual, mas deve, como qualquer outra atividade produtiva, considerar a responsabilidade socioambiental das empresas no mesmo nível dos lucros.

A expositora Maria Dalce Ricas sugeriu que a Câmara dos Deputados instituisse uma comissão permanente, composta por Parlamentares comprometidos com o bem público, a proteção do meio ambiente e a segurança das atividades econômicas necessárias ao País,

³³ Os dados desta Introdução foram retirados do Relatório: avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da Barragem de Fundão em Mariana-MG, fev/2016, do Grupo da Força-Tarefa instituída pelo Decreto Estadual (MG) nº 46.892/2015, bem como do noticiário veiculado na mídia, em especial, nos seguintes sítios eletrônicos: <<http://www.em.com.br>; www.otempo.com.br>; hojeemdia.com.br; g1.globo.com.br; <<http://www.folha.uol.com.br>> e <<http://www.estadao.com.br>>.

para acompanhar a aplicação dos recursos e das multas aplicadas à Samarco para a recuperação da bacia, impedindo que sejam desviados, como é comum acontecer. Essa comissão seria também uma instância de recorrência da sociedade contra as atividades econômicas a qualquer custo, além de não deixar que a sociedade esquecesse a tragédia, como ocorreu na região serrana do Rio de Janeiro.

No Relatório, o DNPM fez questão de deixar consignado que hoje, no Brasil, são dez mil concessões de lavra de todos os bens minerais e trinta mil alvarás de pesquisa. Os números mostram que o Brasil é um país minerador, sendo indispensável que se exija do empreendedor boas práticas e sustentabilidade, tendo em vista as consequências da atividade de mineração.

Em acréscimo, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ressaltou a gravidade das práticas existentes no local onde ocorreu a tragédia:

A situação é muito grave, pois existem aproximadamente 10 milhões m³ depositados no fundo da barragem de Santarém com potencial de se deslocar até os cursos d'água. A Samarco vem adotando algumas medidas de reforço e reestruturação da barragem de Santarém e construiu três diques a jusante dela, com a intenção de conter a lama que continua a passar pelo extravasor. Só que a conclusão dos técnicos do MPMG é a de que esses diques não estão sendo suficientes para conter a lama, foram feitos de forma extremamente precária e sem obediência às normas técnicas pertinentes. Segundo o laudo pericial, os diques S1, S2 e S3 não passam de um aglomerado de pedras britadas, sem estrutura armada, dispostas aleatoriamente, sem promover o barramento ou a contenção dos rejeitos provenientes de montante. Não é possível identificar a presença de estruturas hidráulicas, tais como vertedouro e descarga de fundo, nem mesmo a existência de drenos e filtros internos. Os rejeitos passam pelas referidas estruturas e não são contidos, pois o corpo hídrico a jusante permanece com a coloração marrom-avermelhada, com característica de rejeitos.

Apesar de não se tratar diretamente de caso de lavra ilegal, a tragédia de Mariana/MG é pedagógica no sentido da necessidade de maior rigidez no controle da atividade minerária no país, bem como na inibição das corriqueiras ilegalidades. O ato predatório, paralelamente ao dano causado em detrimento desse importante patrimônio público do povo brasileiro, pode acarretar outros prejuízos incomensuráveis ao meio ambiente e à qualidade de vida da população.

A pretensão da União nessas ações indenizatórias passa muito distante do viés arrecadatório, como alguns teimam em insinuar. A busca pela reparação, parametrada no valor econômico do minério usurpado é apenas uma das facetas teleológicas defendidas pela União nessa espécie de ação.

Se a nova ordem econômica mundial provocou revolução profunda no setor mineral, estimulando os países a revisarem, em substância, seus marcos legais, de forma a instrumentalizar o dever estatal de assegurar a máxima utilização dos recursos, mediante todos os meios ao seu alcance para evitar a destruição ou o mau uso das riquezas do subsolo, não há que se privilegiar exegese que limite a consecução dessa finalidade precípua.

Se não mais prospera a visão inocente de que o usurpador age por questões de ignorância ou rudimento, há de lhe ser imposto o tratamento adequado a todo aquele que vulnera os valores mais caros da sociedade, em busca do lucro fácil.

Nesse passo, a reparação civil vai diretamente ao cerne do que mais temem os usurpadores: a expressiva perda de qualquer proveito financeiro.

Os meios jurídicos são vastos e as discussões doutrinárias revelam um ambiente profícuo para o aprofundamento das teses sobre a matéria proposta. E, nesse aspecto, a Constituição precisa ser aplicada – também pelo viés reparatório – para que possa, de fato, cumprir o seu papel de fomento econômico, controle regulatório e de responsabilidade social no tocante a atividade de mineração do Brasil.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de Dano na responsabilidade civil*. Saraiva: São Paulo, 2010

CAPANEMA, Carolina Marotta. *A natureza política das Minas: mineração, sociedade e ambiente no século XVIII*. 2013.Tese (Doutorado)- Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas.

DAVID. Tiago Bitencourt de. O Que Ainda Nos Resta da Epieikeia de Aristóteles: Estudo Sobre Os Conceitos e Usos Clássicos e Contemporâneos de Equidade Jurídica. *Revista Jurídica Síntese*, n. 454, ago. 2015.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes Flumignan. *Dano-Evento e Dano-Prejuízo*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo, 2009.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. Biblioteca Digital de Revistas.

FRANCO, Dmitri Montanar. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental na mineração: aplicação das excludentes de responsabilidade*. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências. Campinas, SP: [s.n.], 2007.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Coimbra, 1998.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, 2005.

LIMA, Paulo César Ribeiro. *Alterações no Direito Minerário Brasileiro*. Estudo de agosto 2007, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema16/2007_8747.pdf>.

MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. O Dano Social e sua Reparação. *Revista LTr*; v. 71, n. 11, p. 71-11/1317, nov. 2007.

MENDONÇA, Diogo Naves Mendonça. Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e a sua quantificação, São Paulo: Atlas. 2012. MARQUES, Carlos Alexandre. A reparação do dano e a dignidade humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11312>.

MOTTA, Ronaldo Serôa da; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Recursos Minerais e Contabilidade Social. *A Renda Sustentável da Extração Mineral no Brasil*. Textos para Discussão nº 231. Agosto de 1991. IPEA.

NANNI, Giovanne Ettore. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/enriquecimento-sem-causa/7888>>.

SERRA, Silvia Helena. *A formação, os condicionamentos e a extinção dos direitos minerários*. Campinas, 2000. Dissertação (mestrado) Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências.

SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598.

WOODS, Jeff A. What Kinds of Punitive Damages May Be Awarded for Willful Trespass to Minerals? Disponível em: <http://www.emlf.org/clientuploads/directory/whitepaper/Woods_08.pdf> Publicada em 29 de agosto de 2016 por Lauren Bessa no <<http://www.eshoje.jor.br/>>.

