

Quantificação dos Danos Ambientais Pela Perspectiva do Fenômeno da Ilícitude Lucrativa:

Explicação Técnica Para o CNJ.

PEDRO RUBIM BORGES FORTES¹

O CNJ realiza no ano de 2022 uma consulta pública para debater parâmetros de quantificação dos danos ambientais. O objetivo é a mensuração e a fixação de valores das decisões condenatórias com base em critérios científicos para assegurar a esmerada reparação ambiental. Conforme o edital de convocação da comunidade científica, trata-se de danos ambientais sobre bens difusos de difícil valoração, sendo necessário considerar o “impacto desse dano no aquecimento global, os danos difusos a povos e comunidades atingidos e o efeito dissuasório às externalidades ambientais causadas pela atividade poluidora e emissora de gases de efeito estufa”. Pretende-se dar cumprimento aos princípios da reparação integral, do poluidor-pagador e da solidariedade intergeracional. Além disso, o edital indica alguns critérios de tarifação do custo que tem sido adotados no Brasil e no exterior – como a estimativa do IBAMA de que o valor do hectare indenizável para cada hectare de área de floresta desmatada da Amazônia deveria ser de R\$ 10.742,00 (dez mil, setecentos e quarenta e dois reais).

O escopo do edital de convocação foi amplo, sendo certo que a presente nota técnica possui objeto limitado a alguns pontos suscitados pelo CNJ, a saber, levantamento de parâmetros, metodologias e boas práticas para quantificação do dano ambiental. Explica-se: a *expertise* do autor da nota técnica foi desenvolvida a partir da experiência e do estudo da quantificação de danos morais coletivos pela perspectiva do fenômeno da ilícitude lucrativa. Ao longo dos últimos anos, o autor da nota técnica tem sido chamado a elaborar trabalhos acadêmicos e apresentações sobre a quantificação dos danos morais coletivos, tendo sido convidado para discutir parâmetros, metodologias e boas práticas em eventos organizados pelos Ministérios Públicos do Estado do Rio de Janeiro, do Estado de Minas Gerais e do Estado do Rio Grande do Sul.² Nesse sentido, diante da constatação de que as reflexões sobre os

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes (UCAM) e Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ).

² No dia 17 de maio de 2019, foi proferida a palestra “A Quantificação dos Danos Morais Coletivos” no “Congresso de Responsabilidade Civil Ambiental” organizado pela Associação Mineira do Ministério Público (AMMP) e pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). No dia 21 de outubro de 2022, a palestra “A Quantificação do Dano Moral Coletivo: Fundamentos, Técnicas e Exemplos Práticos” foi proferida na Webconferência “Dano Moral Coletivo na Defesa do Consumidor” organizada

parâmetros, metodologias e boas práticas têm sido úteis para o Ministério Público, o autor da nota técnica resolveu responder ao edital de convocação do CNJ para contribuir com uma explicação sucinta sobre como a questão deve ser enfrentada a partir da perspectiva do fenômeno da ilicitude lucrativa.

Em primeiro lugar, deve ser salientado que a quantificação de danos morais coletivos deve ser fixada de modo ótimo, isto é, sob medida para que seja obtido um efeito dissuasório adequado.³ Por um lado, se a quantificação dos danos morais coletivos for excessiva, tal excesso de valor fixado terá efeitos negativos para a sociedade, vindo a inibir comportamentos que não seriam necessariamente lesivos ou nocivos, já que pessoas e empresas poderiam desenvolver uma postura excessiva de inibição devido à sua aversão ao risco de serem condenadas ao pagamento de valores altos de condenação. Particularmente no caso das empresas, eventuais condenações excessivas serão internalizadas como custos adicionais e repassados para os acionistas e/ou consumidores, de modo a trazer prejuízo para o mercado investidor e/ou mercado consumidor. Tal é a preciosa lição apresentada em artigo clássico com a análise econômica da quantificação dos danos punitivos nos Estados Unidos, conforme o magistério dos Professores Mitchell Polinsky da Universidade de Stanford e Steven Shavell da Universidade de Harvard.⁴

Por outro lado, se a quantificação dos danos morais coletivos for insuficiente, a inexistência da sanção devida também terá efeitos negativos para a sociedade, já que pessoas e empresas teriam incentivos econômicos para não desenvolver uma postura responsável de cautela devido à sua aceitação do risco de serem condenadas pela transgressão coletiva ao pagamento de valores inferiores de condenação. Trata-se justamente do cenário em que emerge o fenômeno da ilicitude lucrativa, ou seja, em que existe uma dissuasão imperfeita, já que as empresas possuem incentivos econômicos para tornar a cometer transgressões coletivas e, assim, são estimuladas a violar a lei devido aos lucros que podem vir a obter em decorrência

pelo CEAF e pelo CAO Consumidor do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Veja <https://www.youtube.com/watch?v=ZQ7SC0DTJ7s>

³ FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. A insustentável leveza do ser? A quantificação do dano moral coletivo sob a perspectiva do fenômeno da ilicitude lucrativa e o 'caso Dieselgate'. **Revista IBERC**, v. 2, n. 3, 2019.

⁴ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: An economic analysis. **Harv. L. Rev.**, v. 111, p. 869, 1997.

de sua conduta ilícita.⁵ Em outras palavras, considerando o processo de tomada de decisão racional a partir de uma análise de custo-e-benefício, caso o benefício seja superior ao custo, o transgressor irá ter incentivos econômicos para tornar a delinquir, já que o ilícito compensa financeiramente.

Portanto, o foco adotado inicialmente pelo CNJ na consulta pública para debater parâmetros de quantificação dos danos ambientais não deve se limitar apenas à análise dos custos, mas também à análise dos benefícios para que a estimativa do valor a ser fixado seja feita também com base no fenômeno da ilicitude lucrativa, de modo a evitar que o ilícito compense. Conforme o magistério preciso do Professor David Restrepo Amariles, a experiência jurídica contemporânea pode ser considerada como característica de uma “virada matemática no direito”, em que fórmulas matemáticas, indicadores numéricos e critérios de quantificação podem representar e definir questões relativas à justiça e ao direito.⁶ Uma outra característica dessa influência matemática diz respeito à emergência de uma racionalidade gerencial no direito, que exige o exercício de compreensão da quantificação para fins de aplicação do direito.⁷ Não por acaso, o comportamento judicial é afetado pela virada matemática e pelos indicadores desenvolvidos inclusive pelo próprio CNJ para a definição de como os magistrados devem atuar em seus casos.⁸

Atualmente, no contexto brasileiro, os valores aplicados para a condenação de empresas pelos danos morais coletivos são muito baixos, o que pode ser evidenciado pelo julgamento do escândalo do Dieselgate no Brasil. Em comparação com os valores fixados em países da América do Norte e da Europa para fins de uma condenação adequada, efetiva e sob medida para essa fraude global na indústria automobilística, a fixação de um milhão de reais foi de valor extremamente baixo.⁹ Igualmente, a fixação de um valor de aproximadamente dez mil

⁵ FORTES, Pedro Rubim Borges. O Fenômeno da Ilicitude Lucrativa. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 5, n. 1, p. 104-132, 2019.

⁶ RESTREPO AMARILES, David. Legal indicators, global law and legal pluralism: an introduction. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, v. 47, n. 1, p. 9-21, 2015.

⁷ AMARILES, David Restrepo. Supping with the Devil? Indicators and the rise of managerial rationality in law. **International Journal of Law in Context**, v. 13, n. 4, p. 465-484, 2017.

⁸ FORTES, Pedro Rubim Borges. How legal indicators influence a justice system and judicial behavior: the Brazilian National Council of Justice and ‘justice in numbers’. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, v. 47, n. 1, p. 39-55, 2015.

⁹ FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. A insustentável leveza do ser? A quantificação do dano moral coletivo sob a perspectiva do fenômeno da ilicitude lucrativa e o 'caso Dieselgate'. **Revista IBERC**, v. 2, n. 3, 2019.

reais pelo hectare de terra de floresta amazônica que foi destruída é um valor extremamente baixo, o que explica a contínua destruição do ecossistema que deveria ser protegido pelo Estado brasileiro.

Ao invés de estimar a perda somente por um critério de um suposto custo para a recomposição da floresta destruída, deveria também o Poder Judiciário considerar o valor do provável lucro com a utilização da área para fins de agropecuária, de modo a prevenir o fenômeno da ilicitude lucrativa. O lucro potencial com a exploração de um hectare de área desmatada é certamente muito superior ao valor de dez mil reais, o que explica os incentivos econômicos para que a transgressão continue e para o fato de que os delinquentes continuam a delinquir. Além disso, como recomendam Mitchel Polinsky e Steven Shavell, a lógica da análise econômica exige que seja levada em consideração a probabilidade de aplicação da sanção, devendo ser feita uma multiplicação conforme a percentagem de descoberta do transgressor.¹⁰ Caso a probabilidade de identificação do ilícito e do transgressor para aplicação da sanção seja de um terço, então o valor estimado do lucro deveria ser multiplicado por três vezes para que o infrator devolva o valor do lucro atual e das vezes em que não teve sua transgressão identificada e punida.

Em termos do desenvolvimento de uma tipologia de métodos de quantificação do dano moral coletivo, identificamos na experiência brasileira os seguintes tipos: (a) arbitramento de valor mínimo; (b) aplicação da técnica da desnatação pela exclusão do lucro ilegítimo (*skimming off*); (c) análise com base no montante do investimento ilícito no prejuízo coletivo; (d) estimativa feita a partir do montante global da indenização pelo dano material.¹¹ O efeito dissuasório às externalidades ambientais causadas pela atividade poluidora somente será obtido se o Poder Judiciário superar o cenário atual em que, na maioria dos casos, o arbitramento é fixado pelo valor mínimo, devendo ser aplicados também os demais métodos de quantificação do dano moral coletivo, conforme a pretensão de prevenção do fenômeno da ilicitude lucrativa.

¹⁰ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: An economic analysis. *Harv. L. Rev.*, v. 111, p. 869, 1997.

¹¹ FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. A quantificação do dano moral coletivo. ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Org), **Dano Moral Coletivo**, Indaiatuba: Foco (2018).

Em termos de boas práticas, o método da desnatação pela exclusão do lucro ilegítimo (*skimming off*) foi desenvolvido no direito da Alemanha. O método de estimativa feita a partir do montante global da indenização pelo dano material foi desenvolvido no direito dos Estados Unidos. Em ambas as jurisdições, esses métodos de quantificação têm contribuído para uma fixação mais adequada, efetiva e sob medida de sanções econômicas, de modo que deveria também inspirar o CNJ na busca de parâmetros para a quantificação dos danos ambientais no Brasil. Tivemos a oportunidade de aplicar pioneiramente tais técnicas na tutela coletiva dos direitos dos consumidores em alguns casos que tiveram repercussão nacional, tais como o caso do 'Dieselgate' e de discriminação geográfica de consumidores no mercado digital.¹² Caso o CNJ considere que esses métodos, critérios e boas práticas devam ser adotados e reproduzidos pelo Poder Judiciário na tutela coletiva dos direitos ambientais, uma recomendação nesse sentido poderá ter efeitos multiplicadores extremamente positivos a reparação ambiental conforme os princípios da reparação integral, do poluidor-pagador e da solidariedade intergeracional.¹³

¹² FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. A insustentável leveza do ser? A quantificação do dano moral coletivo sob a perspectiva do fenômeno da ilicitude lucrativa e o 'caso Dieselgate'. **Revista IBERC**, v. 2, n. 3, 201; FORTES, Pedro Rubim Borges. O consumidor contemporâneo no Show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, 2020; FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. Digital geodiscrimination: How algorithms may discriminate based on consumers' geographical location. **Droit et societe**, v. 107, n. 1, p. 145-166, 2021.

¹³ A presente nota técnica é resultado de cerca de quinze anos de estudos, pesquisas e de uma série de publicações sobre o tema, constituindo o presente texto um sumário para fins de compreensão da perspectiva do fenômeno da ilicitude lucrativa, dos métodos de quantificação do dano moral coletivo e das boas práticas aplicadas na prática, estando o autor da nota técnica à disposição do CNJ para eventuais esclarecimentos complementares, se houver interesse.