

O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO NATURAL DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA

Ana Maria Moreira Marchesan*

Sumário: 1. Introdução; 2. As características do bem ambiental como causa justificante da primazia da reparação específica; 3. Os fundamentos jurídicos da reparação específica; 4. A hierarquia das soluções reparatórias; 5. A proporcionalidade orientadora da reparação natural; 6. A reconstituição ou recuperação do bem lesado “in situ”; 7. As compensações ambientais; 8. A indenização e seu cabimento; 9. Conclusões articuladas.

Resumo: O presente trabalho foi concebido com o escopo de analisar o princípio da reparação integral do dano ambiental e sua vinculação às características do bem jurídico meio ambiente. Considera haver uma hierarquia nas soluções reparatórias e a possibilidade de cumulação entre elas.

Palavras-chave: Meio ambiente. Reparação integral. Hierarquia de soluções. Indenização. Compensação ambiental.

Abstract: This study was designed to outline considerations about the principle of fully repairing environmental damages and its link with environment as a legal value. The article brings a hierarchy of restoring solutions. Accepts as a legal option the cumulation between many kinds of repairing alternatives.

Key words: Environment. Fully repairing. Solutions hierarchy. Payment. Environmental compensation.

* Promotora de Justiça da Promotoria de Defesa do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul; professora da Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul; mestre em Direito Ambiental e Biodireito pela Universidade Federal de Santa Catarina, co-autora da obra *Direito Ambiental, série Concursos*, ed. Verbo Jurídico; autora da obra “A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental”, ed. Livraria do Advogado, e integrante da Diretoria da ABRAMPA (Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente).

| | | | | |
|-------------------------------------|--------------|-------|-----------------------|----------|
| Revista do Ministério Público do RS | Porto Alegre | n. 69 | maio 2011 – ago. 2011 | p. 31-56 |
|-------------------------------------|--------------|-------|-----------------------|----------|

1 Introdução

Pensar juridicamente sobre a reparação de danos a determinado bem jurídico pressupõe uma razoável clareza sobre o seu estatuto e as suas especificidades; sobre o que vem a ser um dano juridicamente relevante na esfera do bem referenciado e, por fim, quais os princípios que deverão presidir a imputação.

Partindo-se da premissa de que o meio ambiente deve ser compreendido e apreendido através de uma perspectiva sistêmica ou unitária,¹ de molde a englobar tanto o conjunto de elementos que existem independentemente de qualquer ação transformadora do homem sobre a natureza como aqueles que agregam aos elementos naturalísticos o engenho, o trabalho, a criação humana como também todo o ambiente construído em cidades, qualquer dano a uma dessas dimensões resulta passível de reparação.² A abrangência do conceito de meio ambiente nos remete a uma análise multitemática, como enfatiza Bahia,³ das situações que envolvam danos ambientais e as possibilidades de sua reparação.

De acordo com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (L. 6938/81), cujo artigo 1º o define como o “**conjunto** de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, o meio ambiente é uno, indivisível, sendo possível identificar que o valor fundamental a ser tutelado é a proteção do bem ambiental em si (ou macrobem ambiental). Essa definição justifica-se na ideia de que a Lei em questão tutela, sobretudo (embora não exclusivamente), um bem jurídico unitário, distinto dos bens singulares que conformam o seu suporte material.⁴

Não se trata de reparar um dano a um bem vinculado a sujeito específico (microbem ambiental), mas de se fazer valer o interesse público na conservação de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado – *res*

¹ Essa é a posição defendida em nosso anterior trabalho, de autoria coletiva (MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Série Concursos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 15, 2004).

² Na doutrina brasileira, a imensa maioria dos autores adota essa concepção alargada do conceito de meio ambiente. Em recente obra de autoria individual, Rodrigues se perfilha à posição do jurista espanhol, Ramón Martín Mateo, para quem o meio ambiente cultural não integra esse bem jurídico (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2002, v. 1, p. 63-67).

³ BAHIA, Carolina Medeiros. **Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 147.

⁴ A propósito da legislação ambiental italiana, vide semelhante colocação de autoria de GIAMPIETRO, Franco. **La responsabilità per danno all'ambiente**: profili amministrativi, civili e penali. Milão: Giuffrè, 1988, p. 175.

communis omnium – na dicção do art. 225 da CF. A propósito, Lavié destaca que o zelo para com o bem ambiental não se prende exclusivamente ao interesse de um sujeito, não ostenta a característica de um direito real, *uti singuli*. Diz ele que

“Mais que domínio humano é domínio da ordem natural que requer proteção social: o uso social ou individual do domínio público ambiental é um reflexo condicionado aos mandamentos da ordem natural. A sociedade, no exercício de seus direitos públicos subjetivos, mais do que dispor, deve impedir, proteger, controlar. Esse é o caráter jurídico dos direitos públicos subjetivos ambientais: mais deveres frente à ordem natural que direitos sobre dita ordem. Os direitos surgem frente ao Estado para evitar a depredação da ordem ambiental⁵ (tradução livre da autora).”

A conotação pública vinculada ao ambiente emerge do compromisso de assegurar condições mínimas de existência não só aos atuais habitantes do Planeta, como também às futuras gerações. Esse compromisso intergeracional aparece explícito no texto constitucional, ostentando caráter vinculativo para todas as ações envolvendo o manejo, o uso e até a destruição do meio ambiente e dos recursos naturais.

Se um proprietário rural ateia fogo em área de campo nativo inserida nos limites de sua propriedade rural e esse se alastra vindo a queimar uma floresta de araucárias na propriedade vizinha, o dano, nesse caso, expressa-se tanto em relação ao patrimônio lesado (a floresta do vizinho, dotada de valor econômico), como também – e sobretudo – ao dinâmico equilíbrio ambiental lesado em virtude da queima da vegetação, sua repercussão na elevação da temperatura do planeta, o empobrecimento paulatino que ela causa no solo e em seus microorganismos, na fauna que acaba fugindo daquele local para, muitas vezes de forma desordenada, abrigar-se em outros locais, sem falar na piora da qualidade do ar e nas complexas consequências do lançamento de gás carbônico na atmosfera.

⁵ No original: “Más que dominio humano es dominio del orden natural que requiere protección social: el uso social o individual del dominio público ambiental es un reflejo condicionado a los mandatos del orden natural. La sociedad, en el ejercicio de sus derechos públicos subjetivos, más que disponer, debe impedir, proteger, controlar. Ése es el carácter jurídico de los derechos públicos subjetivos ambientales: más deberes frente al orden natural que derechos sobre dicho orden. Los derechos surgen frente al Estado para evitar la depredación del orden ambiental” (LAVIÉ, Humberto Quiroga. **Los derechos públicos subjetivos y la participación social**. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 192).

2 As características do bem ambiental como causa justificante da primazia da reparação específica

O bem ambiental sempre é irrepetível, insubstituível. Com exceção da vida obtida artificialmente através de experimentos envolvendo a clonagem de seres, tudo o mais é inédito. Assim, com apoio na doutrina de Leite, podemos afirmar que a reparação do dano, mesmo na forma de recuperação ecológica, “é um sucedâneo, dada a extrema dificuldade na completa restituição do bem lesado”,⁶ daí por que Cruz conclui que da natureza do bem ambiental dimana a preferência pela reconstituição do meio atingido.⁷ Isso não significa que o dano ambiental seja irreparável,⁸ cabendo aos operadores do direito obrarem pela concretização dos princípios orientadores da reparação.

Vianna destaca que a ocorrência dos danos ambientais desnuda uma falha no arcabouço jurídico protetivo do meio ambiente marcado preponderantemente pela prevenção, opção política essa associada à fragilidade e limitação dos recursos naturais, patrimônio cultural, saúde humana, etc. Por isso, diz ele, “a reparação desses danos deve-se operar de forma mais ampla possível – *restitutio in integrum* –, revestindo-se, outrossim, de caráter pedagógico relevante, porquanto terá o condão de desestimular novas práticas lesivas deste jaez”.⁹

Do ponto de vista do meio ambiente natural, a característica da irrepetibilidade é um dos vetores a informar a necessidade de que a reparação dos danos ambientais seja sempre a mais ampla possível. O corte de uma árvore é muito mais do que a extirpação de um vegetal. É a supressão de todo um contexto de vida que gravita em torno dele. Cada fração dessa vida é única e, por isso mesmo, insubstituível.¹⁰

Na mesma linha de raciocínio, é possível dizer que a destruição de um bem cultural é deveras insubstituível. Jamais a reconstrução de um bem

⁶ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 217.

⁷ CRUZ, Branca Martins da. Princípios jurídicos e econômicos para a avaliação do dano florestal, in **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental**. São Paulo: IMESP, 1999, p. 118.

⁸ Consoante enfaticamente sustenta MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 287.

⁹ VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 139.

¹⁰ Mirra ensina que “A degradação do meio ambiente, na sua dimensão de bem imaterial, e dos diversos elementos corpóreos e incorpóreos que o integram, seja no meio natural, seja no meio cultural, seja no artificial, não permite em absoluto o retorno ao estado inicial e é invariavelmente definitiva. A natureza, ao ter a sua composição física e biológica modificada por agressões que ela não consegue absorver ou tolerar, não pode jamais ser verdadeiramente restabelecida do ponto de vista ecológico” (MIRRA, ob. cit., p. 286).

tombado terá a capacidade de repor todo o valor cultural, de memória, de testemunho, que estava a ele decalcado. Uma coisa é o bem em si; é a matéria, o suporte. Outra, bem diferente, é o bem cultural – esse sempre imaterial, de dominialidade adéspota,¹¹ indivisível. Refazer uma obra de arte será sempre um simulacro, um pastiche. O que ostenta reais valores é o bem original – sempre insubstituível.

Exemplificando: se tomarmos por base uma reprodução de um quadro de Picasso, por mais perfeita que ela seja não carregará o valor de um original, pois o ineditismo, a vanguarda, a historicidade, o talento do gênio eclodiu na criação, não na reprodução.

Por fim, também as ambiências urbanas, as paisagens merecem total proteção em face de sua inerente irreprodutibilidade. Quanto maior a harmonia de um conjunto urbano, mais forte, mais eloquente o testemunho que ele tem para dar.

Ademais, a natureza complexa do meio ambiente informa que um conjunto de medidas, um verdadeiro programa, via de regra, será necessário à reparação dos danos ambientais. Dificilmente a reparação de um dano ambiental exaure-se numa só ação. O meio ambiente envolve uma interdependência entre os componentes bióticos e abióticos dos ecossistemas e desses entre si. A tudo se soma o caráter caótico associado à variabilidade e indeterminabilidade dos processos ecológicos. Sendim fala na necessidade de incorporar processos reflexivos e dinâmicos nas decisões judiciais envolvendo a reparação dos danos¹² justamente para tentar suprir as insuficiências dos métodos tradicionais.

Um outro aspecto a ser ressaltado diz respeito à dificuldade de quantificação monetária: a precificação da natureza e da cultura são tarefas quase impossíveis de serem levadas a cabo.¹³ Sem embargo disso, as dificuldades na eleição de parâmetros razoáveis para a avaliação econômica do dano ambiental não podem servir de pretexto para a impunidade. Ao contrário, como destaca Vianna, “revelam sua importância e impõem a adoção de critérios seguros e técnicas refinadas para se atingir o objetivo fixado”.¹⁴

¹¹ A feliz expressão é de DELL'ANNO, Paolo. **Manuale di diritto ambientale**. 4. ed. Pádua: Cedam, 2003, p. 192.

¹² SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 233.

¹³ No tocante à Política Nacional da Biodiversidade, o governo brasileiro editou, em 2002, decreto consagrando o princípio do respeito ao valor intrínseco desse bem jurídico (biodiversidade), proclamando o seu reconhecimento “independentemente de seu valor para o homem ou potencial para uso humano” (Item 2, inc. I, do Anexo ao Decreto Federal n. 4.339, de 22/08/02).

¹⁴ VIANNA, ob. cit., p. 142.

Steigleder, no seu esforço de sistematizar as metodologias e valores associados aos danos ambientais, acaba concluindo não haver como a “economia quantificar adequadamente a degradação ambiental, pois os bens ambientais estão, em geral, fora do mercado, o qual, aliás, não é capaz de traduzir o valor ético do ambiente, mas tão-somente o valor utilitário, pelo que somente restarão contabilizados os danos que se puderem transformar em danos econômicos, tais como custos com a limpeza de áreas contaminadas, redução econômica de atividades produtivas, etc.”¹⁵

Seroa da Motta, um dos nomes de destaque no campo da economia ambiental, ratifica a ideia presente na maior parte da doutrina jusambientalista de que “a proteção do meio ambiente é basicamente uma questão de equidade inter e intratemporal”. Com foco nessa noção de contemplar também sujeitos ainda não nascidos numa equação econômica, o especialista desenvolve metodologia que procura levar em conta todos os atributos dos recursos ambientais, os quais podem ou não estar associados a um uso.¹⁶

O já citado Decreto Federal n. 4.339/02, filiando-se a essa ampla noção da avaliação dos bens ambientais, associa o valor de uso da biodiversidade também aos valores culturais e inclui o valor de uso direto e indireto, de opção de uso futuro e, ainda, o valor intrínseco, nele abarcando os valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético (inc. XIV do item 2 do Anexo). Não parece demasiado lembrar, na esteira da profunda reflexão empreendida por Cruz, que o ambiente se afirma perante o Direito enquanto valor ético-jurídico e isso sobreleva em importância sempre que estiverem em causa bens insuscetível de precificação no sentido econômico.¹⁷

Tamanha complexidade na escolha de metodologia que incorpore critérios justos e suficientemente abrangentes induz à priorização, sempre, da reparação “in natura”.

O meio ambiente na sua concepção sistêmica encaixa-se perfeitamente na noção de “merit goods”,¹⁸ que compreende bens insuscetíveis de avaliação pelo mercado e que se voltam à satisfação do interesse público. Dotados das

¹⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 256-257.

¹⁶ SEROA DA MOTTA, Ronaldo. **Manual para valoração econômica de recursos ambientais**. Rio de Janeiro, IPEA, 1997, p. 13.

¹⁷ CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas. **Revista de direito ambiental**. São Paulo, n. 5, p. 35, jan./mar. 1997.

¹⁸ Para uma definição dos “merit goods”, vide MUSGRAVE, Richard. **The theory of public finance**. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1959, p. 13.

características da indivisibilidade e não-exclusividade, são bens cujo consumo por uns não reduz necessariamente o nível de consumo por outros.¹⁹

Como afirma Cortese, esses bens meritórios são havidos como coletivamente úteis e devem ser disponibilizados, tutelados e conservados independentemente da demanda individual.²⁰

Face a essa realidade associada às características do bem jurídico meio ambiente é que o ordenamento jurídico pátrio, a começar pela Constituição, prioriza, sempre que possível, a via da reparação “in natura”, em obediência ao princípio da restauração natural.

3 Os fundamentos jurídicos da reparação específica

O norte da reparação específica é indicado pelo conjunto de leis, decretos, resoluções que conformam a emaranhada malha da legislação ambiental brasileira.

A espinha dorsal dessa legislação é o art. 225 da Constituição Federal, cujo § 1º, inc. I, impõe o dever de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”.

Em relação à atividade minerária, exemplo clássico de utilização de um recurso finito, não-renovável, impõe-se a aquele que explorar recursos minerais a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (art. 225, § 2º).

Dentre as competências materiais conferidas à União, estados, Distrito Federal e municípios, o art. 23, incs. III, IV e V, da CF impõe uma série de obrigações reais no sentido de prevenir danos ambientais e, caso ocorram, recuperar os bens lesados sempre que possível.

Também a Lei 6.938/81 confere primazia à reparação natural quando, em seu art. 2º, insere dentre os princípios da Política Nacional do Meio Ambiente “a recuperação de áreas degradadas” (inc. VIII).

Por sua vez, o art. 4º do mesmo diploma inclui dentre os objetivos dessa Política “a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida (inc. VI) e à “imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos

¹⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Presença, 1993, p. 214. No mesmo sentido, SALLES, Carlos Alberto de. Execução específica e ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.

²⁰ CORTESE Wanda. **I beni culturali e ambientali: profili normativi**. 2. ed. Milão: Cedam, 2002, p. 113.

causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” (inc. VII).

A Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (L. 9.985/00), em seu art. 4º, ostenta um rol de objetivos atados à ideia da reparação específica, tais como “contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais” (inc. III); proteger e recuperar recursos hídricos e edáficos (inc. VIII) e recuperar ou restaurar ecossistemas degradados (inc. IX).

Mas não é só na legislação de direito material que podemos nos abeberar para extrair a diretriz da reparação específica. O art. 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (L. n. 8.078/90), inserido no Título que dispõe sobre a defesa judicial do consumidor e aplicável, por força do art. 117 do mesmo diploma, às ações em prol do meio ambiente, ao tratar da tutela específica, estabelecer que a indenização só se dará quando a obtenção do resultado prático equivalente resulte impossível. A par disso, estabelece um conjunto de regras para favorecer a execução específica.

Salles considera ser a tutela específica a única medida judicial capaz de cumprir integralmente a função jurisdicional na proteção dos bens coletivos, porquanto restaura a distribuição de recursos sociais existentes antes do fato lesivo. Ao reconstituir o próprio bem coletivo, logra contemplar igualmente a todos os afetados. Esse princípio, chamado por Watanabe de “maior coincidência possível entre o direito e sua realização”²¹ reforça o primado da reparação natural.

As alterações produzidas na legislação processual civil brasileira pelo advento da Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002, também caminham para avultar a importância da tutela específica.²² Reza o art. 461 do CPC:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº. 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei nº. 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº. 8.952, de 13.12.1994)

²¹ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 772.

²² Nesse sentido GOMES, Luís Roberto. **O ministério público e o controle da omissão administrativa**. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 268.

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº. 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº. 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. (Incluído pela Lei nº. 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº. 10.444, de 7.5.2002)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº. 10.444, de 7.5.2002)”.

Por fim, a legislação penal ambiental exsurge nesse quadro como uma aliada importante na tutela de reparação ecológica dos danos ambientais, inserindo a composição civil dos danos como pré-requisito à transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo (art. 27 da Lei n. 9.605/98).

Tal condicionante imprime marca específica para os delitos ambientais, já que no microsistema da Lei n. 9.099/95, para os crimes de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo de composição civil homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74) e, para os demais crimes de ação penal pública incondicionada, não há esse pré-requisito para a medida despenalizadora da transação.

A declaração de extinção de punibilidade, nas hipóteses de suspensão condicional do processo, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade (art. 28, inc. I, da Lei n. 9.605/98).

O art. 14, inc. II, considera a reparação espontânea reparação do dano ambiental como circunstância atenuante da pena.

E ainda o art. 17 da mesma lei condiciona a concessão do “sursis” especial à apresentação de um laudo de reparação do dano ambiental.

4 A hierarquia das soluções reparatórias

Considerando a existência deste princípio da reparação natural, é possível afirmar-se haver uma hierarquia nas soluções reparatórias²³ ditada pelo sistema de proteção ao meio ambiente.²⁴ A posição superior nessa ordem de soluções²⁵ é ocupada pela reconstituição ou recuperação do bem lesado “in situ”, ainda que seja a forma mais onerosa e nem sempre suficiente, pois, como não olvida Costa Neto, dependendo do tipo de dano causado, mesmo com a adoção das medidas de restauração natural, ainda assim acaba restando um resíduo de dano não compensado suficientemente, como por exemplo a redução do valor intrínseco do ecossistema atingido.²⁶

Catalá, após enfatizar que, do ponto de vista ecológico, a reparação *in natura* é a opção principal e razoável que oferece o mecanismo da responsabilidade civil²⁷ quando se trata de danos ao meio ambiente, recusa ao causador do dano (Estado ou particular) qualquer liberdade de eleição entre a reparação *in natura* e a indenização, devendo a primeira, considerados limites razoáveis, prevalecer.²⁸ Interessante destacar que a autora baseia tal afirmação sobretudo no princípio da função social da propriedade, em cujo contexto se insere a função ecológica. Por essa mesma trilha transita Sampaio, para quem o cumprimento adequado dos mandamentos constitucionais relativos à função social da propriedade infraconstitucionais (em especial o § 1º do art. 1228 do

²³ Vianna, após definir que, em matéria de reparação dos danos ambientais, a recomposição, restauração ou reintegração do patrimônio ambiental lesado constituem o primeiro objetivo a ser colimado, leciona ser essa a opção que também norteia legislações de diversos outros países (VIANNA, ob. cit., p. 139).

²⁴ Em texto anterior, de autoria coletiva, já sustentamos essa ideia: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais - análise dos pressupostos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 50, ano 2003, p. 255-270.

²⁵ A existência dessa ordem hierárquica também é acolhida por FERREIRA, Helene Sivini. Compensação ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Aspectos processuais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 58.

²⁶ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 275.

²⁷ Comentando a legislação ambiental espanhola, Cabanillas Sanchez assevera que, no marco da responsabilidade civil, a reparação específica prevalece sobre o ressarcimento por equivalente, o qual consubstancia uma forma subsidiária de reparação a qual só se pode acudir quando não viável a primeira hipótese (CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. **La reparación de los daños al medio ambiente**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996, p. 269).

²⁸ CATALÁ, Lucía Gomis. **Responsabilidad por daños al medio ambiente**. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 249.

Código Civil em vigor) só têm condições de êxito se promovida a adequada reparação civil dos danos ao meio ambiente.²⁹

Julgado emanado do Tribunal de Justiça Catarinense, no qual estava sendo buscada a demolição de edificações em área de preservação permanente, estabeleceu a correta conexão entre a preservação ambiental, com o corolário dever da reparação “in natura”, e a função social da propriedade:

“DEMOLIÇÃO DE OBRA. Princípios constitucionais da proteção ao meio ambiente e da função da propriedade privada. Ação cautelar inominada. Procedimento administrativo regular. [...]”

Nessa decisão também deve ser deixado límpido que a presente quaestio envolve, de um lado, investimento comercial e, de outro, a proteção do meio ambiente, todavia, estando nestas condições a demanda, é preciso atentar para os ditames da Constituição Federal que traça os princípios para a defesa do Meio Ambiente, no seu art. 225 et seq., estabelecendo as restrições feitas ao exercício da propriedade, em benefício geral.

Tais princípios definem o modo pelo qual será defendida a flora, a fauna, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, sendo estes recepcionados pela Lex Fundamentalís como garantias fundamentais, distinguindo-os dos demais direitos, como, in casu, a função social da propriedade privada, também tutelada constitucionalmente”.³⁰

Assim, na esteira do que já apregoamos em trabalho anterior,³¹ a primazia da reparação específica também se atrela ao princípio da função social da propriedade, porquanto a Constituição Federal, ao inserir a função social no próprio núcleo do direito de propriedade e ao considerar que essa só se observa quando respeitados os valores ambientais (arts. 170, incs. II, III e VI; e 186, inc. II), não vislumbra o exercício dessa função desgarrada do respeito ao meio ambiente e dos deveres a ele correlatos de prevenir os danos ambientais e, na sua indesejável ocorrência, repará-los “in natura”, sempre que possível.

Diniz Júnior assim discorre sobre o tema da primazia da reparação específica:

“É certo que, para que o dever de reparar possa se traduzir em verdadeira regra de responsabilidade ambiental, é necessário que, quando a reconstituição do meio ambiente lesado seja viável, cessando a atividade lesiva e revertendo-se a degradação ambiental, deve a reparação específica ser preferida em detrimento da indenização

²⁹ SAMPAIO, Francisco José Marques. **Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 59.

³⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 99.016324-5. Relator: Des. Anselmo Cerello. J. em 05 out.2000. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 24, p. 327-331, out./dez. 2001.

³¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 145.

pecuniária. Isso porque tal indenização tem, no sistema da ação civil pública ambiental, caráter subsidiário, em razão de dispor a CR/88, em seu art. 225, § 3º, que o causador do dano, independentemente de outras sanções, deverá proceder à reparação do meio ambiente lesado. Por conseguinte, somente quando não for possível a reconstituição do meio ambiente lesado é que se admite a reparação econômica, isto é, a indenização em dinheiro como forma indireta de sanar a lesão”.³²

Aresto do Tribunal de Justiça mineiro encampa essa ordem hierárquica nas soluções reparatórias, *in literis*:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL PERMANENTE. PROCESSO DE REFLORESTAMENTO NATURAL. OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA. A indenização é cabível quando os danos verificados forem insuscetíveis de recomposição *in natura*. Se o escopo da lei é a reparação do dano ambiental, e no caso dos autos a sua restauração se mostra possível, é esta a providência ideal a ser determinada, pois através dela que se atinge o interesse indispensável e indisponível da sociedade em ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que, indiscutivelmente, não se substitui por pecúnia”.³³

5 A proporcionalidade orientadora da reparação natural

Legislações ambientais específicas (relacionadas a alguns temas ambientais, como por ex., resíduos) ou gerais reconhecem de *lege lata* a existência do princípio da proporcionalidade a nortear a recuperação “*in situ*”. São exemplos disso, na perspectiva de Catalá, a legislação ambiental italiana e algumas leis espanholas.³⁴ O Código Civil Português estabelece que a indenização será sucedâneo da reparação natural em três hipóteses: quando a reconstituição natural não seja possível, quando não repare integralmente os danos ou, por fim, quando vier a ser excessivamente onerosa para o devedor³⁵ – grifei.

O princípio da proporcionalidade na reparação do dano ambiental sob a forma específica, segundo a mesma autora espanhola, teria origem no *leading case* de derramamento de óleo pelo petroleiro *ZOE COLOCOTRONI* numa baía, ironicamente chamada de “Bahia Sucia”, situada na extremidade sudoeste da costa de Porto Rico, em virtude do qual a Justiça Federal norte-americana considerou que a avaliação do dano causado a um ecossistema

³² DINIZ JÚNIOR, Alberto. Ação civil pública e dano ambiental. **Cadernos da EJEF**, Série Estudos Jurídicos – Direito Ambiental, 2004, p. 91. No mesmo sentido, v. COSTA NETO, ob. cit., 272.

³³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0400.04.012174-3/001(1). Relatora Desa. Albergaria Costa. J. em 15 fev. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor> Acesso em: 30 agos. 2007.

³⁴ CATALÁ, ob. cit., p. 262-263.

³⁵ Art. 566, 1, do Código Civil Português. Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>> Acesso em 26 fev. 2008.

de mangue por cerca de 5000 toneladas de óleo³⁶ corresponderia ao custo razoável da reparação in natura até atingir o status quo ante ou um estado o mais próximo possível ao que se encontrava antes do dano sem gastos exageradamente desproporcionais.³⁷

De acordo com esse princípio, o custo das medidas de reparação consideradas ótimas deve ser cotejado com o resultado vantajoso obtido.

No Brasil, a legislação ambiental não chega a consagrar esse princípio, muito embora ele já ecoe na doutrina e em diversos julgados, especialmente do Tribunal de Justiça mineiro.

Para Silva, a exigência da restauração natural limita-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade (entre o dano e a reparação), possibilitando a construção de um esquema moldado pela interação entre as várias alternativas técnicas exequíveis e os recursos tecnológicos e financeiros disponíveis, impondo-se a opção pela solução menos onerosa, “com base numa ponderação que encerre sempre a escolha mais poupada quanto ao sacrifício de bens jurídicos protegidos”.³⁸ Steigleder ensina que o

“O princípio da proporcionalidade limita, portanto, o alcance das medidas de reparação àquelas medidas ótimas, fruto da comparação entre o seu custo e a vantagem a ser obtida, com o que, de acordo com Catalá, o conceito de reparação in natura se flexibiliza a fim de albergar medidas distintas das tendentes a alcançar a restituição exata do meio, mas com um efeito ecológico equivalente. Assim, quando a reparação in natura for impossível ou desproporcional, a satisfação do interesse ecológico exige a busca de novas soluções que, ao menos, impeçam a ausência total de reparação ou sua automática substituição pela indenização pecuniária”.³⁹

³⁶ Detalhes do caso são comentados no texto de REDGWELL, Catherine. Compensation for oil pollution damage: quantifying environmental harm. **Marine Policy**, v. 16, n. 2, p. 90-98, 1992.

³⁷ CATALÁ, ob. cit., p. 261, nota de rodapé n. 89. No detalhamento deste caso feito por Grady, fica claro que a solução adotada pela corte distrital de somar os custos de repor todos os organismos vivos supostamente preexistentes naquele ambiente degradado e que redundou numa indenização estimada em \$6.164.192,00 (seis milhões, cento e sessenta e quatro mil, cento e noventa e dois dólares) acabou sendo alterada pela instância superior (“first circuit court”) que determinou que o cálculo fosse feito tendo por base não mais a soma meramente hipotética de todos os elementos do meio ambiente degradado, mas o custo da restauração ou reposição de recursos ao estado anterior caso não tivesse ocorrido o fato danoso. Esse *standard*, entretanto, restou limitado por duas situações: a) se o custo da restauração dos danos aos recursos naturais não comercializados venha a se revelar grosseiramente desproporcional ao dano causado e aos valores ecológicos envolvidos; e b) se a efetiva restauração não seja viável ou praticável (GRADY, Kevin. Commonwealth of Puerto Rico v. SS Zoe Colocotroni: state actions for damage to non-commercial living natural resources. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, v. 9, p. 397-429, 1980/1981).

³⁸ SILVA, Danny Monteiro da. **Dano ambiental e sua reparação**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 201.

³⁹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental. **Revista de direito ambiental**. São Paulo, n. 36, out./dez., 2004, p. 52.

Aresto com alusão expressa ao critério da proporcionalidade merece transcrição:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AO MEIO AMBIENTE – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – DESMATAMENTO SEM AUTORIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – RESSARCIMENTO NA FORMA ESPECÍFICA – PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL – RECURSO IMPROVIDO .Pelo princípio da reparação integral, todo aquele que causar um dano ao ambiente deve arcar com as conseqüências patrimoniais de seu ato. A impossibilidade do ressarcimento na forma específica somente cede passo, consoante a melhor doutrina, diante de uma desproporcionalidade substancial”.⁴⁰

A dúvida que nos assola diz respeito à percepção dessa diretriz decalcada por alguns à reparação dos danos como sendo um desdobramento do critério da proporcionalidade enquanto cânone de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, visão essa que aparece com clareza em alentado estudo de Steigleder.⁴¹

Partindo-se da premissa de que o princípio (ou a técnica) da proporcionalidade, conquanto não previsto modo escrito na Constituição, deriva de um somatório de princípios e regras nela expressos, além de estar consolidado como critério de composição de conflitos normativos em âmbito internacional,⁴² questiona-se se a influência da proporcionalidade como vetor na estimativa da fixação do tipo de reparação do dano ambiental se dá como um viés dessa máxima que encarna um clássico exemplo de princípio geral do direito. Tal dúvida se nos afigura candente na medida em que o Direito Ambiental, como bem exalta Guerra Filho, é um campo extremamente fértil para penetração da proporcionalidade.⁴³

A doutrina individualiza duas situações típicas de colisão de direitos fundamentais: a) quando um direito fundamental, em seu exercício, conflita com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental pertencente a outro sujeito e b) quando o conflito se dá entre o direito fundamental e a defesa

⁴⁰ É importante destacar que nesse acórdão, conquanto feita menção ao princípio da proporcionalidade, não foi ele adotado, o que acabou redundando na condenação do poluidor à reparação específica (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0400.02.006926-8/001. Relator Des. Alvim Soares. J. em 15 jun. 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor> Acesso em: 07 mar. 2008). Já em outro decisum do mesmo colegiado, houve o acatamento do princípio e a reparação específica cedeu lugar à indenização (Apel. Cível n. 1.0024.05.800631-3/001(1))

⁴¹ STEIGLEDER, Medidas compensatórias..., p. 42-57.

⁴² Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 59-60.

⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

ou proteção de bens da coletividade e do Estado sob tutela constitucional.⁴⁴ Portanto, para que o critério da proporcionalidade possa ser adotado como cânone resolutivo de um conflito a situação fática há de ajustar-se a uma dessas molduras.

De outro lado, para a projeção de efeitos do fator limitador da reparação *in natura* traduzido na proporcionalidade importa verificar o que estaria sendo afrontado, dentro da esfera jurídica do devedor ambiental, por uma reparação excessivamente onerosa ou desproporcional.

Os direitos fundamentais, na visão de Araújo e Nunes Júnior, são aqueles que têm por escopo a proteção da dignidade humana, cuja natureza abarca várias facetas, tutelando a proteção da liberdade do homem (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade),⁴⁵ restando perquirir, ao menos nos casos já decididos com base no critério da proporcionalidade, se teria havido de fato sua aplicação racional.

Nos casos recolhidos da jurisprudência nos quais aparece esse critério da proporcionalidade como limite à reparação *in natura* não se consegue apreender um conflito subjacente entre direitos fundamentais. O que se desnuda nessas situações parece mais um critério de conveniência funcional: vale dizer, os benefícios decorrentes de um programa completo de reparação teriam custos tão elevados que num juízo apriorístico revelar-se-iam desproporcionais às vantagens auferidas do ponto de vista do ecossistema, do equilíbrio ambiental com vistas ao escopo da qualidade de vida.

Essa situação aparece com clareza, por exemplo, no caso *Zoe Colocotroni v. ss. Commonwealth of Puerto Rico* em que, de um lado, temos os interesses econômicos de uma empresa privada que opera no ramo dos transportes de combustíveis e, de outro, o bem ambiental com todas as características que derivam da natureza jurídica de *res communis omnium*.

Nesse caso, *data venia*, não se verifica um conflito entre direitos fundamentais a ser dirimido com amparo no critério da proporcionalidade. Esse aparece na decisão como um fator norteador da solução prática, atrelada a um juízo relacionado à reabilitação da funcionalidade do ecossistema cotejado com uma avaliação hipotética baseada em valores de mercado atribuídos aos diversos componentes do ambiente degradado, o que resultaria visivelmente desproporcional.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 135.

⁴⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87.

Em outro precedente pinçado da jurisprudência norte-americana (*Ohio v. United States Department of the Interior*), no qual restou declarada a ênfase do CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*) na restauração como remédio primeiro aos danos perpetrados aos recursos naturais de propriedade pública, restou sentenciado que a restauração não será a via eleita quando ela resultar praticamente impossível ou quando os seus custos forem grosseiramente desproporcionais ao valor de uso do recurso natural a ser reparado.⁴⁶

Mais uma vez, não se lê nas entrelinhas do julgado qualquer alusão a conflito entre direitos fundamentais a ser resolvido à luz da proporcionalidade. O que aflora, na verdade, é uma solução mais razoável do ponto de vista da economia ambiental.

Por fim, nos acórdãos do Tribunal de Justiça mineiro em que há expressa referência à proporcionalidade na eleição da solução ambiental para a reparação do dano não há elementos para se inferir sobre eventual pano de fundo envolvendo conflito entre direitos fundamentais.

Dessume-se pois que, conquanto o direito ambiental se apresente como um campo extremamente propício à colisão entre direitos fundamentais e, por via reflexa, à aplicação do cânone da proporcionalidade,⁴⁷ nem sempre é ele quem aparece na eleição da melhor via para a reparação do dano. Há também um critério inerente ao princípio da reparação natural, de índole ecológico-econômica, com existência autônoma em relação à máxima da proporcionalidade.

6 A reconstituição ou recuperação do bem lesado “in situ”

Dentre as formas de reparação natural, a opção primeira é a da recuperação do bem lesado no próprio local da ocorrência do dano recuperação do bem lesado “in situ”.

De acordo com a Lei n. 9.985/00 do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), essa reparação pode ser dar de duas maneiras:

- a) recuperação: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original (art. 2º, inc. XIII);

⁴⁶ REDGWELL, ob. cit., p. 96.

⁴⁷ A propósito disso, v. texto de MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. A aplicação do princípio da proporcionalidade ao direito ambiental. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 46, abr./jun., 2007, p. 115-129 e a monografia de BAHIA, Carolina Medeiros. **Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna**. Curitiba: Juruá, 2006.

- b) restauração: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original (art. 2º, inc. XIV).

Essa solução que desponta, no plano ideal, como aquela que melhor atende ao escopo maior da legislação ambiental que é o equilíbrio ambiental com vistas à qualidade de vida, tem como fator limitador a sua incapacidade de conduzir o ecossistema ou bem cultural lesado ao *status quo ante*. Os bens ambientais são irrepetíveis, insubstituíveis. Impossível restituir o meio ambiente ao estado anterior ao dano. Sempre será uma reparação relativa e parcial, consoante enfatiza Mirra,⁴⁸ o qual destaca sua característica de sucedâneo.

Além dos limites, a solução da reparação *in situ* apresenta as seguintes dificuldades operacionais:

- a) via de regra se desconhece o real estado do bem ou ecossistema lesado antes do dano; a realidade aponta para inexistência de inventários e estudos científicos globais realizados antes da agressão. Isso acaba dificultando a própria avaliação do dano;⁴⁹
- b) inexistência de critérios científicos para calcular o grau de reconstituição do bem lesado. Nosso ordenamento jurídico não conta com parâmetros, standards relacionados à qualidade ambiental almejada proteger.
- c) dificuldades na determinação da metodologia científica adequada à reparação – por vezes, a simples regeneração natural é mais eficiente do que um conjunto de intervenções.

A existência de limites e dificuldades operacionais à reparação no próprio local do dano não há de servir como argumento primeiro a arredá-la. Isso só pode se dar num segundo momento, após uma motivação consistente para eleição de outra solução.

7 A compensação

Consiste na substituição do bem lesado por um bem funcionalmente equivalente. Sua imposição mostra-se adequada nos casos em que não há viabilidade da restauração ecológica, seja ela total ou parcial, do bem lesado.

Para sua eleição, dois requisitos hão de concorrer simultaneamente:

- a) o dano ao meio ambiente deve ser efetivamente irreparável – situação a ser comprovada tecnicamente;
- b) as medidas compensatórias devem guardar relação com o bem ambiental afetado, quer por se traduzirem em recomposição de outro bem ambiental semelhante ao degradado (ex. na mesma bacia hidrográfica, na mesma

⁴⁸ MIRRA, ob. cit., p. 285.

⁴⁹ CATALÁ, ob. cit., p. 260.

unidade de paisagem, no mesmo bairro, no mesmo bioma, etc.), quer por servirem à prevenção de outros futuros danos correlatos.

Essa solução também se afigura limitada. Em primeiro lugar, porque não há equivalência funcional entre os bens ambientais; em segundo, porque a compensação sempre será parcial quantitativa (substituição não integral da capacidade funcional afetada) ou qualitativamente (apenas parte das funções do bem são efetivamente substituídas).

Gomes Pinho apresenta uma nova formatação de compensação denominada “compensação ecológica conglobante”, por ela definida como “medida de reparação de dano ambiental na forma específica por equivalente não pecuniário, substitutiva ou complementar à reparação específica”.⁵⁰

Esse tipo de compensação visa à proteção do meio ambiente através de ações preventivas estratégicas de preservação/conservação, fiscalização, fomento à cidadania ambiental e ao desenvolvimento sustentável.

O pressuposto dessa forma de compensação, na visão de sua idealizadora, seria a inviabilidade total ou parcial da reparação natural ou da restauração de bens culturais.

Essa compensação estaria fundamentada nos princípios do direito ambiental, especialmente nos do desenvolvimento sustentável, que pressupõe que os desenvolvimentos econômico, tecnológico e cultural andem junto com a preservação ambiental, de molde que as compensações podem se voltar para esses aspectos que estão indiretamente ligados ao bem ambiental; prevenção, o qual norteia a essência da compensação conglobante enquanto apta a operacionalizar os mecanismos de prevenção e participação popular, o qual envolve ações de fomento à cidadania ambiental, que podem ser custeados através desse tipo de compensação.

Considera-se meritório o esforço dessa autora para dar uma roupagem jurídica e uma justificação argumentativa a uma série de soluções “caseiras” que acabam sendo encontradas pelos operadores do direito no campo do direito ambiental, especialmente os membros do Ministério Público. Todavia, há que se avaliar sempre, criticamente, esse tipo de alternativa que desgarre da opção primeira pela reparação “in natura” e, preferencialmente, “in situ”.

No julgamento de apelação manejada pelo Ministério Público no contexto de ação civil pública que objetivava a recuperação de área de preservação permanente degradada em função de uma invasão para fins de moradia, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acolheu a possibilidade

⁵⁰ GOMES PINHO, Hortênsia. **Prevenção e reparação de danos ambientais**. As medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 450.

de compensação ecológica em área equivalente, devido à dificuldade de promover a desocupação. Vejamos:

“Apelação Cível – Ação civil pública – Meio ambiente – Área de preservação permanente – Invasão – Formação de vila – Devastação total – Circunstâncias informadoras de impossibilidade de recuperação ambiental da área impactada (restituição ao *status quo ante*) – Possibilidade de se impor aos responsáveis a implementação de medida compensatória ecológica – Responsabilidade objetiva do município e da associação dos moradores da vila. apelação provida”.⁵¹

Recente aresto do Superior Tribunal de Justiça, avaliando situação de fato que envolvia a celebração de um Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental, acabou proclamando a possibilidade de cumulação entre a reparação “in natura”, para os danos passíveis dessa solução, com a indenização. Entretanto, não admitiu a conversão dessa de pecúnia para doação de equipamentos. Vejamos:

(...) 6. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 (“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedente do STJ:REsp 625.249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31/08/2006)

7. A reparação de danos, mediante indenização de caráter compensatório, deve se realizar com a entrega de dinheiro, o qual reverterá para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7345/85”.⁵²

Em que pese a argumentação desenvolvida no citado aresto ter-se baseado no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública que, em caso de condenação, direciona o valor da indenização para o referido fundo, tem-se que não pode haver tamanha vinculação em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Além desse instrumento se caracterizar por ser um espaço de consenso, em que tanto o órgão público tomador do compromisso como aquele (pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado) que assume a imputação de uma responsabilidade civil preventiva ou reparatória atuam como protagonistas, um dos princípios regentes do Compromisso de Ajustamento de Conduta, na lição de Rodrigues, é o da aplicação negociada da norma. Diz ela:

⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70024991580. Rel. Des. Irineu Mariani. Julgado em 30.jun.2010. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br>> Acesso em 29mai2011.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 802.060 – RS (2005/0201062-8). Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 17.12.2009. Disponível em:<<http://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 13 abr. 2010.

“O compromisso é uma faculdade conferida a órgãos públicos com um alto grau de profissionalização como, por exemplo, o Ministério Público. Mas é ao mesmo tempo uma forma diferenciada, com uma lógica própria, de se obter a solução do conflito, se comparado com a prestação jurisdicional. O resultado encontrado, nos dois tipos de tutela não deve ser diferente, mas o caminho para se chegar a esse resultado é que pode ser diverso. A participação na formação da decisão daqueles que por ela se obrigam é uma nota relevante para o sucesso dessa justiça consensual. O transgressor ou iminente transgressor tem necessariamente seu ponto de vista considerado na elaboração das cláusulas do ajuste, o que pode ser fundamental para que não venha a descumpri-lo”.⁵³

Assim, garantido o cumprimento da obrigação específica, vinculada à preservação ou reparação do bem ambiental, afigura-se como plenamente válido o Compromisso, eis que atingido o seu escopo. A conversão da indenização pecuniária em eventual doação de equipamento a algum órgão público vinculado à defesa do meio não parece discrepar dos objetivos restaurativos e pedagógicos da legislação ambiental e do rigoroso regime da responsabilidade que lhe é inerente. Trata-se de compensação no sentido “lato”, porquanto não concretizável, em relação a essa parcela do dano, a reparação específica.

8 A indenização e seu cabimento

A indenização poderá ter por suporte fático basicamente duas situações: a) ressarcimento por danos irreparáveis sob a forma específica (hipótese em que se assemelha, na visão de Bechara,⁵⁴ a uma espécie de compensação financeira, em oposição à ecológica) ou b) o ressarcimento por danos ambientais extrapatrimoniais ou morais.

Na primeira hipótese, a indenização só terá lugar quando inviável a reparação específica e não cabível a compensação ecológica. Steigleder sustenta inclusive que, “no sistema jurídico-brasileiro, a indenização será medida claramente subsidiária, cabível apenas quando o dano aos bens ambientais for irreversível e não for possível a compensação ecológica (art. 84, § 1º, do CDC)”.⁵⁵ Bechara preleciona que o ordenamento jurídico pátrio não estabelece uma ordem de preferência entre a compensação ecológica e a

⁵³ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131.

⁵⁴ BECHARA, Erika. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na Lei 9.985/00. 2007. 352f. Tese. Doutorado em Direito das Relações Sociais. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

⁵⁵ STEIGLEDER, Medidas compensatórias..., p. 56.

monetária (indenização), “mas a razoabilidade tem determinado que aquela é preferível a esta”.⁵⁶

Fiorillo, discorrendo acerca da “Prioridade da Reparação Específica do Dano Ambiental”, leciona que:

“Todavia, isso não significa que a reparação pode, indiferentemente, ser feita por um modo ou outro. Pelo contrário, primeiramente, deve-se verificar se é possível o retorno ao status quo ante por via da específica reparação, e só depois de infrutífera tal possibilidade é que deve recair a condenação sobre um quantum pecuniário, até mesmo porque, por vezes, é difícil a determinação do quantum a ser ressarcido pelo causador do ato feito, sendo sempre preferível a reparação natural, pela recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado”.⁵⁷

Assim que, não viável a reparação “in natura” e incabível a compensação ecológica, há de se partir para a indenização com a espinhosa tarefa de sua quantificação monetária.

Não sendo o foco do presente trabalho discorrer a respeito das inúmeras metodologias de arbitramento dessa indenização, o que importa sublinhar é que elas existem e que cabe aos operadores do direito eleger aquelas que se afigurem dotadas de critérios científicos razoáveis, sem deixar de considerar o ambiente enquanto bem autônomo e dotado de valor de existência.

A indenização pelo dano ambiental irreversível não pode perder de vista o papel do Estado de proteger os interesses das presentes e futuras gerações na preservação de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado ecológica. No já citado caso da jurisprudência norte-americana *Ohio v United States Department of the Interior*, a Corte Julgadora enfatizou a necessidade de serem considerados, para fins de indenização, todos os valores de uso comprovados relacionados aos danos ambientais, inclusive valores não consumíveis como os de opção e de existência. Para tanto, lançou mão da teoria da valoração das perdas para todos os cidadãos norte-americanos dos habitats naturais e da vida selvagem, perdas essas entendidas como a privação para esses mesmo cidadãos do direito a um futuro desfrute de ambientes ecologicamente equilibrados, ou seja, desprovidos de danos⁵⁸. Nesse caso, é possível deduzir que a indenização compreendeu valores patrimoniais e extrapatrimoniais associados aos danos ambientais.

Ademais, a indenização deve ser modulada tendo em conta o princípio da reparação integral do dano e se, por vezes, seu causador não ostenta

⁵⁶ BECHARA, ob. cit., p. 170.

⁵⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29.

⁵⁸ REDGWELL, Catherine, ob. cit., p. 96.

capacidade econômica para se desincumbir de sua obrigação a contento, pode o intérprete lançar mão do princípio da razoabilidade, como o fez o Tribunal mineiro no seguinte aresto:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO – CRITÉRIOS. Na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público para apurar danos causados ao meio ambiente, diante da ausência de critérios objetivos para a fixação do quantum indenizatório, tal como prova pericial judicial, o valor deve ser arbitrado com base no princípio da razoabilidade, atentando-se sempre para a condição financeira do causador do dano”.⁵⁹

Maiores ainda são as dificuldades para fixação de um *quantum* para a indenização pelo dano extrapatrimonial ambiental.

É praticamente consenso na doutrina que o valor dos danos ambientais extrapatrimoniais deve ser fixado por arbitramento.⁶⁰ Essa tarefa parte dos critérios gerais lançados no art. 944 do CC, tais como o prejuízo causado pelo evento, intensidade da culpa, violência da conduta, circunstâncias na ocorrência do dano, situação patrimonial da vítima e do ofensor, com as devidas adaptações tendo por norte a regra da responsabilidade civil objetiva sob a modalidade do risco integral que norteia a reparação dos danos ao meio ambiente e o fato de que o meio ambiente se desdobra em macrobem e microbem ambiental.

Como critérios específicos, Vianna sugere que o juiz atenda à extensão do dano ambiental, sua possível reversibilidade, o tempo pelo qual perdurou, situações patrimoniais do poluidor e da vítima direta, proveitos obtidos pelo degradador com o dano causado, importância do bem ambiental a comunidade ofendida, bem como para a repercussão, inclusive do ponto de vista jornalístico, do evento lesivo.⁶¹

Detalhando tais aspectos, Vieira e Mendonça sugerem o seguinte:

“No que toca à extensão do prejuízo ambiental, deve ser analisada a eventual reversibilidade, bem como, conforme o caso, eventual prejuízo moral interino. Quanto a esse último aspecto, portanto, possível a caracterização de dano moral ambiental interino. Isso na medida em que a demora da restauração ao patrimônio ambiental cause novo sofrimento coletivo (dano moral interino), que exceda o desgosto comunitário pela degradação em si (dano moral originário).

Quanto à extensão da responsabilidade pela ação ou omissão, o julgador deve adaptar as teorias individualistas ao critério legal da responsabilidade objetiva. Assim, ao invés de análise da intensidade da culpa ou dolo, deve ser examinada a intensidade do

⁵⁹ Apelação Cível nº 1.0024.04.520885-7/001 Relator Des. Eduardo Andrade. J. em 21 març. 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor> Acesso em: 18 mar. 2008.

⁶⁰ Nesse sentido, vide VIANNA, ob. cit., p. 146.

⁶¹ VIANNA, ob. cit., p. 146.

proveito com a degradação ambiental, bem como o tempo de duração e a complexidade da ação ou omissão”.⁶²

Por fim, considerando o estágio atual da jurisprudência no tocante à reparação do dano moral individual enquanto fator de desestímulo a reiteraões futuras de atos ilícitos, não parece despiciendo reafirmar que também em relação ao dano moral coletivo assume a indenização essa tarefa, sobretudo quando se tem em conta o princípio basilar em matéria ambiental – a prevenção.

9 Conclusões articuladas

- 9.1 O meio ambiente deve ser compreendido e apreendido sob uma perspectiva sistêmica ou unitária, de molde a englobar tanto o conjunto de elementos que existem independentemente de qualquer ação transformadora do homem sobre a natureza como aqueles que agregam aos elementos naturalísticos o engenho, o trabalho, a criação humana como também todo o ambiente construído em cidades;
- 9.2 Qualquer dano a uma dessas dimensões resulta passível de reparação, razão pela qual somos obrigados a proceder a uma análise multitemática das situações que envolvam danos ambientais e as possibilidades de sua reparação;
- 9.3 Considerando-se a irrepetibilidade e a complexidade do bem ambiental agregadas às dificuldades para quantificação monetária dos valores associados aos danos ambientais é possível afirmar que o ordenamento jurídico pátrio, a começar pela Constituição, prioriza, sempre que possível, a via da reparação “in natura”, em obediência ao princípio da restauração natural;
- 9.4 O norte da reparação específica é indicado pelo conjunto de leis (civis, administrativas e penais), decretos e resoluções que conformam a emaranhada malha da legislação ambiental brasileira;
- 9.5 É possível afirmar haver uma hierarquia nas soluções reparatórias ditada pelo sistema de proteção ao meio ambiente, cuja posição superior nessa ordem de soluções é ocupada pela reconstituição ou recuperação do bem lesado “in situ”;
- 9.6 Conquanto o direito ambiental se apresente como um campo extremamente fértil para a proliferação de situações de colisão entre direitos fundamentais e, por via reflexa, à aplicação do cânone da

⁶² VIEIRA, Vinícius Marçal; MENDONÇA, Jales Guedes Coelho. Danos morais coletivos em matéria ambiental. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10962>> Acesso em 18 mar. 2008.

- proporcionalidade, nem sempre é ele quem aparece na eleição da melhor via para a reparação do dano. Há também um critério inerente ao princípio da reparação natural, de índole ecológico-econômica, com existência autônoma em relação à máxima da proporcionalidade;
- 9.7 A imposição da compensação ecológica mostra-se adequada nos casos em que não há viabilidade da restauração natural, seja ela total ou parcial, do bem lesado;
- 9.8 Para a opção pela compensação ecológica não de concorrer, simultaneamente, dois requisitos: o dano ao meio ambiente deve ser efetivamente irreparável (situação a ser comprovada tecnicamente) e as medidas compensatórias devem guardar relação com o bem ambiental afetado, quer por se traduzirem em recomposição de outro bem ambiental semelhante ao degradado (ex. na mesma bacia hidrográfica, na mesma unidade de paisagem, no mesmo bairro, no mesmo bioma, etc.), quer por servirem à prevenção de outros futuros danos correlatos;
- 9.9 A indenização ou compensação financeira só terá cabimento quando não viável a reparação “in natura” total ou parcial e incabível a compensação ecológica, e nas hipóteses de danos extrapatrimoniais ou morais ambientais;
- 9.10 A indenização ou compensação financeira pode, em sede de compromisso de ajustamento de conduta, vir a ser convertida em doação de equipamentos para órgãos encarregados da preservação e defesa do meio ambiente, e desde que não descartada a tutela específica.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECHARA, Erika. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na Lei 9.985/00. 2007. 352f. Tese. Doutorado em Direito das Relações Sociais. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

BAHIA, Carolina Medeiros. **Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna**. Curitiba: Juruá, 2006.

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. **La reparación de los daños al medio ambiente**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CATALÁ, Lucía Gomis. **Responsabilidad por daños al medio ambiente**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998.

CORTESE Wanda. **I beni culturali e ambientali: profili normativi**. 2. ed. Milão: Cedam, 2002.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRUZ, Branca Martins da. Princípios jurídicos e econômicos para a avaliação do dano florestal, in **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental**. São Paulo: IMESP, 1999. p. 115-124.

CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas. **Revista de direito ambiental**. São Paulo, n. 5, jan./mar. 1997, p. 5-41.

DELL'ANNO, Paolo. **Manuale di diritto ambientale**. 4. ed. Pádua: Cedam, 2003.

DINIZ JÚNIOR, Alberto. Ação civil pública e dano ambiental. **Cadernos da EJEJ**, Série Estudos Jurídicos – Direito Ambiental, 2004, p. 81-94.

FERREIRA, Heline Sivini. Compensação ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Aspectos processuais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 56-72.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIAMPIETRO, Franco. **La responsabilità per danno all'ambiente**: profili amministrativi, civili e penali. Milão: Giuffrè, 1988.

GOMES, Luís Roberto. **O ministério público e o controle da omissão administrativa**. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

GOMES PINHO, Hortênsia. **Prevenção e reparação de danos ambientais**. As medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

GRADY, Kevin. Commonwealth of Puerto Rico v. SS Zoe Colocotroni: state actions for damage to non-commercial living natural resources. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, v. 9, 1980/1981, p. 397-429.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. **Los derechos públicos subjetivos y la participación social**. Buenos Aires: Depalma, 1985.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. Direito ambiental. Série Concursos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais – análise dos pressupostos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 50, ano 2003.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. A aplicação do princípio da proporcionalidade ao direito ambiental. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 46, abr./jun., 2007, p. 115-129

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MUSGRAVE, Richard. **The theory of public finance**. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1959.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Presença, 1993.

REDGWELL, Catherine. Compensation for oil pollution damage: quantifying environmental harm. **Marine Policy**, v. 16, n. 2, 1992, p. 90-98.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SALLES, Carlos Alberto de. Execução específica e ação civil pública. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais**. São Paulo: Renovar, 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 99.016324-5. Relator: Des. Anselmo Cerello. J. em 05. out.2000. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, v. 24, out./dez. 2001.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SEROA DA MOTTA, Ronaldo. **Manual para valoração econômica de recursos ambientais**. Rio de Janeiro, IPEA, 1997.

SILVA, Danny Monteiro da. **Dano ambiental e sua reparação**. Curitiba: Juruá, 2007.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental. **Revista de direito ambiental**. São Paulo, n. 36, out./dez., 2004, p. 42-57.

_____, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

VIEIRA, Vinícius Marçal; MENDONÇA, Jales Guedes Coelho. Danos morais coletivos em matéria ambiental. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10962>> Acesso em 18 mar. 2008.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.