

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO, PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

MOZART LEITE DE OLIVEIRA JUNIOR

**A RECONVENÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS
AMBIENTAIS**

Porto Alegre
2014

MOZART LEITE DE OLIVEIRA JUNIOR

**A RECONVENÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS
AMBIENTAIS**

Monografia apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental Nacional e Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista

Orientador: Gustavo Trindade

Porto Alegre
2014

DEDICATÓRIA

Para minha irmã Hilda, uma grande lutadora.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Gustavo Trindade pelo apoio.

RESUMO

Não obstante o reconhecimento da inadequação do Código de Processo Civil Brasileiro para as tutelas coletivas *latu sensu*, e dentre estas a tutela difusa do meio ambiente, a Instrução Normativa do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis nº10 de 07 de dezembro de 2012 determinou que havendo pleito judicial proposto pelo autuado com o objetivo de anular as sanções administrativas decorrentes do poder polícia, fosse adotada a estratégia judicial da reconvenção. A presente monografia trata da reconvenção como instrumento para reparação ambiental. O trabalho é apresentado em três capítulos. No primeiro capítulo, discorre-se sobre o enfoque das condições e pressupostos da reconvenção. No segundo capítulo discorre-se sobre a reparação ambiental, os elementos que a configuram e as formas de reparação. No terceiro e último capítulo é analisado um caso concreto na jurisprudência.

Palavras -Chave

Reconvenção- Instrumento - Reparação

RESUMÉ

Malgré la reconnaissance de l'insuffisance du Code Brésilien de Procédure Civile pour collective tutelles sensu lato, et parmi ceux-ci la protection de l'environnement diffuse, la Instruction Normative de l'Institut Brésilien de l'Environnement et des Ressources Naturelles Renouvelables n ° 10 du 7 Décembre 2012 déterminé l'utilisation d'une stratégie de demande reconventionnelle lors de la proposition par le contrevenant d'un recours en annulation de sanction administrative sur le pouvoir de police. Cette monographie traite de la demande reconventionnelle comme un outil pour réparer les dommages causés à l'environnement. Le travail est présenté en trois chapitres. Dans le premier chapitre, il discourt des conditions et des présupposes de la demande reconventionnelle. Dans le deuxième chapitre il discourt de la réparation de l'environnement, les éléments éléments que la forme et la façon de réparer. Dans le troisième chapitre nous analysons un cas dans la jurisprudence.

Mots-Clés

Reconventionnelle -Instrument - Réparation

SUMARIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	07
1 DA AÇÃO RECONVENCIONAL AMBIENTAL.....	11
1.1 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO RECONVENCIONAL.....	12
1.2 DOS PRESSUPOSTOS DA AÇÃO RECONVENCIONAL AMBIENTAL.....	17
2 DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL.....	29
2.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL.....	30
2.2 FORMAS DE REPARAÇÃO NA DEMANDA RECONVENCIONAL.....	27
3 ANÁLISE DE CASO.....	60
CONCLUSÃO	64
BIBLIOGRAFIA	65

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito ambiental resulta da colisão entre a história natural e a história humana. Em todos os tempos, os homens tem retirado da natureza seus recursos para atender suas necessidades, ocasionando mudanças formidáveis. Muitas atividades têm-se mostrado prejudicial ao ambiente natural: o desenvolvimento da agricultura, pecuária, silvicultura, artesanato e atividades pré-industriais resultaram na drenagem de zonas húmidas, desmatamento e a escassez de muitas espécies de animais selvagens. Na Europa, grandes clareiras desde a Idade Média com a destruição das florestas. No entanto, esses fenômenos ocorreram em um ritmo bastante lento, que a natureza pode se adaptar. Assim, em algumas partes da Europa, o desenvolvimento de técnicas agrícolas teve o efeito paradoxal de uma diversificação previamente desconhecida da fauna e flora. O advento da sociedade industrial, dominada pela lógica produtiva, precipitou a ruptura do equilíbrio entre homem e natureza.¹

Este cenário não foi exclusividade do velho continente. Na América e em especial no Brasil a com política extrativista implantada para retirar das colônias para fornecer à coroa portuguesa, dentre tantos produtos, nosso ouro, pau-brasil, representam o início da atividade predadora.

Na medida que a ideia de escassez e da limitação dos recursos naturais tornou-se mais evidente, a preocupação com o meio ambiente passou a ter lugar de destaque na agenda mundial. A partir de então passou a existir nos países da família romano-germânica a produção legiferante tendente a organizar, limitar, coibir e reprimir as ações perpetuadas contra o mal uso do meio ambiente com a finalidade de preservá-lo. Não obstante, a contínua ação do homem sobre a natureza na tarefa de produzir bens de consumo utilizando dos recursos naturais como insumo ou sendo alvo da poluição decorrente desta operação, trouxe a necessidade de dotar os operadores jurídicos de instrumentos, tanto para fiscalizar, proibir ou impor o dever de reparação.

Que instrumentos existem no sistema brasileiro? O código de processo civil brasileiro inspirado primordialmente para solução de conflitos privados se mostrou inadequado para as tutelas coletivas *latu sensu*, dentre elas a defesa do direito difuso ao meio ambiente.

Conforme salienta RODRIGUES:

¹LANG, Agathe Van. Droit de l'environnement. 3 ed. Paris: Thémis, 2011. p.1

As técnicas processuais coletivas do Código de Processo Civil de 1973 apontam no máximo, para o instituto do litisconsórcio, mas ainda aqui o próprio sistema econtra dificuldades para resolvê-lo, mormente quando está diante da proteção de um bem indivisível, cuja solução deve ser uniforme para todos os titulares do direito, estando ou não presentes na demanda.²

FIORILLO por sua vez afirma

(...) com o advento da formação jurídica dos direitos difusos, consequência inelutável da rebelião das massas, como anteviu há menos de século Ortega e Gasset, ou da multiplicação dos direitos, como diz Bobbio, ou ainda da massificação social, a que alude Cappeletti, que escapam de qualquer definição do ortodoxo sistema publico em contraste como privado, porquanto existente um abismo entre eles, não há mais que se falar na possibilidade de se usar o ortodoxo sistema liberal individualista do código de processo civil e normas afins para direimir os conflitos de massa.³

Assim ao falar-se devido processo de direito no âmbito de direitos coletivos *lato sensu* fatalmente somos levados a tratar da aplicação de um complexo de normas diversa, relativamente ao código de processo civil.

A chamada jurisdição civil coletiva é basicamente formada por dois diplomas legais, o Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública. Neste contexto o atual Código de Processo Civil terá aplicação subsidiária.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery esclarecem que:

A tutela em juízo dos direitos difusos e coletivos do consumidor está regulada no CDC nos arts 81 a 104. A defesa judicial dos demais interesses difusos e coletivos se faz pelos mecanismos da LACP, aos quais se aplicam as disposições processuais do CDC (CDC art. 117, LACP art. 21), o que implica na observância dos conceitos legais de direitos difusos e coletivos do CDC art. 81, pr. único I e II⁴.

A defesa do meio ambiente passou com a lei da ação civil pública a ter tratamento direto e primário, constituindo-se no principal instrumento para reparação dos danos ambientais.

²RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo Civil Ambiental. 3 ed. revista e atualizada.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.67.

³FIORILLO, Celso Antônio Pacheco.Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14. ed. revista. ampliada e atualizada em face da Rio+20 e do novo "Código" Florestal.São Paulo: Saraiva, 2013.p.618

⁴ NERY JUNIOR, NERY apud FIORILLO op.cit. p.683.

Em 10/12/2012 foi publicada no Diário Oficial a Instrução Normativa do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis nº10 de 07 de dezembro de 2012,⁵ em cujo art. 133 determinou o uso da Reconvencção como estratégia para buscar a reparação dos danos ambientais nas ações em que o infrator buscar a anulação da infração administrativa que lhe é imputada.

Art. 133. Os procedimentos previstos nos arts. 92, §§1º e 2º, e 127 não impedem o imediato ajuizamento de medidas judiciais visando à reparação de danos ambientais, não havendo necessidade de se aguardar o julgamento do auto de infração.

§ 1º Havendo pleito judicial proposto pelo autuado com o objetivo de anular o auto de infração ou quaisquer das medidas administrativas que decorram do poder de polícia ou sanções aplicadas e existindo provas da existência do dano, poderá ser adotada a estratégia judicial de reconvencção, devendo a eventual impossibilidade de fazê-lo ser justificada pela unidade jurídica responsável pela condução do processo judicial.

A partir deste termo inaugurou-se dentro do contencioso ambiental das Procuradorias Regionais, Seccionais e escritórios de representação da Procuradoria- Geral Federal a adoção da estratégia processual de buscar a reparação dos danos cometidos ao meio ambiente por meio da reconvencção.

A Administração Pública Federal elencou as seguintes justificativas para adoção da referida medida processual⁶;

_Baixo índice de cumprimento de reparações de danos ambientais por parte dos infratores;

_Baixo índice de propositura de ações civis públicas por parte do Ibama, que aguardava o encerramento do processo administrativo, a cobrança espontânea de Plano de Recuperação Ambiental e em caso de descumprimento pelo autuado, definição de critérios técnicos para reparação;

_Esvaziamentos da discussão no âmbito do processo administrativo ambiental: infratores buscam desde logo a justiça para suspender autuações, apreensões e embargos;

_Abreviamento da discussão acerca da reparação dos danos ambientais, e ao mesmo tempo agiliza-a;

_Se adequadamente utilizada, com prévia análise técnica e realização de pedido líquido, sua celeridade permite com maior grau de sucesso a recuperação do ambiente ao status quo ante;

_ Sua utilização vence a discussão sobre a banalização da ação civil pública para danos de menor monta;

Se por uma lado a sistemática processual civil brasileira atenta a evolução e a necessidade de proteger o meio ambiente criou importantes instrumentos para sua proteção, tal como a ação civil pública como o instrumento mais eficaz na proteção e reparação dos

⁵Referida instrução normativa visa regular os procedimentos para apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a imposição das sanções, a defesa, o sistema recursal e a cobrança de multas no âmbito do Ibama.

⁶ Conforme relato em reunião de trabalho realizada no âmbito da Procuradoria Regional Quarta Região realizada em 12/06/2013.

danos ao meio ambiente. Por outro lado, para àquele que infringiu à normas ambientais cometendo infrações ao meio ambiente, relegou o sistema jurídico brasileiro a via ordinária do Código de Processo Civil, para que o infrator pudesse amplamente produzir prova do seu direito contra à administração.

Seria um contrassenso? Retrocesso? Ou simplesmente mais uma alternativa?

Diante da circunstâncias apresentadas por meio do presente trabalho tentaremos responder a duas perguntas: Existe viabilidade técnica para utilização da referida estratégia? E em caso afirmativo, em quais casos elas se aplica? Nossa exposição será dividida em três capítulos, no primeiro procederemos uma análise da ação reconvencional ambiental com a demonstração dos suas condições, pressupostos na reparação dos danos ambientais. No segundo capítulo a abordagem se voltará para os estudo da responsabilidade civil ambiental e formas de reparação ambiental. No terceiro e último capítulo a análise de um caso concreto.

1-DA AÇÃO RECONVENCIONAL AMBIENTAL

A par dos instrumentos processuais já existentes de reparação de danos ao meio ambiente a utilização da reconvenção veio agregar aos operadores jurídicos mais um instrumento processual com o objetivo reparação aos danos ambientais.

Uma vez proposta a ação pelo autor abre-se ao réu a possibilidade de contestar, excepcionar ou ainda reconvir⁷.

A reconvenção é a demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado. Prescreve o Código de Processo Civil em seu art. 315 que o réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. Parágrafo único. Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem.

Reconvenção é o contra-ataque do réu que enseja o processamento simultâneo da ação principal e da ação reconvenicional, afim de que o juiz resolva as duas lides na mesma sentença.

A reconvenção, todavia é mera faculdade, não um ônus como a contestação. Da sua omissão, nenhum prejuízo decorre para o direito de ação do réu, pois, se não formulou resposta reconvenicional, pode, mesmo assim ajuizar ação paralela perante o mesmo juiz, mesmo depois de vencido o prazo de reconvir, para ajuizar pedido contra o autor que poderia ter sido objeto da reconvenção.⁸

Uma vez proposta a ação anulatória pelo infrator visando a anulação da multa ambiental e no caso de não reunirem-se as condições necessárias para no prazo da contestação e simultaneamente a esta propor tal medida, será possível buscar-se a reparação em outra oportunidade e inclusive no caso do interesse público manifestado pelo ente autárquico, buscar a reparação por meio da ação civil pública reparatória.

O fundamento do instituto está no princípio da economia processual com que se procura evitar a abertura de múltiplos processos entre as mesmas partes, versando sobre questões conexas e que podem ser apreciadas e decididas ao mesmo tempo. É um incidente processual que amplia o objeto litigioso do processo.

⁷ Prescreve o art. 297. do Código de Processo Civil; O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

⁸ TACiv.SP, APEL. 194.335, ac. de 06.06.73, in RT, 458/142 apud THEODORO JÚNIOR.Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 9 Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1992.v.1,p.385.

Na ação anulatória ambiental via de regra o autor busca a declaração de invalidade da multa contra si lavrada em face da imputação da infração administrativa ambiental apontando vícios do ato administrativo ambiental quer em relação a competência do agente público que o praticou, ilegalidade do objeto, defeito de forma, defeito de motivo ou defeito ou desvio de finalidade. Embora não se inclua propriamente como invalidade é usual a cumulação de pedidos com a utilização da via ordinária a afim de buscar a redução do valor da multa aplicada, levantar o termo de embargo, devolução dos petrechos apreendidos na fiscalização da atividade do particular ou ainda como preliminar o reconhecimento da decadência ou prescrição da pretensão punitiva ou ainda a ilegitimidade passiva do infrator para responder a autuação ambiental.

De outra parte a lide reconvençional subjacente a ação ambiental buscará, conforme a Instrução Normativa nº10 de 07 de dezembro de 2012, a reparação dos danos ambientais constados da autuação administrativa ambiental.

A ação reconvençional deve preencher os requisitos inerentes a qualquer ação tais como as condições da ação e os pressupostos processuais além de quatro pressupostos específicos, quais sejam: que o juiz da causa principal não seja absolutamente incompetente para julgar a reconvenção, compatibilidade entre os ritos da ação principal e da reconvenção, haver processo pendente e conexão entre a ação principal e a reconvenção.

1.1 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO RECONVENÇIONAL

O Código de Processo Civil brasileiro adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento de mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo⁹.

São três as condições da ação, possibilidade jurídica do pedido¹⁰, interesse de agir e legitimidade de parte. Passaremos analise de cada uma delas sob o prisma da ação reconvençional ambiental.

⁹DIDIER JÚNIOR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 16 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.v.1. p.222. Ver também sobre o tema: SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v.1. p74 a109; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 62.

¹⁰Prescreve o Código de Processo Civil; Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e

1.1.1.POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NA DEMANDA RECONVENCIONAL AMBIENTAL

A possibilidade jurídica do pedido não é simplesmente a 'previsão in abstracto no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte,' pois como bem explica Moniz de Aragão: ' A possibilidade jurídica, portanto não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico de uma previsão que o torne inviável'. Eduardo Oliveira complementa o pensamento do professor paranaense, para abarcar, também, as hipóteses em que o ordenamento não permita o pedido expressamente, como nos casos de permissões *numeros clausus*, quando haveria tanto proibição quanto o veto explícito.¹¹

O dever de reparação aos danos ambientais encontra disposto no ordenamento jurídico brasileiro quer em nível constitucional como infraconstitucional.

A Constituição Federal em seu art. 225 § 3º prescreve:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A lei 6.938, de 31 de agosto de 1981 que dispôs sobre a política nacional do meio ambiente prevê em dois preceitos o dever de reparação aos danos ambientais;

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

o interesse processual; Art. 295. A petição inicial será indeferida: (...) Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:(...) III - o pedido for juridicamente impossível;

¹¹DIDIER JÚNIOR. op.cit.p.227.

Diante de tais preceitos encontra-se, de início, atendido o requisito da possibilidade jurídica do pedido para que por meio da reconvenção se pretenda buscar a reparação dos danos ambientais. No entanto possibilidade jurídica deverá ser aferida concretamente caso a caso. Assim não basta a previsão genérica do dever da reparação para se imputar a responsabilidade a quem degradou o meio ambiente. É necessário a análise também da providencia específica, do pedido mediato formulado ao juiz.

Vejamos a seguinte infração administrativa prevista no art. 43 Decreto 6.514 de 22 de julho de 2008;

Art. 43. Destruir ou danificar florestas ou demais formas de vegetação natural ou utilizá-las com infringência das normas de proteção em área considerada de preservação permanente, sem autorização do órgão competente, quando exigível, ou em desacordo com a obtida:

Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por hectare ou fração.

Considerando a primeira parte do preceito, destruir ou danificar florestas ou demais formas de vegetação natural, seria plenamente possível a reconvenção que pretendesse a reparação dos danos concernentes a reposição de toda flora que foi suprimida com o replantio das mesmas espécies existentes na respectiva área de preservação permanente. No caso de impossibilidade absoluta da reposição in natura espécies suprimidas em razão da extinção da própria espécie suprimida, haveria então a possibilidade ou da compensação ecológica ou ainda a substituição da indenização pelo equivalente.

Agora vejamos a seguinte situação concreta: infrator, criador licenciado de diversas espécies de animais, ingressa em juízo pretendendo a anulação do auto de infração em razão de ter sido contra si lavrado indevidamente auto de infração, por haver o infrator incurso no art. 25 do decreto acima referido por Introduzir espécime animal silvestre, nativo ou exótico, no País ou fora de sua área de distribuição natural, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida pela autoridade ambiental competente, quando exigível. No caso concreto por nós enfrentado, contra o autor foi lavrado auto de infração em razão de ter em seu criadouro três animais da espécie *Sus scrofa*, ou javali, sem a respectiva licença

Adotadas as formalidades de praxe foi comunicado ao Ibama a proposição da ação ordinária, como também solicitado a análise do setor competente daquela instituição a remessa de subsídios, quer para defesa do auto de infração, como também os subsídios para eventual proposição da reconvenção. Entendeu o setor competente, além da remessa dos subsídios para defesa, que a reconvenção deveria ser manejada afim de que os espécimes

encontrados fossem sacrificados por conta do próprio criador, que embora fosse um criador licenciado, não detinha licença para criação dos javalis¹².

Pergunta-se: estaria abarcado no ordenamento jurídico a possibilidade jurídica do pedido concernente ao manejo da reconvenção para que por meio de sentença determinar ao criador por conta própria sacrifício dos javalis encontrados? A questão encontrou debate dentro do órgãos de representação do judicial e a própria autarquia.

Antes de responder a questão é necessário salientar que o Javali é um mamífero originário das regiões do norte da África e sudoeste da Ásia. Com o passar do tempo este animal foi migrando para Europa e se espalhou por diversos países daquele continente provando assim a sua grande adaptação a diferentes ambientes. Na América do Sul ele foi introduzido pela Argentina e Uruguai, se espalhando logo por toda a área da América Latina, onde foi misturado com o porco doméstico através de cruzamentos.

No Brasil acredita-se que a invasão ocorreu basicamente por dois mecanismos: em primeiro lugar através das fronteiras com o Uruguai e Argentina, e em segundo através de transporte clandestino de exemplares por meio de caminhões para criação. Dentre as consequências tem -se informação que no ano de 1993 na localidade do Herval os javalis mataram 200 cordeiros, destruíram 30% da lavoura de milho e sorgo. Na localidade do

¹² Desde 1967 é previsto o controle na introdução de fauna no país, visto que a Lei 5197/1997 estabelece em seu art.4º que nenhuma espécie poderá ser introduzida no país, sem parecer técnico favorável e licença expedida na forma da lei. Para regulamentar esse artigo foi editada a Portaria 029/94, hoje substituída pela Portaria 93/98 com o intuito de normatizar a importação e exportação da fauna brasileira exótica.

A portaria Ibama 102/1998 de 15/07/1998 visa formalizar funcionamento de animais da fauna silvestre exótica com fins econômicos e industriais estabelece:

Art. 3º - Considera-se fauna silvestre exótica aqueles animais pertencentes às espécies ou subespécies cuja distribuição geográfica não inclui o Território Brasileiro e suas águas jurisdicionais e as espécies ou subespécies introduzidas pelo homem, inclusive domésticas, em estado asselvajado ou alçado.

Parágrafo Único - São também consideradas exóticas, as espécies ou subespécies que tenham sido introduzidas fora das fronteiras brasileiras e suas águas jurisdicionais e que tenham entrado em Território Brasileiro.

Art. 18 - Fica proibida a importação de espécimes destinados a implantação de criadouros de espécies exóticas dos seguintes grupos: invertebrados, anfíbios (exceto *Rana catesbiana* - rã-touro), répteis, e as seguintes Ordens de mamíferos: *Marsupialia*, *Insectivora*, *Lagomorpha*, *Rodentia*, *Carnivora* e *Artiodactyla* (exceto os considerados domésticos para fins de operacionalização do IBAMA).

Parágrafo Único - Não será autorizada a implantação de criadouros, normalizados por esta Portaria na Amazônia Legal e na Bacia do Rio Paraguai, dos grupos mencionados no "caput" deste Artigo.

Art. 20 - Os proprietários de criadouros de javali - *Sus scrofa scrofa* e seus híbridos já existentes, deverão no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta Portaria no Diário Oficial da União, através de Ato Declaratório registrado em cartório, dar conhecimento ao IBAMA da sua existência, garantindo o direito de apresentação da documentação expressa no Art. 5º desta Portaria.

§ 1º - Fica proibida a implantação de criadouros comerciais de javali-europeu - *Sus scrofa scrofa*, em todo o Território Brasileiro que não estiverem de acordo com o "caput" deste Art. § 2º - Não será permitida a transferência e o transporte de espécimes vivos de javali entre os Estados da Federação, salvo para aqueles criadouros devidamente registrados junto ao IBAMA por meio da presente Portaria ou quando os animais destinarem-se ao abate em frigoríficos ou abatedouros, mediante apresentação da licença de transporte do IBAMA e da Guia de Transporte Animal-GTA, do Ministério da Agricultura e do Abastecimento.

município de Gerchamn em 2005 o prejuízo causado girou em torno de 4,3 milhões de reais afetando 1850 proprietários rurais.

Diante da potencialidade de possíveis danos ao meio ambiente desta espécie exótica, da experiência já vivenciada com danos de diversas ordens, pela aplicação do princípio da prevenção pensaríamos estar autorizados a formular a reconvenção afim de obter a sentença de mérito que determinasse o sacrifício dos animais.

Por sua vez a própria lei 9.605/98 em seu artigo 37 prescreve que não é crime o abate de animal, por ser nocivo, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

No entanto a solução adotada foi outra. E a questão cingia no ponto de se era possível exigir-se do infrator que sacrificasse os animais mesmo contra sua vontade.

O primeiro fundamento foi de que apesar da previsão de ausência de crime no caso de animais considerados nocivos ao meio ambiente, não decorre do preceito legal a imposição de sacrifício dos referidos animais.

De um lado o Decreto 6.514 de 22 de julho de 2008¹³ não prevê dentre as penalidades, qualquer penalidade acessória que determine, uma vez constatada a ilegalidade da criação de animais sem licença e dada a sua nocividade, o seu respectivo sacrifício uma obrigação de fazer no caso.

Por outro lado o art. 134 do referido decreto prescreve:

Art. 134. Após decisão que confirme o auto de infração, os bens e animais apreendidos que ainda não tenham sido objeto da destinação prevista no art. 107, não mais retornarão ao infrator, devendo ser destinados da seguinte forma:

I - os produtos perecíveis serão doados;

II - as madeiras poderão ser doadas a órgãos ou entidades públicas, vendidas ou utilizadas pela administração quando houver necessidade, conforme decisão motivada da autoridade competente; III - os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais;

IV - os instrumentos utilizados na prática da infração poderão ser destruídos, utilizados pela administração quando houver necessidade, doados ou vendidos, garantida a sua descaracterização, neste último caso, por meio da reciclagem quando o instrumento puder ser utilizado na prática de novas infrações;

V - os demais petrechos, equipamentos, veículos e embarcações descritos no [inciso IV do art. 72 da Lei nº 9.605, de 1998](#), poderão ser utilizados pela administração quando houver necessidade, ou ainda vendidos, doados ou destruídos, conforme decisão motivada da autoridade ambiental;

VI - os animais domésticos e exóticos serão vendidos ou doados.

¹³Prevê O Art. 3º As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções: I - advertência; II - multa simples; III - multa diária; IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; V - destruição ou inutilização do produto; VI - suspensão de venda e fabricação do produto; VII - embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas; VIII - demolição de obra; IX - suspensão parcial ou total das atividades; e X - restritiva de direitos.

VII - os animais da fauna silvestre serão libertados em seu hábitat ou entregues a jardins zoológicos, fundações, centros de triagem, criadouros regulares ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de técnicos habilitados.

Verifica-se portanto que previsão autoriza tão somente a venda ou doação dos animais exóticos.

A ausência de previsão legal que tornasse viável a pretensão do ente público acarretou a não interposição da medida pelo reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido.

O caso concreto denota um cuidado ao se manejar reconvenção com vistas a reparar ou prevenir os danos. Os pedidos devem necessariamente ter compatibilidade com ordenamento jurídico ambiental. Por isso a restauração natural, a compensação ecológica e mesmo a substituição pela indenização pecuniária tem plena compatibilidade no exame das condições da ação reconvenicional.

1.1.2.DO INTERESSE DA AGIR NA DEMANDA RECONVENCIONAL AMBIENTAL

O interesse de agir como uma das condições da ação decorre do art. 3º do Código de Processo Civil que prescreve que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Silva define-a como a necessidade que deve ter o titular do direito de servir-se do processo para obter a satisfação de seu interesse material ou para, através dele, realizar o seu direito¹⁴.

A parte tem "necessidade" quando seu direito material não pode ser realizado sem a intervenção do Juiz. Contudo, além da "necessidade" exige-se a "adequação. Se parte requer providencia jurisdicional incapaz de remediar a situação por ela narrada na fundamentação do seu pedido, também falta o interesse de agir¹⁵.

É possível afirmar que o exame do interesse de agir passa pela verificação da utilidade e necessidade do provimento judicial¹⁶.

Haverá utilidade da jurisdição que por sua natureza, verdadeiramente se revele - sempre em tese - apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do

¹⁴SILVA, op. cit. p.104

¹⁵MARINONI, op.cit. p. 62.

¹⁶DIDIER JR, ao contrário de Ovídio Batista e Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart, entende que a adequação não integra o interesse de agir. Afirma o autor:" Em relação à adequação do provimento(do pedido) ao fim almejado, a situação ou é : a) de impossibilidade jurídica do pedido;b)ou o próprio sistema admite a fungibilidade(arts.805 e 920 do CPC) , como de resto deveria ser a regra; c)ou o caso é de erro de nome, corrigível pelo próprio magistrado; d) ou não sendo possível a correção pelo magistrado, deverá ele determinar a alteração do pedido, conforme, aliás, autoriza o art. 264 do CPC;"op.cit. p. 239.

requerente.¹⁷ Haverá necessidade como forma de solução de conflito diante do não cumprimento espontâneo.

Nas palavras de LIEBMAN a existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor o interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolvê-lo. Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, antieconômico e dispersivo.¹⁸

MARINONI e ARENHART em relação ao interesse de agir especificadamente aplicada à reconvenção salientam que a presença do interesse de agir (especificamente em relação à necessidade da tutela jurisdicional) depende da localização de alguma utilidade nova que não seria obtida através da solução da demanda inicial positiva ou negativamente¹⁹.

Considerando o exemplo anteriormente citado em que o infrator foi autuado por destruir ou danificar florestas ou demais formas de vegetação em área considerada de preservação permanente, sem autorização do órgão competente, a reconvenção que pretendesse a reparação dos danos concernentes a reposição de toda flora apresenta interesse de agir plenamente justificável.

Ressalvado os casos de recomposição dos danos ambientais por iniciativa do próprio agente causador, a situação em que a procura da tutela jurisdicional seria injustificável, inadequada e desnecessária, nos casos em que tal recomposição não se dê de forma espontânea a procura da tutela jurisdicional tem-se mostrado imprescindível e necessária. O manejo da reconvenção encontra em situações como a narrada atendido o requisito do interesse de agir afim de que os órgãos públicos ambientais a utilizem como estratégia para reparação ambiental.

A doutrina processual civil também aponta a adequação do procedimento ao tipo de tutela jurisdicional pretendida como requisito do interesse para agir, assim se a tutela pretendida não se adequar ao tipo do procedimento fatalmente existirá falta de interesse. O exemplo comum diz respeito ao autor que ingressa com mandado de segurança e ao final requer condenação da parte adversa ao pagamento de alguma indenização. Neste caso diz-se que o autor não detém legítimo interesse por ausência de adequação.

A adequação da utilização da reconvenção como estratégia para reparação dos danos ambientais também deve ser analisada do ponto de vista da dimensão dos danos e os legítimos

¹⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. apud DIDIER JÚNIOR. op. cit. p.235

¹⁸LIEBMAN, Enrico Túlio apud SILVA, op.cit. p.105.

¹⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit.. p. 153;

interessados. Abre-se a ressalva que na medida que a dimensão dos danos alcança proporções além da relação processual inicialmente existente e dependente entre o autor na respectiva ação anulatória e o réu- reconvinte, para alcançar terceiros pela via reflexa ou em razão dos danos por ricochete, poderá acarretar falta de interesse na modalidade adequação;

Imaginemos um navio petroleiro que em razão de vazamento de óleo provoca danos diretos ao meio ambiente como a mortandade não só de peixes mas de toda fauna e flora marinhas. Por ricochete acabam os referidos danos ambientais causar danos também aos pescadores que naquela região exerciam sua profissão e da pesca retiravam seu sustento e que em razão do acidente não mais poderão exercer sua profissão naquela região. Também o mesmo acidente provocará a prejuízos a determinada indústria que não poderá atender seus contratos de fornecimento de pescado a outras empresas, acarretando a quebra de diversos contratos com sérios prejuízos econômicos o que provocará a demissão de vários empregados diretos.

Neste exemplo a empresa petroleira e deverá ser autuada²⁰ e conseqüentemente poderá discutir em juízo o respectivo auto de infração, a reconvenção entretanto no referido exemplo não será a medida correta em razão da falta de interesse na modalidade adequação. Nestes casos a medida processual adequada deverá ser a ação civil pública, que será o instrumento adequado para buscar a reparação dos diversos danos ao meio ambiente ou através do meio ambiente como instrumento que é na tutela de interesses coletiva *latu sensu* .

1.1.3. LEGITIMIDADE PARA SER PARTE NA DEMANDA RECONVENCIONAL AMBIENTAL

É direito de todos o acesso á jurisdição e como consequência a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.²¹ Porém, à nem todos, de modo eficaz, será reconhecido validamente a respectiva pretensão. Somente àqueles que tiverem pertinência subjetiva com o direito pleiteado em juízo é que terão legitimidade quer para serem autores ou réus da demanda;

²⁰Prescreve o [DECRETO Nº 6.514, DE 22 DE JULHO DE 2008](#) Art. 61. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da biodiversidade: Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Parágrafo único. As multas e demais penalidades de que trata o caput serão aplicadas após laudo técnico elaborado pelo órgão ambiental competente, identificando a dimensão do dano decorrente da infração e em conformidade com a gradação do impacto.

²¹Art. 5º XXXV da Constituição Federal;

Para ARRUDA ALVIN, estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença²².

Por sua vez AMARAL DOS SANTOS, seguindo orientação mais relacionada ao direito abstrato da ação afirma que legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste á pretensão²³;

A legitimidade para ser parte está prevista no código de processo civil em seu artigo 6º o qual prescreve que ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Isso quer dizer, em princípio, que somente tem legitimidade para a causa, na qualidade de autor, aquele que se diz titular do direito material, podendo ser réu apenas aquele que no plano de direito material, tem a obrigação correspondente ao direito afirmado na petição inicial²⁴. A esta legitimação é dada o nome de ordinária.

A legitimação extraordinária é a circunstância que se permite que aquele que está em juízo demandar em nome próprio na defesa de direito alheio é o caso da substituição processual²⁵.

É de salientar que diante da própria natureza da reconvenção somente o réu poderá reconvir ao autor. Este, já exerceu o seu direito de agir contra o réu no momento da propositura da demanda onde em princípio já deduziu sua pretensão fixando os limites que será prestada a jurisdição que adquiriu estabilidade após a citação do réu. Somente será lícito ao autor ampliar seu pedido se antes da citação assim o requerer ao juiz²⁶ ou com a anuência do réu após a citação. Assim após a citação do réu, e apresentação por este de sua contestação, exceção ou reconvenção, não será lícito ao autor imbuído ou pressionado pela reconvenção também reconvir.

²²ALVIN apud THEODORO JÚNIOR.Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 9 Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1992.v.1. p.57.

²³AMARAL DOS SANTOS apud THEODORO JÚNIOR op. cit. p.57

²⁴MARINONI, op.cit.p.63.

²⁵Conforme MARINONI E ARENHART "(...)considerado o denominado "sistema de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Lei da Ação Civil Pública,Título III do Código de Defesa do Consumidor) percebe-se que a ideia de legitimidade para a causa não tem nada a ver com titularidade do direito material, até porque não se pode dizer, por exemplo, que alguém é titular do direito à higidez do meio ambiente(direito difuso, cuja titularidade é indeterminada). Na verdade nesses casos, a legitimidade para a causa não é concebida nos moldes do processo individual, mas sim para adequar-se ao chamado processo coletivo.op.cit.p.64

²⁶Prescreve o Código de Processo Civil no Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa

Assim na respectiva ação ordinária proposta pelo infrator com a finalidade de anular o auto de infração ambiental ou quaisquer das medidas administrativas que decorram do poder de polícia ou sanções aplicadas pelo agente público no exercício do poder de polícia ambiental, infrator e ente público ocuparão a posição ordinariamente de autor e réu.

Ao mesmo tempo o Ibama na reconvenção proposta com a finalidade de impor ao autor a reparação do meio ambiente degradado agirá, por sua vez, como substituto processual na qualidade de réu- reconvinte pleiteando em nome próprio a defesa do direito alheio.

Questões que merecem atenção dizem respeito quando o autor também agir como substituto processual, a pluralidade de partes e se o dano atingir a terceiros não integrantes da relação originalmente proposta pelo autor.

A primeira questão o próprio código de processo civil veda taxativamente ao réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem. Disto conclui-se que se o legislador quisesse vedar o inverso, o réu na condição de substituto processual propor ação reconvenicional o teria feito, e não o fez, possibilitando a reconvenção em matéria de reparação ambiental.

Quanto a pluralidade de partes ou litisconsórcio a doutrina processual civil refere que o réu pode ajuizar reconvenção contra o autor e contra outros co-réus da ação principal, se opostos ou distintos seus interesses. Havendo mais de um autor, o réu pode ajuizar reconvenção contra apenas um deles, se não houver necessidade litisconsorcial passiva na demanda reconvenicional. Quando ocorre necessidade litisconsorcial ativa na reconvenção, o réu pode associar-se a um terceiro para ajuizar a demanda reconvenicional. No caso de caracterizar-se litisconsórcio ativo simples e facultativo para reconvenção não há nenhum obstáculo legal para que o réu se litisconsorcie a um terceiro para juntos demandarem contra o autor -reconvindo²⁷.

Analisando a questão sob o enfoque da proposição da reconvenção quando o autor ingressar com ação anulatória da sanção administrativo-ambiental aplicada, dificilmente existirá pluralidade de autores que pretendam anular auto de infração sem que todos tenham sofrido a mesma autuação ambiental. Logicamente, ou todos sofreram a mesma autuação e causaram danos ao meio ambiente e por conseguinte são todos legitimados a propor a respectiva ação ordinária, e também figurarem no polo passivo da reconvenção ou quem não sofreu sanção administrativo-ambiental não será legitimado a propor ação ordinária com a

²⁷NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 5 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p.795

finalidade de anulação da sanção e portanto será ilegítimo passivamente para responder a reconvenção.

Agora lembremos do exemplo anterior do navio petroleiro que em razão de vazamento de óleo provoca danos diretos ao meio ambiente, prejuízos a determinada industria e danos aos pescadores da respectiva região. Afirmamos anteriormente o nosso ponto de vista que careceria a reconvenção na modalidade ausência de adequação. Esta ausência de adequação se reflete também na de pluralidade de atingidos pelos danos ambientais. Não vejo compatibilidade na circunstância do ente público buscar a reparação ao meio ambiente por meio da reconvenção agindo como substituto processual em que o substituído é a coletividade ligadas por circunstâncias de fato em litisconsórcio com os titulares de interesses ou direitos identificados por uma relação jurídica base ou ainda com os titulares de interesses ou direitos individuais homogêneos. Para estes casos, reafirma-se a medida adequada será a proposição da ação civil pública que melhor atenderá de forma coletiva os danos integrais ao meio ambiente.

Deve-se ter sempre presente que a reconvenção como instrumento para reparação ambiental deverá ser uma estratégia a ser adotada por questões de conveniência e celeridade processual. Na medida em que esta celeridade for prejudicada pelo ingresso de alguém que não é parte originalmente na relação processual - ação anulatória da infração - e mais ostentando qualidade diversa de legitimação, ordinária, perde-se a conveniência de proposição deste instrumento.

1.2 DOS PRESSUPOSTOS DA AÇÃO RECONVENCIONAL AMBIENTAL

Ação reconvenicional da mesma forma que qualquer outra ação também está sujeita a "pressupostos processuais"²⁸ que deverão ser atendidos. Além dos "pressupostos processuais" comuns a qualquer ação deve a ação reconvenicional atender a pressupostos específicos. Será em relação a estes que trataremos neste tópico, quais sejam: Causa Pendente, Conexão com a

²⁸Conforme DIDIER JR " Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade. A terminologia merece uma correção técnica. Pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade, como já foi visto no primeiro capítulo. Assim é mais técnico falar em requisitos de validade, em vez de "pressupostos de Validade". "Pressupostos Processuais" é denominação que se deveria reservar apenas aos pressupostos de validade. Sucede que "pressupostos processuais" é expressão consagrada na doutrina, na lei (vide inciso IV do art.267 do CPC) e na jurisprudência. È possível, assim falar em "pressupostos processuais" *latu sensu*, como locução que engloba os requisitos de validade como os pressupostos processuais *strictu sensu* (somente aqueles concernentes à existência do processo). A utilização da expressão "pressupostos processuais" (entre aspas) indica referência aos pressupostos processuais amplamente considerados." op.cit.p.540

Ação Principal e Competência do Juiz da Ação Originária para Julgar a Demanda Reconvencional e Identidade de Procedimento.

1.2.1 CAUSA PENDENTE

A existência de uma causa pendente tem uma razão lógica de ser. A reconvenção embora considerada como uma ação do réu contra o autor, é dependente da ação principal. Não existe reconvenção autônoma, que seria uma contradição em termos²⁹.

A este pressuposto liga-se a outro que diz respeito ao momento da sua proposição. A reconvenção deverá obrigatoriamente ser proposta no prazo fixado para apresentação da contestação. E não basta ser proposta no mesmo prazo, porque eventual interpretação alargada poderia dar a entender que se o réu interpõe no décimo a contestação ainda seria possível em razão exclusivamente do prazo excedente propor a reconvenção no décimo quinto dia. Assim a reconvenção deve ser proposta simultaneamente. Se o réu apresentar a contestação e por qualquer lapso não interpor simultaneamente a reconvenção não mais poderá fazê-lo em face da preclusão consumativa. Em tal situação deverá o réu ingressar com uma nova ação originária.

Na reconvenção a ser proposta pelo ente público visando a reparação dos danos ambientais contará a fazenda pública com o prazo em quádruplo para contestar e consequentemente este será o prazo também da reconvenção, o que revela importância para que o poder público faça o levantamento dos danos que pretende ver reparados, principalmente com a coletas das informações no processo administrativo ambiental que originou a imputação da infração administrativa e identificou a ocorrência dos danos pelo resultado da ação do infrator.

1.2.2 CONEXÃO COM AÇÃO PRINCIPAL OU COM O FUNDAMENTO DE DEFESA

A reconvenção deve ter conexão com a ação principal ou com o Fundamento da defesa.

Conforme BARRBOSA MOREIRA³⁰:

²⁹ DIDIER JÚNIOR. op.cit. p.541.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. 21 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p.45.

O conceito de conexão, no art. 315, é mais amplo que o art. 103, conforme evidencia a circunstância de usar a lei, naquele dispositivo, a palavra "conexa" para indicar somente a relação entre duas ações, mas também entre uma ação(a reconvenção) e o "fundamento da defesa";

Trata-se de vínculo mais singelo: basta que haja certa afinidade de questões, com o respeito aos demais requisitos³¹. MARINONI E ARENHART apontam a pertinência ou imbricação entre ambas as ações³².

Conforme CHIOVENDA³³:

Não se exige que a reconvenção se funde no mesmo título, ou seja, na relação jurídica que constitui o fundamento próprio da ação, mas que se funde em um título ou relação jurídica deduzida pela necessidade da ação. Assim é para o direito italiano e também deve ser para o direito brasileiro. A conexão exigida para a reconvenção satisfaz-se com o liame estabelecido entre a causa de pedir próxima ou remota, não sendo necessário que todo o fundamento da ação seja também o da reconvenção.

A lei também prevê a possibilidade de reconvenção quando conexa com o fundamento da defesa. Sob este fundamento o réu deverá contestar a ação e trazer na reconvenção algum elemento novo que o conecte com a ação principal.

Assim no exemplo de previsto no art. 43 do Decreto 6.514 de 2008 quando ao particular é imputada a conduta de destruir ou danificar florestas ou demais formas de vegetação natural sem autorização do órgão competente, quando exigível, ou em desacordo com a obtida, a reconvenção com a finalidade de reparação ambiental atende a ambos os requisitos.

A ação proposta pelo autor visa a anulação da sanção ambiental apontando vícios no ato administrativo que constatou a sua ocorrência e imputou ao agente a respectiva conduta. Referida conduta, por sua vez, tem como resultado material os danos ao meio ambiente devidamente constatados no processo administrativo. A reconvenção neste caso é conexa com a atividade executada pelo particular subsumida na hipótese que lei descreve como conduta infracional com o respectivo resultado material, os danos. Também traz um elemento novo ao processo referente ao pedido de reparação ao meio ambiente.

1.2.3 COMPETÊNCIA

³¹DIDIER JÚNIOR. op.cit..p.543

³²MARINONI, Luiz Guilherme;ARENHART,Sérgio Cruz. op.cit..p.155.

³³CHIOVENDA apud MARINONI, Luiz Guilherme;ARENHART,Sérgio Cruz. op.cit.p.155.

Para o devido processamento da reconvenção o juiz que apreciará a reconvenção ambiental deverá ser o mesmo da causa principal³⁴.

A reconvenção, como já dissemos não é autônoma, caso contrário seria uma ação como outra qualquer. Somente é possível o réu reconvir se o magistrado da causa principal, que tem competência para julgar a ação principal, tiver competência em razão da matéria e da pessoa para julgar a causa vertida na reconvenção. Por conta disso, a reconvenção será distribuída por dependência (art. 253 do CPC). Aplica-se aqui por analogia o disposto no inciso II do §1º do art. 292 do CPC, que cuida dos requisitos para cumulação de pedidos³⁵. O juiz que detiver a competência material para julgar a ação principal, em razão da conexão será o competente para julgar a reconvenção.

Aplicam-se à reconvenção mesma regra geral quanto a repartição de competência do sistema do Código de Processo Civil.

Relativamente competência de foro, segundo o entendimento jurisprudencial as autarquias federais são, para fins processuais, consideradas como Fazenda Pública. No Judiciário têm elas os privilégios da União, tais como prazos em dobro e isenção de custas, a dizer que são a própria União e, desta forma, aos feitos em que fazem parte como ré é aplicável o § 2º do artigo 109³⁶ da CF, que se sobrepõe ao que dispõe o CPC sobre a competência³⁷.

Terá o autor - infrator a opção em propor a demanda anulatória da sanção administrativo ambiental na seção judiciária onde for domiciliado, onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda, onde esteja situada a coisa ou ainda no distrito federal.

³⁴Prescreve o art. 109 do Código de Processo Civil: " O juiz da causa principal é também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente, as ações de garantia e outras que respeitem ao terceiro interveniente." grifos nossos.

³⁵Art. 292 do Código de Processo Civil: É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.

³⁶Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

³⁷Acórdão proferido em 18/02/2014 em sede de processo eletrônico Agravo de Instrumento 5026120-89.2013.404.0000.

Diante de tal preceito poderemos enfrentar a situação do autor-infrator propor ação anulatória da sanção administrativa em seção judiciária³⁸ que não coincida com a do local do dano, ou mesmo em seu próprio domicílio também diverso do local dano.

Assim se por uma lado é possível o autor nos termos do § 2º do artigo 109 da Constituição Federal escolher quaisquer dos foros ali indicados para proposição da respectiva ação anulatória da sanção administrativo-ambiental e na afirmação de DIDIER JR o réu não pode opor-se à opção feita pela autor, nem mesmo se o autor não optou pelo seu domicílio³⁹ uma vez fixado a competência do juiz pela escolha do foro realizado pelo autor na ação originária, não haverá óbice do ponto de vista processual, ao nosso ver, da demanda reconvençional tramitar no mesmo juízo, mesmo que diverso do local do dano. Lembre-se que restrição existente no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, de que ação deverá ser proposta no local dano aplica-se àquele procedimento. De outra banda se o autor escolheu como foro a seção judiciária onde estiver domiciliado e for diverso do local da infração e dos danos não poderá opor exceção de incompetência.

A análise da viabilidade da proposição da ação reconvençional em foro diverso onde ocorreram os danos se dará muito mais pela conveniência, economia e celeridade processual do que propriamente por requisitos técnico-processuais. A necessidade de realização de diligências tais como perícias para fixação da extensão do dano, justificaria, por economia e celeridade processual a não proposição da reconvenção nestes casos e sim a interposição de ação civil pública no local do dano. Ai sim a obrigatoriedade de se observar o local do dano como foro competente.

No presente caso, determinada a competência do juiz para julgar a ação anulatória da sanção administrativa ambiental, face a possibilidade de cumulação de pedidos no procedimento ordinário, será este juiz competente para julgar a reconvenção com a finalidade de reparação dos danos ambientais.

1.2.4. IDENTIDADE DE PROCEDIMENTO

Para proposição da reconvenção é necessário que o procedimento da ação principal seja compatível com a formulação da medida. Uma das grandes vantagens da utilização da

³⁸ "A justiça federal divide-se territorialmente em seções judiciárias. Cada Estado-membro corresponde a uma seção. A seção judiciária divide-se, por sua vez em subseções: distribuição da competência territorial dentro do mesmo território do Estado -membro. A subseção está para seção judiciária assim como o distrito está para comarca." DIDIER JÚNIOR. *Fredie.op.cit.* p.165.

³⁹ *Ibidem* p.164.

reconvenção é a formação de um *processus simultaneus*⁴⁰ em que ambas, ação e reconvenção sejam conhecidas e decididas concomitantemente.

Como a *conventio* e *reconventio* se desenvolvem num único processo, encaminhadas para simultânea decisão das pretensões de ambas as partes, será preciso que os atos processuais respectivos, de uma e outra ação andem igual passo, e pois, que ambas as ações deem lugar a processos que sigam o mesmo rito, isto é, tenham o mesmo procedimento⁴¹.

Para tanto o rito da ação principal deve ser o mesmo a ser adotado para reconvenção ambiental. A análise da proposição da reconvenção sob o prisma do rito é dependente do rito adotado pela ação principal anulatória da sanção ambiental.

Assim, senão for prevista a possibilidade de reconvenção em determinado rito escolhido pelo autor ao propor sua ação anulatória, não será possível a utilização da reconvenção.

Ao réu-reconvinte constatado o rito da ação proposta pelo autor deverá verificar a compatibilidade do exercício da reconvenção com a ação principal sem a possibilidade de alterá-lo.

É equivocado propor ação reconvenicional no âmbito do procedimento ordinário do Código de Processo Civil pretendendo emprestar à demanda reconvenicional natureza jurídica de ação civil pública⁴². Embora a ação civil pública seja o principal instrumento utilizado para reparação dos danos ao meio ambiente, com ela não se confunde a ação reconvenicional com a finalidade, também de reparação dos danos. Se por um lado não se pode requerer com a reconvenção a incidência do procedimento da ação civil pública, também o juiz não pode entender que em razão o objeto da demanda reconvenicional, reparação aos danos ambientais seria obrigatória a incidência dos preceitos daquele lei especial e indeferir o processamento da reconvenção.

⁴⁰SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 27 ed. Atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhen. São Paulo: Saraiva, 2011.v.2.p.268.

⁴¹Ibidem, p. 268.

⁴²Conforme excerto da decisão interlocutória proferida pelo Juízo Federal da 2 Vara Federal de Joinville em 11/07/2013 no processo judicial eletrônico 5006105-30.2013.404.7201 tem-se claro o equívoco cometido: "Em análise a reconvenção proposta no evento 18, observo que não está presente o requisito da compatibilidade entre os procedimentos da ação principal e da reconvenção (ação civil pública). A ação principal é regida pelo procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, já a reconvenção pelo regime previsto na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85). Da mesma forma, a ação principal visa anular multa ambiental, não exigindo extensa instrução probatória. Já a reconvenção pretende condenar o reconvindo a reparação de danos ambientais em espécie, assim como a indenização pecuniária. Na reconvenção, certamente, será exigida ampla instrução probatória, podendo vir a ser designada perícia *in loco* para verificar a ocorrência do dano, assim como sua magnitude. Desta forma, é evidente a incompatibilidade procedimental entre a ação principal e a reconvenção ora analisada."

Considerando a adoção do rito ordinário pelo autor visando a anulação da sanção administrativo- ambiental, o ajuizamento da reconvenção sob o mesmo rito ordinário não tem o condão de alterar por si só o procedimento ordinário para o procedimento previsto para ação civil pública ou mesmo ser o pedido de reconvenção rejeitado pela identidade da finalidade reparatória que coexiste entre a reconvenção proposta com a finalidade de reparação ambiental e a ação civil pública proposta com a mesma finalidade.

Por assim dizer são duas "grandezas distintas" que não podem ser confundidas em razão da mesma finalidade. A ação civil pública repise-se é ação específica com procedimento próprio cujos os titulares são específicos e pode dentre as finalidades previstas na lei, ser utilizada para reparação dos danos ao meio ambiente.

A reconvenção para reparação ambiental é ação do réu contra o autor que somente pode ser exercida se o rito da ação principal o permitir, sem que se pretenda a adoção de outro rito que não seja o mesmo da ação principal. Assim a se o autor adotou o rito ordinário, este será o rito da demanda reconvenicional. O pedido de reparação ambiental na demanda reconvenicional é compatível com o rito da ação ordinária e opção pela escolha deste rito pelo ente público não pode ser afastada pela coexistência do instrumento da ação civil pública.

2 DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

Conforme previsão da Instrução Normativa nº10 de 07 de dezembro de 2012 estabeleceu como requisito para utilização do instrumento da reconvenção a existência da prova do dano ambiental⁴³.

A simples prova dano não enseja sozinha a responsabilidade civil. A existência do nexo de causalidade entre a conduta do agente o resultado lesivo ao meio ambiente, pelo contrário faz incidir o dever de indenizar.

A base da reparação ambiental⁴⁴, conforme vimos no início do nosso trabalho repousa nos preceitos contidos no art. 225 §3º da Constituição Federal de 1988 e no artigo 4º, inciso, VII, e art.14,§1º da lei 6.938, de 1981.

A dicção de tais preceitos impõe à aquele que causou o dano ambiental o dever de repará-lo integralmente independente da culpa, impondo a aplicação da teoria objetiva da responsabilidade civil.

A estrutura dogmática da responsabilidade civil por danos ambientais funda-se na teoria do risco concreto, o que, em outras palavras, significa a exigência da comprovação de um dano concreto ao meio ambiente para atribuição da responsabilidade civil ao seu causador⁴⁵.

⁴³Art. 133. Os procedimentos previstos nos arts. 92, §§1º e 2º, e 127 não impedem o imediato ajuizamento de medidas judiciais visando à reparação de danos ambientais, não havendo necessidade de se aguardar o julgamento do auto de infração.

§ 1º Havendo pleito judicial proposto pelo autuado com o objetivo de anular o auto de infração ou quaisquer das medidas administrativas que decorram do poder de polícia ou sanções aplicadas e existindo provas da existência do dano, poderá ser adotada a estratégia judicial de reconvenção, devendo a eventual impossibilidade de fazê-lo ser justificada pela unidade jurídica responsável pela condução do processo judicial.

⁴⁴Constituição Federal :Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A lei 6.938, de 31 de agosto de 1981 :

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Art.14 Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

⁴⁵CARVALHO, Délton Winter de. Dano Ambiental Futuro:. A Responsabilização Civil pelo Risco Ambiental. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013. p.98.

Nesta parte abordaremos o elementos da responsabilidade civil ambiental numa primeira momento e num segundo momento os mecanismos de reparação ambiental;

2.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Se por um lado a aplicação da responsabilidade objetiva para imposição da obrigação do dever de reparar o meio ambiente carece da comprovação da culpa, por outro lado em sua estrutura exige-se a comprovação da conduta do agente, do dano e do nexo da causalidade.

2.1.1 DA CONDUTA DO AGENTE

Por conduta do agente deve-se entender a toda ação ou omissão que provoque o resultado lesivo ao meio ambiente. Determinada conduta tanto poderá ter uma valoração no âmbito cível, administrativo ou penal refletindo a possibilidade de responsabilização do causador da lesão respectivamente em cada uma das esferas, todas independentes, entre si.

No caso especial da reconvenção nos termos em que foi adotada referida estratégia requer-se, da conduta infracional de que restou incurso o agente, o respectivo resultado lesivo ao meio ambiente. Porém nem toda conduta infracional terá um resultado material naturalístico causador de danos ambientais. Existem infrações sem que delas decorram resultados materiais lesivos ao meio ambiente⁴⁶.

Por outro lado não apenas das ações, assim consideradas como um agir positivo humano resultam danos ao meio ambiente. As omissões tanto podem ser elencadas como hipóteses legais de infrações administrativas como delas podem acarretar num resultado material lesivo ao meio ambiente⁴⁷. Tal modalidade é o que se constitui no ato comissivo por omissão.

ITURRASPE, por seu turno afirma que, em matéria de direito ambiental adquire relevância a conduta omissiva, ao lado da ação positiva, como fonte de danos. A omissão

⁴⁶ Art. 55 do Decreto Nº 6.514 de 22 de julho de 2008: Deixar de averbar a reserva legal;

⁴⁷ Art. 62 do Decreto Nº 6.514 de 22 de julho de 2008 Incorre nas mesmas multas do art. 61 quem:

VI - deixar, aquele que tem obrigação, de dar destinação ambientalmente adequada a produtos, subprodutos, embalagens, resíduos ou substâncias quando assim determinar a lei ou ato normativo;

pode referir-se a deveres específicos, impostos por leis, decretos ou normas, como o dever genérico de diligência para evitar prejuízos ambientais.⁴⁸

Assim, se por um lado o art. 225 da Constituição Federal prevê o dever à toda coletividade de defender e preservar o meio ambiente, este dever tanto se reflete uma exigência positiva, na adoção de determinadas condutas das quais não pode a coletividade omitir-se, como um dever frente uma determinação de abstenção. Relativamente aos danos quando o §3º do mesmo art.225 da Constituição Federal prevê o dever de reparar o dano em razão das condutas lesivas ao meio ambiente, tais condutas tanto podem ser resultado de uma ação positiva ou omissão a que estaria obrigado o causador do dano.

2.1.2 DANO AMBIENTAL

A palavra dano no vernáculo nacional significa estrago, prejuízo⁴⁹.A doutrina civilista procurou definir danos conforme duas teorias principais, a teoria da diferença e a teoria do interesse. A teoria da diferença entende o dano como a diferença entre a situação patrimonial antes e depois da sua existência⁵⁰. Pela teoria do interesse é a lesão de interesses juridicamente protegidos.

A teoria da diferença não atenderia às situações de reposição in natura, dos lucros cessantes e danos extrapatrimoniais. A simples operação aritmética de constatar o quanto foi diminuído no patrimônio da vítima e sua respectiva reparação com a reparação in natura pode abranger bens e valores sem expressão econômica incorrendo desproporcionalidade entre o dano e sua reparação. Segundo a teoria da diferença esta não consegue delimitar o dano quanto a pretensão aos lucros cessantes. Sendo estes identificados com aquilo que a vítima deixará de ganhar após o evento danoso; não identifica sua incorporação antes da sua ocorrência porque ainda não incorporados no patrimônio da vítima. Quanto aos danos extrapatrimoniais por não terem repercussão econômica no patrimônio da vítima, não seriam aferíveis pela teoria da diferença antes do dano.

O interesse consiste na posição de uma pessoa em relação a uma bem, suscetível de satisfazer-lhe uma necessidade. Deve-se entender bem em sentido amplo, o meio de satisfação

⁴⁸ITURRIASPE, Jorge Mosset apud LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁴⁹HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa: Elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C LTDA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.p. 119.

⁵⁰COUTO E SILVA,Clóvis apud SEVERO, Sérgio. Os Danos Extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996.p.6

de uma necessidade.⁵¹ Segundo DE CUPIS o que o direito tutela o dano vulnera. Se o direito tutela um determinado interesse humano, este pode ser atacado por um dano, que será um dano em sentido jurídico (dano jurídico), enquanto contra ele o direito impõe sua reação⁵².

A teoria do interesse consegue identificar como dano à lesão de interesses que não tenham expressão econômica e que por isso também merecem proteção jurídica. Abrange como interesse tutelado o dano extrapatrimonial.

O conceito de dano como violação a interesse protegido do direito privado vai influenciar no conceito dos danos ambientais uma vez que nem sempre teremos como quantificar o valor econômico do meio ambiente, mas que nem por isso deixa de ser tutelado.

Por sua vez o conceito de meio ambiente não pode ser restringido aos bens naturais, deve abranger os bens culturais e dentre estes o meio ambiente do trabalho.

Para José Afonso da Silva o meio ambiente é:

(...)a interação do conjunto dos elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais⁵³.

Seguindo a tendência totalizante de meio ambiente englobando os o meio ambiente natural e cultural COIMBRA o define como:

(...) o conjunto de elementos físicos, químicos e biológicos e de suas múltiplas relações, ordenados para perpetuação da vida e organizados em ecossistemas naturais e sociais, constituindo uma realizada complexa e marcada pela ação humana⁵⁴.

O bem ambiental, como registra BENJAMIN, deve ser entendido como *macrobem*, não se confundindo com os bens corpóreos que o integram, os *microbens* (ar, água, solo, fauna flora e paisagem). O conceito básico de qualidade ambiental que fundamenta a noção de *macrobem*, em sua dimensão imaterial e difusa, é um estado específico, qualificado, apto a satisfazer os fins ambientais com a preservação de sua capacidade ambiental, mediante o equilíbrio ecológico ambiental. Como ressalta Benjamin, é uma especificidade do direito ambiental que rompe com o paradigma tradicional e cartesiano, de proteger o todo, através do

⁵¹ Ibidem op. cit. p.6

⁵² DE CUPIS apud ob. cit. p. 7

⁵³ SILVA, José Afonso da . Direito Constitucional Ambiental. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002. p.20.

⁵⁴ COIMBRA, José apud PINHO, Hortênsia Gomes. Prevenção e Reparação de danos Ambientais: As Medidas de Reposição Natural, Compensatórias e Preventivas e a Indenização Pecuniária. Rio de Janeiro: G Z editora, 2010. p.135.

equilíbrio ecológico em seu caráter sistêmico, para se chegar à proteção dos elementos naturais⁵⁵.

A partir desta noção totalizante de bem ambiental é que podemos compreender e estabelecer o conceito de dano ambiental. O legislador brasileiro em matéria ambiental não definiu expressamente o conceito de dano ambiental, não obstante tenha fornecido parâmetros a partir das definições de degradação da qualidade ambiental e de poluição previstas nos incisos II e III do art. 3º da Lei 6938/1981. No inciso I do mesmo artigo por sua vez adotou a concepção totalizante de meio ambiente. Vejamos:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, 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;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

LEITE fornece o seguinte conceito:

(...) o dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana(culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente como *macrobem* de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista a interesses próprios individualizáveis e que refletem no *macrobem*⁵⁶.

CARVALHO relacionando o conceito de degradação ambiental com o de poluição estabelece o seguinte conceito

(...) dano ambiental consiste nos prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais ocasionados a interesses que tenham por objeto o meio ambiente. Tais danos podem atingir diretamente o meio ambiente (dano ambiental coletivo), repercutindo na lesão a interesses coletivos ou difusos, ou podem consistir em lesões que tenham como fio condutor o meio ambiente e que , por intermédio deste, atingem (indiretamente ou de forma reflexa) interesses individuais (saúde ou patrimônio). (...)não se limitam á agressões ao meio ambiente natural, compreendendo, outrossim, as condutas que, direta ou indiretamente, atinjam o meio ambiente em quaisquer de seus aspectos (natural, artificial, cultural e do trabalho) ou dimensões (*macro* ou *microbem*)⁵⁷

⁵⁵BENJAMIN, Antônio Hermann apud PINHO, Hortênsia Gomes. Prevenção e Reparação de danos Ambientais: As Medidas de Reposição Natural, Compensatórias e Preventivas e a Indenização Pecuniária..Rio de Janeiro: G Z editora, 2010.p.136.

⁵⁶ LEITE, op. cit. p.102

⁵⁷ CARVALHO, op. cit. p.102

Da complexidade do conceito de dano ambiental decorre uma diversidade classificatória.

Segundo ANTEQUERA os danos ambientais podem ser distinguidos por diversos aspectos, são eles: em função do caráter do dano (dano antijurídico e dano lícito); pelo causador do dano (dano originado por causador determinado ou desconhecido e dano originado por causador indeterminado ou desconhecido); pela ocorrência do elemento subjetivo (dano intencional, dano culposo e dano acidental); pela forma como se produzem (dano por ação ou omissão). Também os danos podem ser distinguidos pelos seus efeitos no tempo (dano imediato e dano diferido, futuro ou superveniente); pelos seus efeitos no espaço (dano local e dano transfronteiriço); pelos seus efeitos econômicos, principalmente, quanto a sua possibilidade de quantificação ou medida (dano avaliável e dano não avaliável); pela efetividade de sua realização (dano certo ou real e dano potencial); pelas suas consequências para o meio ambiente (dano reparável, dano irreparável ou irreversível, dano grave e dano não grave ou tolerável pelo meio ambiente); em função da delimitação do conceito de meio ambiente (dano ao meio ambiente artificial ou criado pelo homem e dano ao meio natural em sentido estrito) e por fim, pelas suas consequências para o homem (dano ambiental, com repercussão direta ao homem, e dano sem repercussão para o homem⁵⁸.

LEITE oferece uma classificação seguindo quatro critérios; segundo a amplitude do bem protegido, a reparabilidade e o interesse envolvido, extensão do dano e interesses objetivados⁵⁹.

A classificação segundo a amplitude do bem protegido relaciona-se diretamente ao conceito de meio ambiente a ser adotada. Restrita ou ampliada. Assim numa visão restrita levando-se em conta apenas os componentes naturais do ecossistema, apenas os bens da natureza como o ar, rios, lagos, mar, florestas animais sem incluir o bens culturais e artificiais, estaríamos diante do dano ecológico puro. Por meio de um conceito amplo de meio ambiente, incluiríamos o patrimônio cultural e artificial e com isso teríamos o dano ambiental em sentido amplo que diz respeito ao interesses difusos e coletivos. Também relativamente ao critério da amplitude o dano pode ser classificado como dano individual ambiental ou reflexo, o primeiro é de fato dano individual, tutelando interesses do próprio lesado e não dos valores ambientais. Estes somente reflexamente estariam protegidos de forma indireta e mediata⁶⁰.

⁵⁸ ANTEQUERA, Jesus conde apud MELO, Melissa Ely. Restauração Ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatórias. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

⁵⁹ LEITE, ob. cit. p. 92

⁶⁰ Ibidem p.93

De acordo com a reparabilidade e o interesse envolvido o dano pode ser de reparabilidade direta e indireta. O primeiro diz respeito aos interesses próprios individuais e individuais homogêneos e somente reflexo ao meio ambiente, por isso relativo ao *microbem* ambiental. O segundo diz respeito aos interesses difusos, coletivos e transindividuais de dimensão coletiva, concernentes à proteção do *macrobem* ambiental e relativos à proteção do meio ambiente como bem difuso, sendo que a reparabilidade é feita, indireta e preferencialmente, ao bem ambiental de interesse coletivo e não objetivando ressarcir interesses próprios e pessoais⁶¹.

Quanto a extensão os danos podem ser classificados em patrimonial e extrapatrimonial. A primeira relaciona reparabilidade à uma concepção de patrimônio ambiental como *macrobem* como interesse de toda coletividade, aplicando-se a visão de *microbem* quando relacionada a reparação patrimonial de um interesse individual. Neste caso o dano patrimonial está sendo protegido como dano ambiental reflexo⁶². Dano extrapatrimonial ambiental, por exclusão é todo dano não patrimonial que lesionou o indivíduo ou a coletividade e conforme os atingidos teremos um dano extrapatrimonial coletivo quando atingir o *macrobem* ambiental ou dano extrapatrimonial reflexo, a título individual relativo ao *microbem* individual⁶³.

Poderão ainda ser classificados de acordo com os interesses objetivados em danos ao interesse coletivo e danos a interesses individuais. Os primeiros degradam o meio ambiente como *macrobem* e o segundo ao patrimônio e aos interesses individuais como *microbem*. Existe a possibilidade do particular defender o *macrobem* ambiental, coletivo, via ação popular e assim o faz no exercício de um interesse subjetivo fundamental⁶⁴.

Segundo CATNOTILHO a concepção de *macrobem* ambiental assenta-se em dois pressupostos: "O dano ambiental é, *prima facie*, produzido ao bem público, ambiente de que é titular a coletividade; O dano ecológico é ainda , o dano sofrido pelo particular enquanto titular do direito fundamental ao meio ambiente e à qualidade de vida"⁶⁵

Conforme a concepção a ser empregada no preenchimento do conceito de meio ambiente, teremos um conceito de dano ambiental mais amplo, ou mais restrito. O conceito de dano extraído do direito privado será alargado no conceito de dano ambiental para abranger

⁶¹ Ibidem p.93

⁶² Ibidem p. 94

⁶³ Ibidem p..94

⁶⁴ Ibidem p.95

⁶⁵ CANOTILHO, José Gomes Joaquim Gomes apud LEITE op. cit. 95

não apenas os danos ao patrimônio e interesses individuais para alcançar os interesses da coletividade.

Questão diretamente ligada ao conceito de dano diz respeito aos seus limites. Será que toda e qualquer alteração dos elementos que compõem o conceito de dano ambiental, seja ele de qualquer espécie pode ser concebido como dano em sua acepção estrita? Certamente não, caso contrário nenhuma atividade humana sobre bem ambiental poderia ser aceita.

Desenvolveu-se na doutrina o *princípio do limite da tolerabilidade*. Segundo CARVALHO a função do referido princípio de direito ambiental é estabelecer os limites fronteiriços e a diferenciação entre os impactos ambientais significativos (danos) e os impactos ambientais irrelevantes (impactos ambientais)⁶⁶.

A Resolução 1º/1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama não faz diferenciação entre impactos ambientais significativos ou irrelevantes, definindo impacto ambiental em seu artigo primeiro como:

(...) qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

Impacto ambiental *stritu sensu* é toda lesão, perturbação, alteração do meio ambiente que não obstante a sua existência não detém significação tal ponto de reclamar uma reparação. Já os danos ambientais são agressões ao meio ambiente não absorvidas por ele e que por isso superam o limite de tolerabilidade. A ideia de limite de tolerabilidade é construída levando-se em conta o tempo, o tipo de agressão e a capacidade do meio absorver ou não determinado impacto. Assim todo dano ambiental consiste num impacto ao meio ambiente, mas nem todo impacto consiste num dano.⁶⁷

Esta distinção é importante para afastar da pretensão reparatória de lesões ao meio ambiente que não tenham significado do ponto de vista estrito. Como se pode observar a construção do limite de tolerabilidade é uma construção da dogmática jurídica uma vez que o conceito de degradação ambiental e poluição expressos nos incisos II e III do art. 3º da Lei 6938/1981 não fazem menção ao limite de tolerabilidade, assim como também não definem dano ambiental.

⁶⁶ CARVALHO op.cit. p.119

⁶⁷ Ibidem p.121

Através da análise do caso concreto por meio dos instrumentos que dispõe o direito aliado às ciências naturais será possível verificar o transbordo deste limite de tolerabilidade e fazer a prova do dano ambiental. A questão será tratada então sob o enfoque da prova do dano ambiental.

Se por um lado a Constituição Federal no art. 5º, LVI prevê que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, por outro decorre da mesma regra que são admissíveis toda e qualquer prova obtida por meio lícito. Referida regra é transportada para apuração dos danos ambientais admitindo todos os meios legais hábeis decorrentes tanto no plano constitucional como infraconstitucional para provar a verdade dos fatos que se funda a ação ambiental e a defesa do suposto poluidor⁶⁸.

A prova pericial e documental assumem posição de relevo na elucidação dos fatos controvertidos, diante da própria especificidade quanto a elucidação dos conceitos necessários para compreensão total dos eventos ocorridos no meio ambiente, tanto em sua acepção de *macrobem* como *microbem*, para então se estabelecer a diferenciação real entre impacto e dano ambiental. Não obstante, tais meios de provas não são as únicas, como também inexistem hierarquia entre os meios de prova. Ao juiz caberá decidir conforme seu livre convencimento motivado atendendo às particularidades adstritas aos fatos e circunstâncias constantes dos autos de determinada ação⁶⁹.

Conforme CARVALHO:

A configuração probatória do dano ambiental depende de um processo de interface (acoplamento estrutural) entre o direito e a ciência, em que o direito deverá proceder a um processo de decodificação das descrições técnicas efetuadas pelos peritos, configurando tais reações como dano impacto ambiental. Tal circunstância coloca em destaque a utilização da prova pericial no processo ambiental para realização de exames por profissionais dotados de conhecimentos técnicos específicos e cuja finalidade é esclarecer dúvidas acerca das repercussões ambientais de determinados eventos. O acoplamento estrutural (no sentido luhmanniano) que marca a prova pericial do dano ambiental somente é possível em razão da confecção de observações de segunda ordem (observações cibernéticas), ou seja, observações que um sistema observador (direito) realiza, a partir de sua lógica e racionalidade, sobre as observações de outro sistema (laudo técnico).⁷⁰

Através da prova pericial serão realizadas as observações tecnocientíficas da extensão do impacto e sua maior ou menor absorção no meio ambiente para se estabelecer a ideia de limite e superação da tolerabilidade. Esta informação será avaliada pelo operador jurídico para o estabelecimento da ocorrência e dos limites dos danos ambientais. A prova pericial (exame,

⁶⁸FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Princípios do Direito Processual Ambiental. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 142.

⁶⁹ Ibidem. p.145

⁷⁰ CARVALHO op. cit. p122

vistoria ou avaliação), os documentos e testemunhos dos expertos exercem papel destacado na análise jurisdicional dos danos e riscos ambientais.⁷¹ Não obstante, repise-se, o juiz, conforme prescreve o art.463 do Código de Processo Civil, não estará adstrito ao laudo pericial podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

A prova pericial em processo ambiental e a fixação do alcance da constatação de um dano ambiental dependerá de um processo de integração de informações multidisciplinares fornecidas por uma gama diversa de profissionais sejam eles biólogos, engenheiros florestais, agrônomos, químicos, todos capazes de oferecer ao julgador uma possibilidade para sua convicção judicial.

Mas não basta apenas a elucidação dos conceitos oriundo das diversas áreas do conhecimento humano para equacionar a questão do que se entende por dano ou impacto ambiental. Também será necessário provar o nexo de causalidade entre a ação e o resultado. A causa de maior insucesso nas demandas ambientais dada a sua especificidade é a ausência de comprovação do nexo de causalidade entre o agente e o dano ambiental. A prova deverá recair sobre a existência do dano, sobre nexo entre a ação do agente e seu resultado, e não raras vezes sobre a própria ação do agente que degradou ou poluiu o meio ambiente.⁷²

Se por um lado a comprovação do próprio dano, entendido este como violação ao limite de tolerabilidade e absorção do meio pode ser concluída através de observações cibernéticas dos diversos profissionais de um modo mais fácil sob prisma do próprio conceito de dano, do ponto de vista do nexo nem sempre isso ocorre. Tal conclusão decorre da dificuldade em demonstrar a ligação entre as duas extremidades; causa, atividade do poluidor; e efeito, dano produzido⁷³.

A questão que se põe é para quem decorre este ônus na demanda reconvençional?

No sistema do Código de Processo Civil, concebido essencialmente para solução de conflitos privados o ônus da prova conforme o art. 333,I incumbe ao autor ônus quanto ao fato constitutivo do seu direito. Assim diante de um acidente de trânsito caberá o autor ônus de provar o dano, o nexo de causalidade entre a ação do causador e o danos e ainda a culpa do agente.

Em matéria ambiental como já afirmamos o requisitos da culpa do agente foi excluído tendo o legislador optado pela responsabilidade civil objetiva em matéria de danos ao meio

⁷¹ Ibidem p. 127

⁷² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo Civil Ambiental. 3 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.193

⁷³ Ibidem p. 194

ambiente adotando a teoria do risco exigindo a comprovação do nexo de causalidade entre o evento danoso e a ação do agente causador.

Conforme RODRIGUES;

Se para muitos casos saber de antemão a regra de distribuição do ônus da prova não compromete a busca da verdade real, não é menos verdade que, para tantos outros (que cada dia mais frequentes) dada a existência de hipossuficiência técnica, científica e econômica, a exigência da prova dos fatos constitutivos(...) pode representar uma verdadeira negação ao acesso à justiça, e por conseguinte, um afastamento do processo (seu compromisso) com a verdade real. A solução para estes casos é sem dúvida, uma tutela jurídica diferenciada: mecanismos processuais desenvolvidos para atender a determinados direitos substanciais ou técnicas processuais diferentes para permitir um resultado mais justo⁷⁴.

A regra de tutela diferenciada em matéria ambiental acarretando a inversão subjetiva do ônus da prova tem por fundamento, quer a previsão legal, da referida técnica de inversão quer pela aplicação do princípio da precaução.

No caso de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente no âmbito de uma tutela diferenciada, a inversão do ônus probatório⁷⁵ encontra guarida no procedimento instituído pela ação civil pública com a aplicação subsidiária do código de defesa do consumidor⁷⁶ como também pela aplicação do princípio da precaução cabendo ao suposto poluidor a prova de que dano não decorreu em razão de sua atividade.

Neste ponto importante observar que o uso da reconvenção como instrumento para reparação ambiental conexa com a ação ordinária proposta com a finalidade de anular a sanção ambiental, se por uma lado ela inaugura uma nova ação contra autor, como regra geral, impõe ao reconvinte, inicialmente, o ônus de provar os fatos constitutivos uma vez que adstrito o procedimento instituído pela regra do Código de Processo Civil. Entendemos, contudo, que a lide reconvenicional entabulada sob o rito ordinário do Código de Processo civil a distribuição do ônus probatório também sofre temperamentos.

Primeiro também pela própria aplicação do princípio da precaução que não se aplica restritamente à ação civil pública. O princípio da precaução é um princípio basilar de todo o

⁷⁴ Ibidem. p.197.

⁷⁵ "O princípio que norteia a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor é, em tese, aplicável à responsabilidade civil por danos ambientais, pois as razões que justificam a inversão do ônus da prova são comuns em ambos os casos" SAMPAIO, Francisco José Marques apud CARVALHO. op.cit. p. 152

⁷⁶ O Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor prevê "São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;" O art. 21 da lei 7347 de 1985 alterado pelo Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a aplicação do regime instituído no Título III do Código de Defesa do Consumidor na defesa dos direitos difusos: Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

direito ambiental possuindo aplicação independente do procedimento judicial adotado tendo aplicação no âmbito judicial, no âmbito administrativo-ambiental, quando por exemplo impede determinada atividade industrial poluidora que ainda não se tem o conhecimento do alcance que sobredita atividade possa causar ao meio ambiente.

Entendemos ainda, não obstante o preceito contido no art. 21 da lei 7347 de 1985, com as alterações subsequentes, que prevê a aplicação do Título III do Código de Defesa de Consumidor no âmbito da lei própria lei da ação civil pública, tal preceito por conter verdadeira norma de natureza processual e dada a sua redação, tem aplicação em qualquer procedimento. Tal norma jurídica ao nosso ver é verdadeira clausula geral processual informadora do sistema processual como um todo.

A norma inserida na lei da ação civil pública prescreve que aplicam-se à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais, no que for cabível os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. A alteração procedida no art. 21 da lei 7347 de 1985 não restringiu aplicação da norma autorizadora da inversão do ônus da prova exclusivamente na ação civil pública. Se tal fosse esta a intenção do legislador deveria ter lançado mão de uma redação mais restritiva, como por exemplo "aplica-se ao procedimento estabelecido nesta lei os preceitos do art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor", mas assim não o fez. Ao contrário, de forma ampla, preferiu autorizar, à uma categoria específica de direitos a aplicação da inversão do ônus da prova. Assim, entendemos que toda vez que na discussão de qualquer lide trazer elementos para defesa de direitos e interesses difusos, principalmente para estabelecer o nexo entre a ação do agente poluidor e o dano ao meio ambiente, estaremos diante de uma autorização que aplica-se não somente ao microsistema do Código de Defesa do Consumidor ou da Lei da Ação Civil Pública, mas a todo o sistema processual.

Por outro lado a adoção de presunções legais assume relevo quando se tratar da utilização da reconvenção como mecanismo de reparação de danos ambientais em demanda ajuizada pelo infrator com a finalidade de anular sanção administrativa. Este relevo decorre da aplicação da presunção de legalidade dos atos administrativos em geral. O processo administrativo instaurado para verificação da ocorrência de infrações às normas administrativas ambientais é espécie de processo administrativo sendo este definido em sentido amplo como um conjunto medidas ou atos jurídicos praticados pela administração pública inerentes á atividade da administração pública no exercício do poder de polícia,

voltados tanto ao controle interno da própria administração como de fiscalização e controle da atividade dos administrados.⁷⁷

RODRIGUES refere relativamente a comprovação de matéria fática que:

Não param por aqui os mecanismos excogitados pelo legislador e aplicáveis ao operador do direito para facilitar a comprovação de matérias fáticas(dano e nexos de causalidade) Apesar de todas as críticas que se fazem às ficções jurídicas, muito se tem comentado que um salutar mecanismo para facilitar a comprovação dos fatos em matéria de responsabilidade civil ambiental é a criação de presunções legais em desfavor do lesante, partindo-se da ideia de que a própria atividade de risco faz com que existe essa presunção. Com base nela bastaria o lesado a comprovação do seu dano e do tipo de atividade do suposto lesante, para que coubesse a este o encargo de demonstrar que não se confirma a presunção de que o dano tal credita-se á atividade tal. A criação de presunções legais em favor da coletividade que teve o meio ambiente lesado não é a mesma coisa que inversão do ônus da prova. Na presunção criada por ficção jurídica, o legislador, por exemplo, reputa como existente o nexos de causalidade se provado o dano e o tipo de atividade e, nesse caso, caberá ao lesante a prova da não ocorrência do nexos de causalidade. Situação diversa ocorre na técnica de inversão, uma vez que o ônus é da coletividade, mas é invertido em seu favor. Na presunção (...) não há propriamente uma inversão do ônus da prova, mas sim um ônus à contraprova (...)⁷⁸;

Aplica-se ao processo administrativo ambiental e à totalidade dos atos nele praticados a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Dize-se legítimos porque praticados dentro da parcela de competência outorgada pela lei para sua realização. Diz -se verídicos porque presumem-se verdadeiros os atos praticado pela administração. Dentre as consequências da presunção da veracidade e legitimidade dos atos administrativos praticados no exercício do poder de polícia é a inversão do ônus da prova⁷⁹.

O processo administrativo ambiental⁸⁰ encontra respaldo legal nos artigos 70 e 71 da lei 9.605 de 1998. É espécie do gênero processo administrativo que no âmbito federal é

⁷⁷Ver dentre outros DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo.8ª ed. São Paulo: Atlas 1997. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno.6 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22 edição Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros 1997.MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo.11 Ed. revista, atualizada e ampliada.São Paulo: Malheiros, 1999;

⁷⁸RODRIGUES, op. cit. p.203.

⁷⁹ Conforme .MEIRELES op. cit. p.141; DI PIETRO, op. cit. p.165.

⁸⁰ Art.70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 2º Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.

§ 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua punição imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade.

§ 4º As infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei.

regulamentado pela lei 9.784 de 1999. É regulamentado no capítulo II do decreto federal 6.514 de 2008⁸¹, e a Instrução Normativa nº 10 de 07 de dezembro de 2012 detalha os procedimentos de apuração de infrações lesivas ao meio ambiente e a imposição de sanções. Segundo referida instrução normativa cabe ao agente ambiental além apuração do ilícito administrativo ambiental a apuração dos danos ambientais⁸².

Ao processo administrativo ambiental para apuração das sanções administrativos e que verificarem a existência de danos, aplica-se a mesma presunção de veracidade e legitimidade determinando em processo judicial a inversão do ônus da prova.

Assim, mesmo que se entenda inaplicável a inversão do ônus da prova em reconvenção proposta contra o autor em sede de ação ordinária, em razão da determinação do preceito contido no art. 21 da lei 7347 de 1985 por estar presente o referido preceito em lei especial, restringindo-se ao respectivo procedimento instituído pela respectiva lei; a utilização das presunções legais, e no caso da presunção de veracidade e legitimidade do processo administrativo ambiental no qual se tenha constatado a existência de danos provocará a

Art. 71. O processo administrativo para apuração de infração ambiental deve observar os seguintes prazos máximos:

I - vinte dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação;

II - trinta dias para a autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data da sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação;

III - vinte dias para o infrator recorrer da decisão condenatória à instância superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, ou à Diretoria de Portos e Costas, do Ministério da Marinha, de acordo com o tipo de autuação;

IV - cinco dias para o pagamento de multa, contados da data do recebimento da notificação.

⁸¹ "Art. 95. O processo será orientado pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, bem como pelos critérios mencionados no parágrafo único do § grifos nossos;

⁸² Instrução Normativa 10 de 07 de dezembro de 2012:

"Art. 47. O processo administrativo inicia-se de ofício, em razão do conhecimento da ocorrência de infração às regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente, por meio da emissão de Notificação ao Administrado, lavratura de Auto de Infração ou Termos Próprios que visem aplicar medidas decorrentes do poder de polícia e sanções de caráter administrativo. Art. 92. O NUIP providenciará a intimação do autuado ou seu procurador do teor da decisão para que efetue o pagamento da multa ou ofereça recurso, se cabível, bem como adote as providências necessárias ao cumprimento integral da decisão no que concerne às demais sanções.

§ 1º Verificando-se a existência de danos a serem reparados, o servidor, agente ou grupo de servidores ou agentes que compõem os Núcleos Técnicos Setoriais Descentralizados de Instrução Processual de Autos de Infração - NUIP junto à Superintendência ou Gerência Executiva deverá intimar os infratores para apresentarem projeto de recuperação, no prazo do recurso e para assinarem Termos de Compromisso de Recuperação de Danos.

Art. 127. Antes da remessa dos processos atualmente em andamento, para inscrição em Dívida Ativa, o servidor designado pelas Superintendências ou pela Coordenação de Cobrança e Controle de Créditos Administrativos, verificando a existência de danos a serem reparados, deverá notificar os infratores para apresentarem projeto de recuperação, no prazo de 15 (quinze) dias, e para assinatura dos Termos de Compromisso de Recuperação de Danos.

Parágrafo único. Verificada a existência de pendências nos autos, tais como a análise de sanções não pecuniárias, os autos poderão, a critério da autoridade julgadora, ser desmembrados para análise dessas providências, a cargo da Diretoria responsável pela área envolvida, se o caso." grifos nossos.

inversão do ônus da prova do nexo de causalidade. Ao ente público caberá a provar a existência do dano, cabendo ao infrator a negativa do nexo de causalidade, entre a infração e o resultado danoso.

2.1.3 NEXO DE CAUSALIDADE

Como terceiro elemento da responsabilidade civil por danos ambientais temos o do nexo de causalidade entre a ação do agente e o resultado que enseja o dever de reparar. Se na responsabilidade subjetiva o estudo sobre a culpabilidade do agente é dos elementos de maior importância, no âmbito da responsabilidade objetiva, como no caso do danos ao meio ambiente, o nexo de causalidade é que o vai determinar a imputação ao agente a responsabilidade pela reparação dos danos.

O conceito de causa não é um conceito jurídico, mas advém das ciências naturais. Causalidade das ciências naturais é uma relação entre dois estados, dos quais um segue o outro pela lei natural⁸³ ou ainda consiste nas regras lógicas naturais que vinculam um evento fático a suas consequências⁸⁴. Em sentido Jurídico é um conceito de relação jurídico social, que conduz a conteúdos ontológicos e normativos,⁸⁵ vale dizer, trata a causa como juridicamente aceita aptas a imputação de uma consequência jurídica, no caso de responsabilização por danos ambientais, a imputação do dever de indenizar⁸⁶.

Várias teorias foram elaboradas para aferição do nexo de causalidade cujo panorama geral passaremos a expor.

A *Teoria da Equivalência das Condições* também conhecida como *Teoria da Equivalência dos Antecedentes* ou *Conditio Sine Qua Non* de autoria do penalista alemão Maximiliano Von Buri datada 1860. Define-a como causa toda a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Segundo tal teoria se várias causas concorressem para o mesmo resultado todas teriam relevância sem questionamento de preponderância ou importância de qualquer delas. Lançando um olhar sobre os fatos, uma ação seria considerada causa, sempre que ao excluí-la do iter percorrido até o resultado, mesmo assim o resultado teria ocorrido, tal

⁸³WESSELS, Johannes. Direito Penal: Parte Geral, Aspectos Fundamentais. Tradução do Original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris editor, 1976.p. 41.

⁸⁴CARVALHO, op. cit.137.

⁸⁵ WESSELS, Joahannes. Ob Cit p. 41. WESSELS ao estabelecer o conteúdo de causalidade jurídica o faz tendo em vista o conteúdo do direito penal, não obstante o seu conceito pode ser aplicado aos demais ramos da ciência jurídica.

⁸⁶CARVALHO, Délton WInter. OB. Cit P. 137.

ação seria considerada causa. Tal teoria não diferencia causa, (aquilo de que depende a existência determinada coisa) e condição (o que permite a causa produzir seus efeitos positivos e negativo)⁸⁷. A principal crítica a esta teoria refere-se na infinidade de situações ou causas que poderiam concorrer para um mesmo evento sem que pudéssemos estabelecer a relevância dentre as causas. Seriam causas num acidente de trânsito tanto a conduta do motorista como a do fabricante de uma veículo.

A *Teoria da Causa Próxima* foi criada por Francis Bacon no século XVI e advém da tradição jurídica Inglesa. COMPAGNUCCI DE CASO a define como a doutrina que explica o nexos causal a partir da escolha da condição sem a qual o dano não teria ocorrido, que seja situada o mais próxima cronologicamente do evento⁸⁸. O resultado é imputado a quem de forma imediata tiver contribuído para o resultado. Esta teoria recebeu críticas em razão de sua simplicidade e inexatidão uma vez que nem sempre a última causa é a determinante ou a mais nociva para produzir o resultado ou mesmo pela dificuldade de delimitar o que se entende por causa imediata para produção de um resultado.⁸⁹

A *Teoria da Condição Preponderante*, criada por Binding, explica o nexos causal atribuindo o status de causa ao fato que desequilibrar a lógica "normal" dos acontecimentos; que imprime a direção decisiva para o evento⁹⁰. O autor fez a distinção entre fatores positivos e negativos, sendo causa apenas a condição positiva que prepondera sobre a negativa.⁹¹A principal crítica a esta teoria relaciona-se com a dificuldade de se estabelecer na prática, dentre as várias causas para um mesmo resultado àquele mais eficiente ou mais preponderante, como também na impossibilidade de fracionar um resultado em si indivisível para se estabelecer uma causa preponderante.

A *Teoria da Ação Humana* baseada nos estudos de Beling, Binding e Antolisei objetiva a diferenciação entre a ação e causalidade. O nexos de causalidade é estabelecido excluindo-se a causalidade em seu âmbito físico-naturalístico, sendo estabelecida pela vontade do sujeito⁹². A causalidade é estabelecida pela vontade do sujeito, pela relevância do seu agir em conformidade com o direito e não da causalidade natural que não detém importância jurídica. A crítica a esta teoria é o acento na figura do agente que determina a

⁸⁷ SALOMON, Fernando Baum. Nexos de Causalidade no Direito Privado e Ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

⁸⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. apud SALOMON, op.cit. p.50.

⁸⁹ ibidem, p.51.

⁹⁰ ibidem, p.52.

⁹¹ GOLDENBERG, Isidoro H.. Apud SALOMON, op.cit. p.53.

⁹² ibidem p.53.

finalidade da investigação não no sentido de reconhecer a causa, mas quem foi o autor do resultado, estabelecendo causo e autoria como conceitos bastante diferentes⁹³.

A *Teoria da Causa Eficiente* surgiu em oposição da *Conditio Sine Qua Non*. Dentre seus defensores estão Birkemeyer, Mayer, Stoppato e Kahler. Para esta teoria não serão todos os eventos anteriores ao resultado que serão qualificados como causa. É verificada a importância de cada conduta para concretização do evento estabelecendo qual a de mais importância quer do ponto de vista quantitativo, a que mais contribuiu para o resultado, quer do ponto de vista qualitativo, levando-se em conta a qualidade intrínseca do evento para resultado. Principal crítica foi a dificuldade de estabelecer uma cisão em determinados resultados para se estabelecer a causa eficiente⁹⁴.

A *Teoria da Causalidade Adequada*, criada por Von Kries prevê que o dano só deve ser imputável ao agente quando o respectivo fato foi adequado em abstrato para produzi-lo⁹⁵. Proceder-se a aferição dos fatos antecedentes e o resultado abstraindo-se qualquer juízo de valor sobre a conduta, qualitativa e quantitativamente ou ainda do ponto de vista cronológico⁹⁶. Do ponto de vista jurídico é a escolha dentre as causas àquela adequada para produção do resultado lesivo. Esta teoria realiza a diferenciação entre causa e condição, sendo a primeira não apenas antecedente necessário, mas também adequado à produção do resultado⁹⁷. Tal teoria é a utilizada pelo Código Civil Brasileiro de 2002⁹⁸.

As teorias até aqui revisitadas na maioria dos casos não se prestam de forma adequada para justificar o nexo causal na ocorrência de danos ambientais. Tal circunstância decorre, na grande maioria dos casos, em razão da utilização de causas fáticas para justificar o nexo causal. Ora, como já tivemos a oportunidade de estudar os danos ambientais, em muitos casos são consequência de múltiplos eventos ou múltiplos agentes, sem que necessariamente seja possível apontar uma causa ou individualizar a conduta⁹⁹.

Para representar tal dificuldade salienta CARVALHO:

Um dos problemas enfrentados no que no que concerne à reparação do dano ambiental é, como já visto, a pluralidade de agentes que contribuíram para a degradação ambiental. Levando em conta que, em muitos casos, o dano ambiental é de difícil individualização em razão de seu caráter difuso, se torna árduo constatar a

⁹³ Ibidem p.53.

⁹⁴ Ibidem p. 54.

⁹⁵ CARVALHO, op.cit. p. 140.

⁹⁶ SALOMON,op.cit.p.55.

⁹⁷ CARVALHO, op. cit.p.140.

⁹⁸ Prescreve o art. 403 do Código Civil Brasileiro de 2002: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

⁹⁹ CARVALHO,op.cit.141.

parcela de responsabilidade de cada um dos corresponsáveis em consequência de uma lesão conjuntamente provocada. A título exemplificativo, é perfeitamente possível que não seja viável a individualização ou determinação de quais indústrias ou mesmo ramo de atividade que tenham dado causa pra uma específica poluição atmosférica, em uma dada região. O dano ambiental pode, assim ter fontes múltiplas e ser proveniente de atividades conjuntas, sem que seja possível determinar com exatidão os responsáveis¹⁰⁰.

Para esses casos erigiu-se a *Teoria da Causalidade Alternativa*. Cunhada do conflito entre o direito a reparação integral quanto aos danos ambientais e a limitação ou fracionamento da responsabilidade na participação do evento a solução encontrada foi a solidarização passiva, em razão da conjugação dos elementos da pluralidade passiva, da indivisibilidade obrigacional oriunda do bem ambiental e da responsabilização pelo risco¹⁰¹. A teoria da causalidade alternativa é bidimensional possuindo uma *dimensão externa*, pela qual todos os agentes podem responder individualmente pela reparação integral do dano ambiental; e outra *dimensão interna*, no caso de possibilidade de fracionamento do dano ambiental a cada um dos co-responsáveis, àquele que respondeu integralmente terá direito de regresso contra os demais, proporcionalmente a respectiva participação.

Ainda como resultado da complexidade probatória na determinação do nexo de causalidade nos casos de danos ambientais e face a inadequação das teorias tradicionais para defini-lo, a opção encontrada foi a atenuação do relevo do nexo causal com a adoção da *Teoria das Probabilidades*. SILVA a justifica no seguinte sentido:

Nem sempre é fácil determinar ou identificar o responsável. Sendo apenas um foco emissor, a identificação é simples. Se houver multiplicidade de focos, já é mais difícil, mas é precisamente por isso que se justifica a regra da atenuação do relevo do nexo causal, bastando que a atividade do agente seja potencialmente degradante para sua implicação nas malhas da responsabilidade¹⁰².

De acordo com a referida teoria a simples probabilidade de um dano ambiental decorrer de determinada atividade ou empreendimento é suficiente para responsabilizar-se agente. Não é qualquer atividade, e sim uma atividade determinante, provável de ocasionar o resultado danoso¹⁰³.

Segundo CANOTILHO;

Só existe responsabilidade civil se houver provada a existência de uma relação causa-efeito entre o fato e dano. Esta relação de causalidade não tem que ser determinística, como uma relação mecânica, mas deve ser uma causalidade probabilística. Considera-se que um determinado fato foi a causa de um

¹⁰⁰ Ibidem p. 142.

¹⁰¹ Idem ob. Cit. p. 143

¹⁰² SILVA, op.cit.p. 315.

¹⁰³ CARVALHO, op.cit.p. 158.

determinado dano se, de acordo com as regras da experiência normal, aquele tipo de fatos for adequado a causar aquele tipo de danos¹⁰⁴.

Assim na determinação do nexos de causalidade do dano ambiental constata-se uma mudança de paradigma na avaliação dos fatos que antecederam sua ocorrência. Enquanto pelas teorias naturalísticas causais busca-se determinar o nexos causal através de um juízo valorativo relativamente a cada fato ou fatos, concreta ou abstratamente considerados para fazer um juízo de certeza da imputação da responsabilidade. Pela teoria da probabilidade abandona-se avaliação dos fatos para realizar um juízo de certeza da imputabilidade, substituindo-a por um juízo probabilidade, mais condizente com a realidade multifacetada do dano ambiental.

De qualquer modo, na demanda reconvençional proposta com a finalidade de reparação ambiental, este juízo de imputabilidade do dever de reparação dos danos, também decorre da imputação da sanção administrativa. Assim, o processo administrativo ambiental instaurado para imputação da sanção administrativa será ao mesmo tempo, um instrumento hábil para demonstrar a imputação do dever de reparar, como também um delimitador na proposição da reconvenção, preferindo-se, nos casos de danos complexos com multiplicidade de agentes não completamente identificados no processo administrativo ou multiplicidade de causas não completamente mensuradas, o uso da ação civil pública, limitando o uso da reconvenção para os casos onde for possível desde o início do processo administrativo identificar o infrator que causou o dano.

2.2 FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL NA DEMANDA RECONVENÇIONAL

Diante de uma conduta infracional do agente que também resulte danos ao meio ambiente, surgirá para o seu autor o dever de reparar os danos. A obrigação de reparar os danos ambientais, deve ser a mais abrangente possível de acordo com o grau de desenvolvimento da ciência e da técnica, levando-se em conta os fatores da singularidade dos bens ambientais atingidos, da impossibilidade de se quantificar o preço da vida, e sobretudo,

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op.cit.*p.160.

que a responsabilidade ambiental deve ter um sentido pedagógico tanto para o poluidor como para a própria sociedade de forma que todos possam aprender a respeitar o meio ambiente¹⁰⁵.

Como já se pôde observar o dever de reparar tanto advém dos preceitos constitucionais como pela legislação infraconstitucional, atribuindo o dever de reparar, recuperar ou indenizar os danos ao meio ambiente. Tais preceitos preveem que a recomposição do *status quo ante* deve ser buscada em primeiro lugar, e somente na sua impossibilidade a reparação pecuniária pelo equivalente.

Não devemos perder de vista, em virtude da limitação dos recursos e bens naturais, na maioria das vezes será impossível o retorno ao *status quo ante*. O princípio da conservação deverá orientar a reparação ambiental priorizando a reconstituição, a restauração e a substituição do bem ambiental¹⁰⁶. Deve ser observada o caráter dúplice da reparação pela restauração ou compensação do dano e, ainda, pela indenização pecuniária relativa aos danos sofridos, já que as primeiras formas de reparação mencionadas dizem respeito ao dano ao meio ambiente, enquanto o direito à indenização por sua vez, é concernente aos prejuízos sofridos por intermédio do dano ao meio ambiente¹⁰⁷.

Antes de proceder a análise das formas de reparação apresentadas é curial fazer a distinção conceitual entre restauração e recuperação ambiental. Restauração ambiental é definida pelo art. 4º, XIV, da lei 9.985 de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Entende-se por “restauração” a “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original”. Este conceito é contraposto pelo conceito de recuperação previsto no inciso XIII do art. 4º do mesmo diploma legal que define como “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a condição de não degradada, que pode ser diferente da sua condição original.”¹⁰⁸ O ponto que discrimina ambos é a possibilidade do retorno a sua condição original. Quando for possível “restaurar” ao ponto mais próximo da condição original estaremos falando em restauração ambiental. Quando não for possível a “restauração” à condição mais próxima do original, mas por outra diferente da condição original, atribuindo as mesmas funcionalidades, estaremos diante de uma compensação ambiental, haja vista o reconhecimento de antemão a impossibilidade do retorno ao *status quo ante*.

¹⁰⁵STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.211.

¹⁰⁶LEITE. op.cit.207.

¹⁰⁷MELO,op.cit.14.

¹⁰⁸STEIGLEDER, op.cit. p.213.

O dano material ambiental poderá então ser reparado por meio de três formas; Restauração Ambiental, Compensação Ecológica, e Reparação Pecuniária subsidiária quando nenhuma das anteriores for possível.

2.2.1 RESTAURAÇÃO AMBIENTAL

Também conhecida por restauração ecológica,¹⁰⁹ restauração *in situ*¹¹⁰ ou restauração natural¹¹¹ consiste na restauração do meio ambiente diretamente degradado pela atividade lesiva conjuntamente com a cessação da atividade nociva.

A ideia de restauração ambiental no sentido de tentar-se reproduzir a paisagem anteriormente existente com o mero plantio de mudas ao longo da área degradada deve ser de pronto afastada.¹¹² Não se pode exigir a reposição exatamente igual, pois a repristinação é irrealizável. É muito difícil apurar como o ambiente era antes, pois o equilíbrio ecológico é dinâmico e flutuante, varia internamente de modo constante¹¹³.

Conforme salienta MELO:

A amplitude do conceito de restituição integral deve levar em conta por primeiro, que a reprodução de uma situação que seja materialmente idêntica a que havia antes do dano é praticamente impossível, se considerada a multiplicidade, a complexidade e o dinamismo dos elementos presentes nos ecossistemas. Numa segunda perspectiva, tal reprodução pode demonstrar-se ecologicamente nefasta, já que entre o momento do acontecimento do dano e do início da restauração é provável que a própria natureza tenha agido em busca do restabelecimento do equilíbrio dinâmico. Por isso, a imposição da restituição integral do dano em sentido restrito chega a ser "cega", pois pode causar novo desequilíbrio ecológico. Sendo Assim, deve ser buscada a reabilitação ou a restauração dos elementos ambientais, não a reposição material idêntica das condições físico-químico-biológicas do meio ambiente anterior, não bastando a restauração unicamente da capacidade funcional do bem ambiental, mas a restauração das capacidades de autorregulação e de autorregeneração do mesmo¹¹⁴.

O fundamento da restauração ambiental é encontrado na Constituição Federal e legislação federal.¹¹⁵

¹⁰⁹ PINHO, op.cit.p.355.

¹¹⁰ STEIGLEDER, op. cit. p.211.

¹¹¹ LEITE, op.cit. p. 207.

¹¹² MELO, op.cit.p.115.

¹¹³ PINHO, op.cit.p. 357.

¹¹⁴ MELO op.cit. p.116.

¹¹⁵ Constituição Federal prevê:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

No âmbito de uma demanda reconvenicional não existe forma específica para se postular a restauração ambiental. Poderá nos casos de atividade poluidoras utilizar-se como parâmetros os Estudos Prévios de Impacto Ambiental (EPIA) ou Relatório de Impacto ambiental(RIMA), sempre acrescido do relatório de fiscalização para imposição da penalidade administrativa.

2.2.2 DA COMPENSAÇÃO ECOLÓGICA

Nem sempre será possível realizar a restauração ambiental, quer pela natureza do bem ambiental atingido, sua escassez ou extinção, quer em razão da impossibilidade da restauração

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Lei 6938 de 1981 prevê:

Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: VIII - recuperação de áreas degradadas;

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VI - à 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; VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

A Lei 9.605/98 prevê:

Art. 9º A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível.

O Decreto 97.632 de 1989 prevê:

Art. 1º Os empreendimentos que se destinam à exploração de recursos minerais deverão, quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e do Relatório do Impacto Ambiental - RIMA, submeter à aprovação do órgão ambiental competente, plano de recuperação de área degradada.

Parágrafo único. Para os empreendimentos já existentes, deverá ser apresentado ao órgão ambiental competente, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir da data de publicação deste Decreto, um plano de recuperação da área degradada.

Art. 2º Para efeito deste Decreto são considerados como degradação os processos resultantes dos danos ao meio ambiente, pelos quais se perdem ou se reduzem algumas de suas propriedades, tais como, a qualidade ou capacidade produtiva dos recursos ambientais.

Art. 3º A recuperação deverá ter por objetivo o retorno do sítio degradado a uma forma de utilização, de acordo com um plano preestabelecido para o uso do solo, visando a obtenção de uma estabilidade do meio ambiente.

O Decreto 6514 de 2008 em vários preceitos trata da reparação ambiental:

Art. 10. A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo. § 8º A celebração de termo de compromisso de reparação ou cessação dos danos encerrará a contagem da multa diária.

Art. 141. Não será concedida a conversão de multa para reparação de danos de que trata o inciso I do art. 140, quando:

I - não se caracterizar dano direto ao meio ambiente; e

II - a recuperação da área degradada puder ser realizada pela simples regeneração natural.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, a multa poderá ser convertida nos serviços descritos nos incisos II, III e IV do art. 140, sem prejuízo da reparação dos danos praticados pelo infrator.

ocorrer no local atingindo¹¹⁶ ou ainda quando se tornar desproporcional¹¹⁷. Não sendo possível a reparação natural, como instrumento subsidiário de reparação, deve-se cogitar da utilização da compensação ecológica¹¹⁸.

Conforme SENDIM o objetivo da compensação:

(...) não é a restauração ou reabilitação dos bens naturais afetados, mas sim a sua substituição por bens equivalentes, de modo a que o patrimônio natural no seu todo permaneça quantitativa e qualitativamente inalterado. Assim, a ser sistematicamente possível, tal via significaria a possibilidade de compensar Natureza com Natureza e não com vantagens pecuniárias¹¹⁹.

A principal dificuldade encontrada é delimitar o alcance do que se entende por "substituição de bens equivalentes". Na doutrina as posições divergem.

CABALERO sustenta a equivalência dos bens naturais na medida em que proporcionam o mesmo nível de qualidade ao ambiente globalmente considerado, o que permitiria a compensação de um bem ambiental por outro de funções e características diversas¹²⁰. MADDALENA afirma que o ressarcimento é ao bem globalmente considerado e se não é possível restituir um dado bem ambiental, o fim reintegratório é igualmente atingido com a recuperação ambiental de um bem diverso¹²¹. De acordo com CHIARI não haveria óbice a fungibilidade entre os componentes ambientais, desde que a qualidade ambiental resulte recuperada¹²².

Para SENDIM tais metodologias seriam inadequadas porque não possibilitam a avaliação da qualidade global do ambiente. Tais metodologias são utilitaristas e buscam aferir a qualidade do patrimônio natural para fins humanos desconsiderando a funcionalidade ecológica do bem¹²³. O autor formula um critério de equivalência que:

Atenda, não só à equivalência entre funções e serviços humanos, mas também à equivalência estritamente ecológica. Neste ângulo poder-se-á sustentar que dois bens

¹¹⁶ SENDIM noticia que a compensação ecológica foi a solução utilizada no caso *United States vs. Board of Trustees of Florida Keys Community College*, em que uma pequena barragem de rochas foi construída pela escola provocando a destruição de uma área que servia de habitat a algumas espécies selvagens. Confrontando com a evidência de que a restauração do ecossistema era de praticabilidade limitada, o tribunal condenou o lesante à criação de uma habitat semelhante numa zona do terreno pertencente à escola. apud STEIGLEDER. op.cit.p.232.

¹¹⁷ Conforme STEIGLEDER: "Com relação aos sistema brasileiro, pensa-se ser possível invocar o princípio da proporcionalidade quando o benefício a ser obtido com a restauração natural não for significativo diante de seus elevados custos. Em outras palavras: diante da desproporção entre os custos da restauração in natura e os benefícios dela obtidos, pensa-se ser adequada a substituição da reparação in situ por uma compensação ecológica em outro local, que proporcione funções ecológicas equivalentes." op.cit.p. 224.

¹¹⁸ LEITE, op.cit. p. 209.

¹¹⁹ SENDIM apud STEIGLEDER. op.cit.p. 225.

¹²⁰ CABALERO, citado por SENDIM apud STEIGLEDER. op.cit.p. 232.

¹²¹ MADDALENA, apud STEIGLEDER. op.cit.p. 232.

¹²² CHIARI apud STEIGLEDER p.232.

¹²³ SENDIM, apud STEIGLEDER p.233.

naturais são equivalentes quando têm a mesma capacidade auto-sustentada de prestação. É assim possível de afirmar que uma dano ecológico fica ressarcido quando determinadas funções ecológicas afetadas estão de novo restabelecidas de modo auto-sustentado. Nessa medida, e só nessa medida é correto dizer-se que se processou um restabelecimento do patrimônio natural globalmente considerado. Mas já não parece aceitável uma possibilidade de equivalência funcional entre todos os bens ambientais entre todos os bens ambientais. Nem parece juridicamente admissível a existência de bens naturais fungíveis¹²⁴.

STEIGLEDER entende que a crítica de SENDIM é adequada porque de fato, há bens ambientais únicos, cuja lesão não pode ser compensada através da reparação de outro dano ecológico ou da melhorias da capacidade de prestação de outro serviço ambiental.¹²⁵

Nossa posição, contudo, é de as noções de equivalência dos bens naturais não podem ser excludentes. Concordamos que existe um ideal a ser perseguido no sentido de buscar-se primordialmente a equivalência, entendida esta do ponto de vista funcional - ecológico capazes de estabelecer uma compensação atendendo as funções ecológicas anteriormente existentes ao dano. Mas nem sempre isso é possível na prática, e nem por isso devemos deixar de optar por uma compensação ecológica e substituir por uma reparação pecuniária caso a única possibilidade seja a compensação de um bem ambiental por outro bem ambiental, mesmo com características e funcionalidade ecológicas diversas, até porque muitas vezes a busca pelo parâmetro anterior será inatingível. Entendo que compensação da natureza por natureza é sempre preferível.

A compensação ecológica no âmbito da responsabilidade *ex ante* no direito brasileiro tem sua origem no licenciamento ambiental. Através de um conhecimento prévio do resultado potencialmente lesivo das atividades de determinado empreendimento é possível sua autorização diante a verificação técnica de absorção daquele impacto na ecossistema sendo a atividade autorizada impondo ao empreendedor a realização de compensação ambiental¹²⁶.

No campo da responsabilidade *ex post*, a substituição de bens naturais, por equivalente foi albergada, originalmente, nos Estados Unidos, no âmbito da lei de Controle da Poluição

¹²⁴ Ibidem 233

¹²⁵ Ibidem p. 233

¹²⁶ Lei 11.428 de 2006 prevê: Art. 17. O corte ou a supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, autorizados por esta Lei, ficam condicionados à compensação ambiental, na forma da destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, e, nos casos previstos nos arts. 30 e 31, ambos desta Lei, em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana.

A Lei 9985 de 2000 prevê: Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

das Águas (Federal Water Pollution and Control Act, 1977), que prevê a reparação dos danos através: da restauração ou da reabilitação dos recursos naturais afetados ou da substituição ou da aquisição de recursos equivalentes¹²⁷.

LEITE sugere parâmetros para compensação ecológica, a saber:

1. Em primeiro lugar, deve-se fazer uma valoração econômica do bem ambiental. Trata-se de um processo que deve levar em consideração as gerações futuras e fundamentar-se em uma visão ecocêntrica, abandonando o clássico antropocentrismo utilitarista.
2. Em seguida considera-se que as medidas utilizadas no sistema de compensação devem observar os princípios de equivalência, razoabilidade e proporcionalidade¹²⁸.

Ao que interessa ao nosso tema da reconvenção como instrumento processual de reparação ambiental, a compensação ecológica é uma forma de assegurar a tutela específica do dano ambiental e encontra fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil que prescreve:

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.
 § 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.

A demanda reconvenicional deverá ser proposta com a finalidade de reparar a integralidade dos danos ambientais e de acordo com a prioridade e possibilidade se preferirá a restauração ambiental, não sendo esta possível a compensação ambiental e subsidiariamente a conversão reparação pecuniária. Os pedidos poderão ser formulados cumulativamente - cumulação própria, quando resultar na soma de pedidos mediatos. Ocorrerá cumulação simples ou sucessiva na situação em que não sendo viável tecnicamente a restauração natural seja viável a compensação. A cumulação imprópria ou eventual no caso de impossibilidade da compensação, subsidiariamente converter-se o pedido em perdas em danos.

2.2.3 REPARAÇÃO PECUNIÁRIA DO DANO AMBIENTAL: MATERIAL E EXTRAPATRIMONIAL

Reparação pecuniária poderá ser utilização tanto como forma subsidiária, ou direta, nos casos que quantificação dos danos extrapatrimoniais.

¹²⁷SENDIM apud STEIGLEDER. op.cit.p. 231.

¹²⁸ LEITE, op. cit. p.211.

Quanto aos *danos materiais*, quando não for possível a restauração natural ou a compensação ecológica não restará outra alternativa senão a conversão dos danos ambientais materiais reparação pecuniária. Não existe no ordenamento jurídico brasileiro metodologia específica para quantificar os danos materiais. Em geral o juiz se socorre do perito designado para elaboração do laudo pericial, que indicará os danos irreversíveis e fixará um valor correspondente a tais danos. Nestes casos, o perito costuma valer-se de normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas-ABNT¹²⁹, ou da literatura especializada em economia do ambiente¹³⁰.

A dificuldade de se quantificar o dano ambiental é representada pelas perguntas lançadas por LEITE: quanto vale monetariamente uma espécie em extinção? ou um patrimônio histórico?¹³¹

Não existe um único método para apuração dos danos ambientais. Escolhemos alguns deles sem representar qualquer exclusão de qualquer outro método ou mesmo hierarquia entre eles.

MACNELLY¹³² afirma que o valor econômico do meio ambiente pode ser calculado através da seguinte expressão:

$$\begin{array}{ccccccc} & \text{valor} & & \text{valor} & & \text{valor} & & \text{valor} \\ & \text{econômico} & = & \text{de} & + & \text{de} & + & \text{de} \\ & \text{total} & & \text{uso} & & \text{opção} & & \text{existência} \end{array}$$

Onde o valor de uso é aquele atribuído pelo meio ambiente pelas pessoas que fazem uso dos recursos naturais. Costuma ser dividido em uso produto - Valor dos recursos naturais negociados no mercado - e uso consumo - valor dos bens consumidos sem passar pelo mercado. O valor de opção guarda relação com o risco da perda dos benefícios que o ambiente proporciona às presentes e futuras gerações. O valor de existência reporta-se a uma dimensão ética e o valor é atribuído pelo simples fato de o meio ambiente possuir certas qualidades, ainda que não possuam valor de uso atual ou futuro¹³³.

¹²⁹ STEIGLEDER refere a NBR 14653-6 Classifica os métodos de valoração em dois grupos. Método direto: que utilizam mercados hipotéticos para medir as variações de bem estar diretamente da demanda dos indivíduos pela qualidade ambiental. Métodos Indiretos que valoram os benefícios ambientais usando os custos evitados, relacionados indiretamente com as mudanças na qualidade ambiental, sem estarem diretamente relacionados com uma alteração de bem estar, medida pela predisposição a pagar ou a receber dos indivíduos. op.cit. p.240.

¹³⁰ Ibidem. p. 235.

¹³¹ LEITE. op.cit.p. 215.

¹³² MACNELLY apud PARAÍSO apud LEITE, op.cit. p. 217.

¹³³ Ibidem p.218.

SENDIM destaca dois métodos: indiretos e diretos. Indiretos se baseiam essencialmente na análise de mercados de bens que estão relacionados com o bem ambiental a avaliar, procurando descobrir indiretamente valor do ambiente mediante o valor dos bens que estão associados a eles, tal como o valor hedônico ou custo de deslocação. Diretos, destacam-se a avaliação contingente, afirmação do princípio de que o valor de um bem é aferido pela expressão das preferências individuais¹³⁴.

BENAKOUCHE E CRUZ elegem três categorias principais a saber:

- 1) Avaliação Hedonista, cujo método parte do pressuposto de que não são somente as características materiais que determinam o preço de um bem imobiliário, mas também seus atributos ambientais.
- 2) Avaliação Contingente, que permite determinar o valor dos recursos naturais a partir das preferências do consumidores.
- 3) Técnica Custo de Viagem, que permitem fundamentalmente estabelecer relações entre taxa de frequência de um ambiente dado e o conjunto de fatores socioeconômicos, determinando o valor monetário do uso e do não uso local em questão.¹³⁵

LEITE cita ainda outra metodologia baseada em quatro técnicas. As duas primeiras baseadas em técnicas de mercado, a terceira baseada em mercados substitutos e a última baseada em pesquisa de opinião:

- 1) Diferencial de produtividade: observam -se as mudanças na produtividade ocasionadas pela variação dos recursos naturais. Faz-se essencial verificar somente o diferencial, que consiste na diferença entre os preços com e sem contexto atual de utilização dos recursos;
- 2) Valor de propriedade: esse método tem como escopo estabelecer os preços implícitos relativos às características ambientais das propriedades. São vários fatores que podem influenciar o preço de uma propriedade: poluição sonora, atmosférica etc. e que serão observados por este método;
- 3) Custo de Viagem: baseia-se no valor despendido para utilização de áreas naturais com atividades recreativas, o chamado "custo viagem". Há aqui o elemento da demanda do consumidor, pois as pessoas demonstram o valor de determinado bem aumentando ou diminuindo a demanda por ele;
- 4) Contingente: é feita por meio da distribuição de questionários, objetivando criar um contexto artificial. Extraem-se avaliações pessoais sobre o valor de um bem, o que leva ao aumento ou diminuição na quantidade da demanda deste¹³⁶.

Outra forma de quantificação dos danos é a utilização dos mesmos parâmetros utilizados para fixação das multas administrativas previstas no Decreto 6.514 de 2008 que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente.

¹³⁴ SENDIM apud LEITE op. cit. p. 218.

¹³⁵ BENAKOUCHE e CRUZ, apud LEITE op.ci.p. 219.

¹³⁶ LEITE, op.cit. p. 219.

Não pretendemos aqui esgotar todos os mecanismos utilizados para valoração do bem ambiental com vistas a sua reparação pecuniária, nem tão pouco realizar qualquer escolha dentre as possibilidades apresentadas. Como dissemos no início deste tópico, não existe metodologia específica ou regramento taxativo na quantificação dos danos. O caso concreto determinará a escolha de qual metodologia a seguir, ou mesmo a eventual mescla entre os parâmetros indicados que serão utilizados pelo juiz na fixação do quantum conforme seu livre convencimento motivado.

Os *Danos Extrapatrimoniais* também reclamam quantificação. Antes contudo cabe-nos fazer uma ressalva, o pedido de reparação pelos danos extrapatrimoniais ambientais deverá sempre ser postulado de forma cumulativa, cumulação simples já que o fundamento de cada pedido é distinto. Inicialmente o pedido de reparação ambiental, como obrigação de fazer se volta à restauração natural enquanto reparação do dano ecológico puro, e conforme a viabilidade ou não parte-se para compensação ecológica e reparação pecuniária dos danos materiais ao meio ambiente. O dano extrapatrimonial tem como fundamento a privação da qualidade de vida ou mesmo a privação de sua utilização, mesmo que temporária¹³⁷.

Se para quantificar o dano material ambiental pudemos observar que uma é tarefa complexa, não dispondo o julgador de um único critério, para quantificar o dano extrapatrimonial sejam individuais ou coletivos esta tarefa assume contornos de complexidade ainda maior. Como quantificar o dano extrapatrimonial, como em nosso primeiro exemplo, quando o infrator restou incurso no art. 43 do Decreto 6.514 de 2008, caso de destruição de floresta em área de considerada preservação permanente? Como quantificar a dor pela falta das funções ecológicas que eram desempenhadas pela floresta que foi devastada?

O reconhecimento da dificuldade em se avaliar os danos extrapatrimoniais não pode ser justificativa para não indenizá-los¹³⁸. Nos danos patrimoniais existe um parâmetro a se buscar, o retorno patrimonial ao *status quo ante*. Não existe tal medida quanto aos danos extrapatrimoniais, pela sua própria natureza de extrapatrimonial.

No direito privado duas concepções se confrontam na avaliação do dano extrapatrimonial, o método subjetivo e objetivo. O primeiro, pela apreciação in concreto, visa avaliar a satisfação na busca dos prejuízos reais alegados pela vítima. O segundo, pela apreciação *in abstracto*, baseia-se em *standards* jurídicos, com p. ex. a noção de homem médio (*bon pater familie, reasonable man*), dados estatísticos, através de tabelas e critérios preestabelecidos¹³⁹.

¹³⁷ MELO, op.cit.p.113.

¹³⁸ LEITE, op.cit. p. 301.

¹³⁹ VINEY, apud SEVERO. op.cit.p. 203.

SEVERO afirma que a adoção de ambos os métodos de avaliação contribui para criação de um sistema aberto de satisfação dos danos extrapatrimoniais, atribuindo segurança jurídica e isonomias necessárias e abrindo espaços para o ajuste no caso concreto¹⁴⁰. Salienta ainda o autor de que o juiz dispõe de um poder de ajustamento do caso, a equidade¹⁴¹.

No direito ambiental, embora não exista um critério legal fixado para quantificação dos danos extrapatrimoniais vemos a conjugação destas duas metodologias, aliando critérios subjetivos e objetivos.

LEITE sugere a análise das circunstâncias do caso concreto, no porte do agente, na gravidade dos fatos para se aferir os danos extrapatrimoniais.¹⁴²

PACGNELA elenca a extensão do prejuízo ambiental; a intensidade da responsabilidade pela ação ou omissão, inclusive pelo exame do proveito do agente com a degradação; a condição econômica e cultural do degradador; e o valor suficiente para prevenção de futuros danos ambientais¹⁴³.

REIS tem se valido do art. 59 do Código penal como critério para arbitramento do dano e da valoração dos seguintes aspectos:

A repercussão do ilícito no meio social; a intensidade da angustia experimentada pela vítima (que depende da análise seus fatores culturais, sociais e espirituais); A situação patrimonial do agente lesionador e da vítima.; a gravidade da lesão; a intensidade do dolo ou grau de culpa responsável; a reincidência; a retratação espontânea do agente¹⁴⁴.

Acrescenta o autor que o art. 6º da lei 9605 de 1998 poderia ser parâmetro inicial na fixação do dano¹⁴⁵, ou ainda os preceitos do art.14, art. 15 e art. 18 do mesmo diploma legal¹⁴⁶.

¹⁴⁰ SEVERO, op.cit.p.207.

¹⁴¹ Ibidem p. 207.

¹⁴² LEITE, op. cit. p. 301-302;

¹⁴³ PACGNELA apud STEIGLEDER, op.cit.p.250.

¹⁴⁴ REIS apud STEIGLEDER, op.cit.p.248.

¹⁴⁵ Ibidem p. 250.

¹⁴⁶ Prescreve a lei 9.605 de 1998: Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente; II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena: I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; II - arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada; III - comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; IV - colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - reincidência nos crimes de natureza ambiental; II - ter o agente cometido a infração: a) para obter vantagem pecuniária; b) coagindo outrem para a execução material da infração; c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente; d) concorrendo para danos à propriedade alheia; e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso; f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos; g) em período de defeso à fauna; h) em domingos ou feriados; i) à noite; j)

Não existe consenso na doutrina. O maior repúdio na utilização dos mesmos critérios para fixação da penalidade criminal ou sanção administrativa reside na independência das searas, civil, administrativa e penal, o que resultaria em afronte a independência destas searas e a utilização dos mesmos critérios para se definir o *quantum debeatur* dos danos extrapatrimoniais

É verdade que os atos ou fatos de que resultam o danos ambientais (patrimonial ou extrapatrimonial) irradiam consequências conforme a norma violada. Violando-se uma norma penal ou administrativa, obviamente os atos ou fatos e suas respectivas consequências serão tratadas conforme a órbita penal ou administrativa.

Conforme dissemos anteriormente quando da conceituação do dano ambiental em razão da sua própria complexidade ou conforme a abordagem como *macrobem* ou *microbem* teremos uma concepção mais ampla ou mais restrita preferindo-se um conceito totalizante.

Se por um lado existe razão para os que tentam afastar como critério para quantificação dos danos morais os mesmos critérios utilizados por outros ramos do direito, como por exemplo o critério fixado pelo art. 59 do Código penal ou os preceitos contidos nos art. 6º c/c art. 15.c/c art. 16 ou art. 18 da lei 9605/ de 1998 ou critério de direito administrativo, como por exemplo o Decreto 6514 de 2008 sob pena de imiscuir-se searas distintas, não é menos verdade que o dano ambiental é um só e que inexistente um critério fornecido pelo sistema de direito ambiental codificado para quantificar os danos. Chegaríamos então a um impasse porque amiúde todos os critérios não são genuinamente do direito ambiental e capazes de quantificar os danos extrapatrimoniais.

A conclusão a que se chega, e de certa forma tal como no direito privado, não devemos excluir de antemão qualquer critério para fixação dos danos extrapatrimoniais. Não havendo critérios legais seguros para se aferir o quantum indenizatório do dano extrapatrimonial, deve o julgador, observadas as circunstâncias do caso concreto utilizar-se do arbitramento, para fixar o valor da condenação¹⁴⁷.

Supomos então duas situações. A primeira de uma empresa que sem licença de instalação e de operação lança dejetos altamente poluentes em plena época da piracema,

em épocas de seca ou inundações; l) no interior do espaço territorial especialmente protegido; m) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais; n) mediante fraude ou abuso de confiança; o) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental; p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais;q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes; r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

Art. 18. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

¹⁴⁷ LEITE op cit.p.301.

causando a mortandade de toneladas de peixes e eliminando a possibilidade de sobrevivência de alevinos. De outra banda, visualizemos pescadores que vivem da pesca de subsistência que são flagrados pela polícia ambiental por realizar pesca na época de defeso. Em ambos os casos teremos consequências que importam em danos ao meio ambiente afetando o ecossistema. Em ambos os casos os envolvidos sofrerão consequências nas órbitas penal e administrativa e, em ambos os casos será possível buscar-se além da indenização por danos materiais, os danos extrapatrimoniais. Pergunta-se qual o norte a seguir para a fixação dos danos extrapatrimoniais?

A resposta não é definitiva, mas defendemos a posição de que o juiz analisando as circunstâncias de cada caso utilizando-se do juízo da equidade e proporcionalidade deve ter a liberdade para sopesar e formar a sua convicção pelo livre convencimento sem qualquer restrição prévia, utilizando desta "porta aberta" existente no sistema, sem exclusão ou apego a qualquer critério específico definir o *quantum debeatur* dos danos extrapatrimoniais, mesmo que tenha de utilizar e sopesar as diferenças dos agressores e dos resultados por meio de critérios fornecidos quer das ciências não jurídicas ou das várias especialidades do direito.

3. ANÁLISE DE CASO

Afim de contextualizar a utilização da reconvenção como instrumento para reparação dos danos ambientais trazemos ao estudo as sentença proferida pelo Juiz Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Diamantino, Justiça Federal de 1º grau em Mato Grosso, no Processo eletrônico 5688-22.2012.4.01.3604 .

Tratou o caso de ação ordinária proposta pela empresa "X"¹⁴⁸ afim de ver anulado o respectivo auto de infração contra si lavrado em razão da realização de desmatamento de 237 hectares de cerrado em imóvel rural, arguindo em preliminar prescrição da pretensão punitiva. Formulou o Ibama em defesa contestação como também propôs reconvenção afim de ver a autora condenada a restaurar a área degradada ou pagar o valor correspondente.

Ao que interessa ao nosso trabalho importar salientar que a ação principal foi julgada procedente ante o acolhimento da preliminar de prescrição, ao mesmo tempo em que o juiz acolheu em parte a reconvenção proposta pelo ente público determinando a reparação ambiental.

Vejam os alguns excertos da sentença:

(...)3. Da reconvenção

O IBAMA apresentou reconvenção (fls, 270/295), na qual postula a condenação do autor/reconvindo a recuperar a área desmatada ou a pagar o valor correspondente à recuperação, além da decretação da perda de acesso a incentivos e benefícios fiscais e da medida de indisponibilidade de bens, para assegurar a recuperação ambiental da área desmatada,

Primeiramente, importa consignar que o reconhecimento da prescrição da ação punitiva da Administração Pública, no exercício do poder de polícia, reflete-se, diretamente, no direito da autarquia de postular o pagamento da multa imposta no auto de infração lavrado contra a autora e demais sanções aplicáveis em virtude da prática de infração administrativa.

Entretanto, a extinção da ação punitiva na esfera administrativa pela prescrição não impede que seja aferida, na esfera cível, a responsabilidade do autor/reconvindo pelos prejuízos causados ao meio ambiente, porque a responsabilidade civil objetiva não se submete à mesma sistemática da imposição de penalidades na esfera administrativa.

As sanções oriundas da prática de ilícito de natureza administrativa devem ser impostas àquele que o tiver cometido ou concorrido - direta ou indiretamente - para sua prática, tornando-se indispensável, nessa esfera, a demonstração do elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa) e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão (caracterizadoras do ilícito) e o dano. Além disso, dada a sua natureza punitiva, o ilícito administrativo está sujeito a prazos prescricionais.

A responsabilização civil pela reparação de danos ambientais, por sua vez, é de natureza objetiva e possui caráter *propter rem*, isto é, a obrigação decorre do direito de propriedade do imóvel e vincula o titular do domínio, mesmo que não tenha sido ele o autor da degradação ambiental. (...)

(...)Outra diferença que merece ser destacada se circunscreve aos prazos prescricionais, pois, sob a perspectiva de que o dano ambiental tem efeitos lesivos

¹⁴⁸ Pedimos a vênha para não indicar no presente o nome da empresa autora e ré- reconvinda

permanentes sobre direito difuso e indisponível que se estendem para as gerações presentes e futuras, a responsabilidade civil pela sua reparação é imprescritível.(...)

Conforme relatado nos autos, a empresa "X" foi autuada, em 14/07/2011, por danificar 237 hectares de cerrado, sem autorização do órgão competente, na Fazenda Chapada, localizada no Município de Campo Novo dos Parecis - MT (Auto de infração n. 651328-D e Termo de embargo n. 449017-C - fl. 66/67). A conduta foi tipificada no art. 70 e art. 72, inc. II e VII, da Lei n. 9.605/98, c/c art. 38§2º, II e VII, do Decreto Federal n. 3.179/99, c/c art. 19, da Lei n. 4.771/65, resultando na imposição de multa no valor de R\$ 47.400,00 (quarenta e sete mil e quatrocentos reais).

Da análise dos documentos anexados à inicial, especialmente do auto de infração e termo de embargo às fls. 66/67, em conjunto com os relatórios de fiscalização às fls. 68/69 e os impressos das imagens de satélite às fls. 330, verifico que se encontra demonstrada a ocorrência do dano ambiental na área de 237 hectares de cerrado, localizada no imóvel rural denominado Fazenda Chapada, de propriedade da autora/reconvinda.

Embora a delimitação do desmatamento não tenha sido realizada de forma precisa no AI n. 652813-D, com a indicação de todas as coordenadas geográficas para formar o polígono de identificação da área atingida, certo é que essa circunstancia não é obstáculo a responsabilização pelo fato, pois não há dúvida de que o dano ambiental ocorreu. No que concerne à sua extensão, nada impede que o local exato e a extensão do dano sejam verificados na fase de cumprimento da sentença.

De igual modo, está presente o nexos de causalidade, porquanto os danos resultantes do desmatamento estão vinculados ao exercício da atividade econômica desenvolvida pela autora/reconvinte, no ramo da agropecuária.

Quanto à alegação de que a exploração foi regularizada pela concessão do CAR n. 2645/2010 e da LAU n. 141/2005, que pressupõem a inexistência de área aberta fora dos limites previstos em lei, bem como que no imóvel estão sendo implementadas as medidas para sanar o passivo ambiental declarado e o respectivo cronograma de execução, assinalo que a afirmação não se sustenta, haja vista que a Licença Ambiental Única - LAU n. 0141/2005 (f. 51) foi concedida em 03/02/2005, com validade de 05 (cinco) anos, enquanto que o Cadastro Ambiental Rural CAR n. 2645/2010 é datado de 27/09/2010 (f. 50), ou seja, ambos são posteriores à verificação do desmatamento.

Conforme estabelece o artigo 10 da Lei n. 6.938/81, a atividade capaz, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental deve ser precedida de licenciamento ambiental;(...)

(...)A licença ambiental posteriormente concedida não tem o condão de retroagir para alcançar a degradação provocada em data anterior à sua concessão, razão pela qual não afasta a obrigação de reparar o dano causado pelo desmatamento.

Além disso, em consonância com a lição de Paulo Affonso Lemes Machado, a existência da licença ambiental não elide o dever de reparação do dano ambiental:

"A licença ambiental não libera o empreendedor licenciado de seu dever de reparar o dano ambiental. Essa licença, se integralmente regular, retira o caráter de ilicitude administrativa do ato, mas não afasta a responsabilidade civil de reparar. A ausência de ilicitude administrativa era impedir a própria Administração Pública de sancionar o prejuízo ambiental; mas nem por isso haverá irresponsabilidade civil.

A própria Constituição Federal tomou clara a diferença e a independência dos três tipos de responsabilidade - penal, administrativa e civil - ao dizer, no art. 225, § 3º: "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". A irresponsabilidade administrativa ou penal não acarreta a irresponsabilidade civil."

Portanto, o cadastro ambiental rural e a licença ambiental não podem ser opostos em face do IBAMA com o fim de obstar a obrigação de reparar o dano causado pelo desmatamento.

Havendo termo de ajustamento de conduta, firmado por ocasião da concessão da licença ou da expedição do CAR, deverá o ajuste ser submetido ao IBAMA para fins de compatibilização com o projeto de recomposição da área.

Destarte, existindo prova inequívoca nos autos da ocorrência de dano ambiental, correspondente ao desmatamento de 327 hectares de cerrado, sem autorização legal e de que esse dano foi causado por conduta da autora/reconvindo, proprietária do imóvel, tem-se que estão presentes os requisitos para atribuir-lhe a responsabilidade pela reparação do dano ambiental causado.

Assim, o pedido de obrigação de fazer, correspondente à recuperação de 237 hectares de vegetação destruídas, merece acolhimento, eis que decorre da responsabilização civil da autora pelo dano ambiental.

Conforme já mencionado, a ausência de discriminação da área objeto do desmatamento não impede a condenação da autora/reconvinda na reparação do dano ambiental, posto que a identificação exata do local do desmate e de sua extensão serão aferidos por ocasião do cumprimento de sentença.

A conversão da obrigação de fazer em perdas e danos só se verifica nas hipóteses de impossibilidade do cumprimento da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente, quando então, se mostra cabível a indisponibilidade de bens. No caso dos autos, pedido concernente à obrigação de pagar é subsidiário e, tendo em vista que a impossibilidade do cumprimento da tutela específica não está demonstrada nos autos, não é razoável a adoção da indisponibilidade de bens.

Além disso, entendo que nos parâmetros adotados pelo IBAMA para a fixação do valor de R\$ 1.303.500,00 não é proporcional, pois, no caso *in concreto*, deve ser considerado que a aferição da extensão do dano será feita por ocasião do cumprimento da sentença, oportunidade em que a parte autora poderá submeter eventual termo de ajustamento de conduta celebrado com o Estado de Mato Grosso para a recuperação do dano ambiental.(...)

Inicialmente pode ser aferida a presença das condições e os pressupostos da ação reconvenicional. O objeto da ação reconvenicional de reparação ambiental da área degradada encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, além da demonstração do interesse jurídico demonstrada em face da não reparação espontânea utilizando-se do processo ordinário para satisfação de interesse público de reparação. A legitimidade ativa do autor da ação anulatória, na condição de infrator ratifica sua legitimidade para responder pela reparação ambiental. De outra banda a conexão entre a demanda anulatória e reconvenicional em face dos mesmos fatos, infração como causadora dos danos, permitiu a utilização da reconvenção como instrumento e julgamento simultâneo de ambas as demandas sob o mesmo rito, tendo em vista a competência do juiz para julgar ambas as causas.

Não obstante a demanda do autor da ação principal tenha sido vitoriosa no sentido do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com o levantamento da sanção administrativa, a independência das esferas cível e administrativa não foram óbice para imposição do dever imposto ao autor via reconvenção de reparar os danos decorrentes do desmatamento, como a própria fundamentação salienta de que a "responsabilidade civil objetiva não se submete à mesma sistemática da imposição de penalidades na esfera

administrativa". Por consequência o prazo prescricional da pretensão punitiva da administração não se confunde com o prazo prescricional da pretensão ao ressarcimento onde é reconhecida sua imprescritibilidade.

A ausência de precisão na demonstração de todas as coordenadas geográficas para formar o polígono de identificação da área atingida não foi obstáculo para responsabilização pelo fato, abrindo-se a possibilidade de verificação precisa na fase de cumprimento de sentença.

Reconheceu o juiz a importância do processo administrativo ambiental que subsidiou na identificação dos danos através da análise dos documentos em especial do auto de infração e termo de embargo, como também do próprio relatório de fiscalização e os impressos das imagens de satélite que propiciaram constatar o desmatamento de 237 hectares de cerrado de propriedade da autora/reconvinda. Diante destes documentos produzidos unilateralmente pelo órgão autárquico foi possível reconhecer o nexo de causalidade entre a atividade econômica executada pelo autor e o resultado danoso ao meio ambiente.

Foi possível ainda constatar o acerto da decisão, que embora não tenha aceito os parâmetros para reparação pecuniária remeteu a questão para fase de cumprimento da sentença priorizando a recuperação ambiental a ser submetida avaliação por meio de plano de recuperação da área degradada.

Em suma, a reprodução do excerto da sentença proferida ratifica a viabilidade do uso da reconvenção como instrumento para reparação ambiental, no âmbito do procedimento ordinário.

CONCLUSÃO

Conforme compromisso assumido no início de nosso trabalho é chegado o momento de responder a questão que formulamos: Existe viabilidade técnica para utilização da reconvenção como estratégia para recuperação dos danos ambientais? Em que circunstâncias ela se aplica?

É forçoso reconhecer após a nossa exposição de que a reconvenção pode sim ser utilizada como instrumento para reparação dos danos ao meio ambiente. Constitui-se ao nosso ver, diante da composição de elementos de ordem fática, em mais uma alternativa de que poderão dispor os órgãos públicos encarregados pela sua vigilância, de buscar a reparação aos danos ambientais.

Quanto a segunda pergunta, em que circunstâncias? Nossa resposta não pode ser estanque. Antes de mais nada é preciso compreender que a utilização da reconvenção como instrumento de reparação aos danos ambientais dependerá de várias circunstâncias, todas ao nosso ver, ditadas pelo caso concreto.

E aqui compreenda-se "caso concreto" não apenas ao resultado lesivo, mas ao ato ou fato causador, como infração ambiental, e seu nexos de causalidade como probabilidade na produção do resultado danoso.

Por outro lado, identificação e extensão dos danos deverão estar devidamente relacionados assim como autores/infratores no processo administrativo ambiental que será a fonte principal, que possibilitará o uso da estratégia.

Na medida que a extensão dos danos atingir terceiros alheios a relação de direito administrativo-ambiental, ou seja for além da relação autor da infração e poder público sancionador para atingir estranhos a esta relação, deve-se preferir a ação civil pública. A limitação ao nosso ver se dá, do ponto de vista processual civil, para preservar-se a própria essência da reconvenção como um instrumento que visa num mesmo processo solucionar duas lides atendendo os princípios da economia e celeridade processuais que seriam prejudicadas com a inclusão de terceiros até então estranhos à relação. E do ponto de vista ambiental, a limitação se impõe na ocorrência de danos de grande magnitude, difusos, porque neste caso, a proteção e a reparação do meio ambiente de forma eficiente também deve seguir um processo que contemple à toda coletividade, difusamente.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**.15 ed. São Paulo: Atlas, 2013;
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BURMANN, Alexandre. **Fiscalização e Processo Administrativo Ambiental**. Porto Alegre: Alcance, 2013.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A Responsabilização Civil pelo Risco Ambiental**. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013.
- DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente: Teoria Geral do Processo, Tutela Jurisdicional e Execução/Cumprimento**. São Paulo: Saraiva, 2009;
- DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**.16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.v.1.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**.8ª ed. São Paulo: Atlas 1997.
- FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: A Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico -Constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 4 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. revista. ampliada e atualizada em face da Rio+20 e do novo "Código" Florestal. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012;
- FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 4 ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2010.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o trabalho Científico: Elaboração e Formatação. Explicação das Normas ABNT**. 14 ed. Porto Alegre: s.n. 2006.
- GHELLERE, Rui Ghellere. **Tutela Ambiental e Técnica Processual**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 2010.
- GRANZIERA. Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 3 ed. revista e atualizada. São Paulo.: Atlas, 2014.

GUERRA, Sidney; Guerra, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**. Belo Horizonte. Fórum, 2009.

LANG, Agathe Van. **Droit de l'environnement**. 3 ed. Paris: Thémis, 2011;

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis 12.651/2012 e 12.727/2012 e com o Decreto 7.830/2012. São Paulo: Malheiros, 01-2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 edição Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros 1997.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11 Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999;

MELO, Melissa Ely. **Restauração Ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: A gestão Ambiental em Foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2001;

_____. **Multa Ambiental: Conflitos das Autuações com a Constituição e a Lei**. São Paulo: Atlas, 2009;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 21 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 5 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

PINHO, Hortênsia Gomes. **Prevenção e Reparação de danos Ambientais: As Medidas de Reposição Natural, Compensatórias e Preventivas e a Indenização Pecuniária.** Rio de Janeiro: G Z editora, 2010.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement.** 6 ed. Paris: Dalloz, 2011.

SALOMON, Fernando Baum. **Nexo de Causalidade no Direito Privado e Ambiental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 27 ed. Atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhen. São Paulo: Saraiva, 2011.v.2.

SARAIVA NETO, Pery. **A Prova na Jurisdição Ambiental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente.** 3 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Ambiental.** 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento.** 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v.1.

SIRVINSKAS, Luíz Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro.** 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental.** 3 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** 9 Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1992.v.1.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental.** 3ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

WEYERMÜLLER, André Rafael. **Direito Ambiental e Aquecimento Global.** São Paulo: Atlas, 2010.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte Geral, Aspectos Fundamentais*. Tradução do Original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris editor, 1976.