

**DESAFIOS PARA A INTEGRAL RECOMPOSIÇÃO DOS DANOS
AMBIENTAIS: MEDIDAS PARA MAIOR RESOLUTIVIDADE DO TERMO DE
COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

RESUMO: O presente trabalho visa analisar os mecanismos para solucionar os obstáculos à reparação integral dos danos ambientais, notadamente do termo de compromisso de ajustamento de conduta. Para tanto, explora-se a necessidade de os órgãos legitimados privilegiarem a solução negociada para eficaz recomposição dos danos ambientais ao estado de coisas antes encontrado. Entretanto, diante de hipóteses de irreparabilidade do dano ambiental, vislumbra-se que a compensação ambiental poderá ser alternativa a ser adotada, desde que o resultado global seja mais favorável ao meio ambiente. Em vista disso, discorre-se sobre a mitigação da obrigatoriedade da ação penal decorrente da reparação integral do dano ambiental, frente à reparação global do dano impingido ao meio ambiente. Por fim, analisam-se os problemas (extra)jurídicos na consecução do ajuste às exigências legais do poluidor, propondo-se medidas para maior resolutividade dos termos de compromisso de ajustamento de conduta.

PALAVRAS-CHAVE: meio ambiente; reparação integral; termo de compromisso de ajustamento de conduta; colegitimação.

**CHALLENGES FOR INTEGRAL RECOMPOSITION OF ENVIRONMENTAL
DAMAGE: MEASURES FOR BETTER RESOLUTION OF THE TERM OF
CONDUCT ADJUSTMENT**

ABSTRACT: This work aims to analyze the mechanisms to address obstacles to full compensation for environmental damage, notably the term of conduct adjustment. To do so, it explores the need for legitimate agencies give priority to negotiated solution for effective restoration of the environmental damage to the state of affairs before encountered. However, before chances of irreparable environmental damage, one sees that the environmental compensation may be alternative to be adopted, provided that the

overall result is more favorable to the environment. As a result, it talks about mitigation of mandatory prosecution arising from the full compensation for the environmental damage, compared to the global foisted repair damage to the environment. Finally, we analyze the problems (extra) legal in achieving the adjustment to the polluter legal requirements, proposing measures for better resolution of the terms of conduct adjustment of commitment.

KEYWORDS: environment; full compensation; term of conduct adjustment; colegitimation.

1 INTRODUÇÃO

O vértice axiológico da Constituição da República é atribuído à dignidade da pessoa humana, tida por fundamento superior da ordem jurídica. Deste princípio defluem os direitos fundamentais e as respectivas garantias e os direitos sociais e as consequentes políticas públicas.

Sobreleva-se a imbricação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nos direitos fundamentais e nos direitos sociais, os quais devem ser promovidos e respeitados em consonância à essencial qualidade de vida, razão pela qual “as normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente”¹.

O caminho percorrido pelos órgãos legitimados na busca pela reparação dos bens difusos é longo e árduo, os quais sempre se depararam com entraves fáticos e jurídicos obstativos da efetiva reparação integral do dano ao meio ambiente, gerando a baixa resolutividade dos conflitos dessa natureza.

Em vista disso, ao longo dos anos, o ordenamento jurídico foi incrementado por mecanismos para solucionar os obstáculos à reparação dos danos ambientais, ampliando progressivamente os legitimados à tomada de medidas de restauração do

¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 851.

meio ambiente e sofisticando os veículos processuais envolvidos, notadamente o termo de compromisso de ajustamento de conduta.

2. A COMPOSIÇÃO DOS DANOS PARA A RESOLUTIVIDADE DE LITÍGIOS AMBIENTAIS

Os direitos difusos são indisponíveis por sua natureza, não havendo possibilidade de renúncia que perfaça a sua não integral reparação ou se traduza na disponibilidade material do conteúdo da lide, motivo pelo qual “como a transação envolve disposição do próprio direito material controvertido, a rigor o legitimado de ofício não pode transigir sobre direitos dos quais não é titular”². De fato, os bens difusos não são de titularidade do particular ou do bem público, mas de toda a sociedade, presente e futura.

Por essa razão que Álvaro Luiz Valery Mirra³ assevera que:

[...] no atual estágio do direito ambiental brasileiro, não se admite qualquer limitação à plena reparabilidade do dano que não seja decorrente das próprias características do meio ou bem ambiental atingido. Tendo em vista a indisponibilidade do direito protegido, nenhuma disposição legislativa, nenhum acordo entre os litigantes e nenhuma decisão judicial tendente a limitar a extensão da reparação do dano ambiental pode ser considerada legítima.

Por outro lado, verifica-se que há tendência entre os colegitimados para atuação na tutela de interesses e direitos transindividuais para mitigar a indisponibilidade da ação civil pública, sobrelevando a negociação entre estes e os infratores.

Vale dizer, a negociação entabulada pelo colegitimado e pelo infrator não possibilita a disposição do bem jurídico difuso, o qual deverá ser recuperado em sua integralidade, mas possibilita ajustar a forma como se dará a recuperação do meio ambiente (tempo, modo e lugar), sem qualquer ingerência do Estado-Juiz, conformando os ajustes necessários para se alcançar o desiderato, sem a vagarosidade inerente da lide. Assim, busca-se a máxima efetividade na resolução de litígios ambientais, sem renunciar à recomposição do meio ambiente.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 439.

³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano**. In: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. Vol. 7. P. 535-451.

A necessidade de se privilegiar a composição dos danos está intrinsecamente ligada a uma crise na prestação jurisdicional, revelada pela sua desproporcional morosidade, dentre outros fatores, resultante da ausência de julgadores e agentes públicos (licenciadores e fiscalizadores) em número suficiente à demanda, a qual é inflada pela cultura de litigiosidade a que o brasileiro está acostumado.

A solução negociada ou conciliação, nas palavras de Geisa de Assis Rodrigues⁴, traz inúmeros ganhos:

Seguramente o maior benefício proporcionado pela conciliação às partes de um conflito é configurar uma alternativa ao processo, ou à continuidade do mesmo. É uma forma mais econômica de solucionar litígios porque poupa, totalmente ou parcialmente, a movimentação da dispendiosa máquina jurisdicional. Sob outra perspectiva a conciliação também se afigura bastante vantajosa porque tem o condão de acomodar melhor as desavenças dos envolvidos no conflito, que se sentem sujeitos da decisão e não objeto de um decreto de um terceiro, que por sua origem exógena sempre corre o risco de ter a pecha de injusto, e gerar uma insatisfação latente, ainda que o conflito tenha sido aparentemente dirimido.

Nessa ordem de ideias, observa-se que a legislação vem apontando no sentido de diminuição da morosidade judiciária, ora para a solução negociada de conflitos, ora para a criação de procedimentos, notadamente o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que tendam a dar celeridade ao processo.

Desse modo, o novo Código de Processo Civil prevê que a qualquer tempo o magistrado poderá promover a autocomposição (art. 135 da Lei n. 13.105/2015), indo ao encontro dessa nova tendência.

Importante destacar que a solução negociada dos conflitos se insere em uma nova concepção de Ministério Público, nascida a partir do giro democrático pós-Constituição da República de 1988, retirando-o de uma posição exclusivamente punitiva, e não cedendo “lugar ao que o senso comum conhece como uma Instituição meramente repressiva, acusadora”⁵.

Ademais, a autocomposição não se confunde com a punição, a qual é reservada aos âmbitos administrativo e penal, conforme já assentado pelo e. Superior Tribunal de Justiça no REsp 1354536/SE, na relatoria do ministro Luís Felipe Salomão,

⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53.

⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 132-133.

segunda seção, julgado em 26/03/2014: “é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo”.

O principal instrumento para resolução negociada dos litígios ambientais no âmbito civil é o termo de compromisso de ajustamento de conduta, disciplinado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985). Para tanto, é necessário discorrer sobre a natureza jurídica da referida ferramenta processual.

É necessário reconhecer que há séria divisão na doutrina sobre a natureza jurídica do termo de compromisso de ajustamento de conduta. Para Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes Nery⁶, o citado instituto pode ser classificado como:

Compromisso de ajustamento de conduta é transação híbrida, lavrada por instrumento público ou privado, celebrada entre o interessado e o Poder Público, por seus órgãos públicos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública, por cuja forma se encontra a melhor solução para evitar ou para pôr fim à demanda judicial, que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza metaindividual.

O termo de compromisso de ajustamento de conduta, nas palavras de Édis Milaré⁷, é um “mecanismo de solução pacífica de conflitos, com natureza jurídica de transação, consistente no estabelecimento de certas regras de conduta a serem observadas pelo interessado, incluindo a adoção de medidas destinadas à salvaguarda do interesse difuso atingido”. Por meio deste instrumento previsto no art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, “o interessado formaliza, espontaneamente, sua intenção de se adequar às exigências legais ou de reparar integralmente o dano por ele causado”.

Por outro lado, Hugo Nigro Mazzilli⁸ sustenta que o compromisso de ajustamento de conduta possui natureza de ato administrativo negocial, refutando qualquer característica contratual, pois o seu objeto não trata de direitos patrimoniais de caráter privado, nem pode o tomador do ajuste fazer concessões quanto ao conteúdo material da lide; bem como não se confunde com transação, pois a tomada de

⁶ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. **O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida.** In: A ação civil pública após 25 anos. Coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

⁷ MILARÉ, Édis. **O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos.** Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, vol. 4, p. 381 – 397, Mar / 2011, DTR\2005\914

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 452.

compromisso (que apenas é garantia mínima) pode não pôr termo à celeuma, decorrente da possibilidade de outros colegitimados não se satisfazerem com o acordo.

Em vista do exposto, permanece a polêmica sobre a natureza jurídica do termo de compromisso de ajustamento de conduta, apontando-o ora com natureza de transação, ora com natureza de negociação, ora com natureza híbrida. Qualquer que seja a corrente adotada pelo operador jurídico, segue incontroverso que poderá ser ajustado entre o colegitimado e o poluidor a forma como se dará a reparação do dano impingido ao meio ambiente.

3. A REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS

O art. 225, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil disciplina que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O dispositivo acima colacionado aponta a existência de duas modalidades de imposições: a) sanções penais e administrativas; e b) obrigação de reparar o dano.

A responsabilidade por danos ao meio ambiente é tríplice, circunscrevendo-se às responsabilidades penal, civil e administrativa, as quais são independentes e poderão ser cumuladas.

Ao tempo em que a persecução da responsabilidade penal é atribuída exclusivamente ao Ministério Público, tido como *dominus litis* da ação penal pública, a responsabilidade civil é dividida entre os entes legitimados concorrentemente à proposição da ação civil pública⁹. A responsabilidade administrativa ambiental, por seu turno, é conferida ao Poder Público, notadamente aos órgãos ambientais, os quais poderão cominar penalidades ao degradador.

⁹ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

A responsabilidade pela reparação do dano funda-se na volta ao *status quo ante* do bem lesado, ou seja, “o responsável pelo dano tem o dever de repará-lo o mais amplamente possível. Reparar o dano significa a busca de um determinado valor que se possa ter como ‘equivalente’ ao dano causado por aquele que praticou o ato ilícito”¹⁰.

Nesse sentido, não se pode perder de vista que o próprio fundamento da responsabilidade civil, prevista no art. 927 do Código Civil, reside na concepção de que, quem cometer ato ilícito, causando dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Deve-se entender que o art. 225 da Constituição Federal é claro ao declarar que o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, além de estar a defesa do meio ambiente previsto como princípio da ordem econômica.

Verifica-se que os referidos dispositivos constitucionais, a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) e a Lei da Mata Atlântica (Lei n. 11.428/06) orientam-se pelos princípios do poluidor-pagador, do usuário-pagador e da reparação integral.

O Ministro Herman Benjamin no Resp n. 1.198.727 – MG esclarece que a responsabilidade civil ambiental não deverá abarcar somente a lesão restaurada ou a ser restaurada, mas os danos decorrentes da degradação e do comportamento pretérito do agente que poderão causar o que o autor denomina de degradação transitória e reflexa do meio ambiente:

A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida da forma mais ampla possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar juízos retrospectivo e prospectivo.

A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem, porquanto a indenização, em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível. Essa degradação transitória, remanescente ou reflexa do meio ambiente inclui: a) o prejuízo ecológico que medeia, temporalmente, o instante da ação ou omissão danosa e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, o hiato passadizo de deterioração, total ou parcial, na fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino ou intermediário), algo frequente na hipótese, p. ex., em que o comando judicial, restritivamente, se

¹⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213.

satisfaz com a exclusiva regeneração natural e a perda de vista da flora ilegalmente suprimida, b) a ruína ambiental que subsista ou perdure, não obstante todos os esforços de restauração (= dano residual ou permanente), e c) o dano moral coletivo. Também deve ser reembolsado ao patrimônio público e à coletividade o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica ilícita que auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados irregularmente da área degradada ou benefício com seu uso espúrio para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial).

No que tange ao princípio da reparação integral, Hortênsia Gomes Pinho¹¹ enfatiza que, pelo fato do dano ambiental ser multifacetado, a reparação só será considerada integral se incluir as consequências presentes e futuras.

Ao encontro, o Ministro Herman Benjamin no supracitado recurso especial destaca que:

Nesse sentido, a reparação integral do dano ao meio ambiente deve compreender não apenas o prejuízo causado ao bem ou recurso ambiental atingido, como também, na lição de Helita Barreira Custódio, toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso, o que inclui os efeitos ecológicos e ambientais da agressão inicial a um bem ambiental corpóreo que estiverem no mesmo encadeamento causal, como, por exemplo, a destruição de espécimes, habitats, e ecossistemas inter-relacionados com o meio afetado; os denominados danos interinos, vale dizer, as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do prejuízo e a efetiva recomposição do meio degradado; os danos futuros que se apresentarem como certos, os danos irreversíveis à qualidade ambiental e os danos morais coletivos resultantes da agressão a determinado bem ambiental.

Em tal panorama, a indenização vai além da sua função subsidiária (último recurso quando a reparação in natura não for total ou parcialmente possível).

Compreende-se portanto, que diante dos diversos casos de supressão de vegetação nativa que assolam o Estado, poderá o legitimado ao termo de compromisso de ajustamento de conduta optar por oferecer a proposta de composição dos danos, considerando os danos interinos, os danos futuros, os danos irreversíveis e os morais coletivos.

Se esse for o entendimento, é preciso esclarecer que, para verificar os danos intercorrentes oriundos da supressão de vegetação, é necessário calcular o dano com

¹¹ PINHO, Hortênsia Gomes. **Prevenção e reparação de danos ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária**. Ed. GZ Verde. Rio de Janeiro. 2010

fulcro em uma metodologia adequada para valoração completa dos danos ambientais.

Robert Costanza¹² aclara que:

Seu valor monetário é uma estimativa do seu benefício para a sociedade, expressa em unidades que se comunicam com um público amplo. Isso pode ajudar a aumentar a conscientização sobre a importância dos serviços ecossistêmicos para a sociedade e servir como um poderoso e indispensável ferramenta de comunicação para informar melhor e decisões mais equilibradas em matéria de trade-offs com políticas que melhoram os serviços do PIB, mas causam danos ambientais.

Transferência básica de benefício, a técnica utilizada em Costanza et al. (1997) assume um valor de unidade constante por hectare de tipo de ecossistema e se multiplica esse valor pela área de cada tipo para chegar a agregados totais. Isto pode ser melhorado ajustando valores usando a opinião de especialistas locais (Batker et al., 2008). (tradução livre).

Feitas essas considerações, tem-se que a reparação integral é inafastável, a qual deve ser a mais amplamente perseguida pelo colegitimado, levando-se em consideração que o dano atinge o meio ambiente de forma difusa e nos âmbitos patrimonial e extrapatrimonial, razão pela qual a reconstituição do bem jurídico poderá alcançar compensações e indenizações, além da imprescindível reparação ambiental.

4. A COMPENSAÇÃO DO DANO AMBIENTAL E OS DESAFIOS FRENTE AO CASO CONCRETO

A compensação ambiental foi introduzida no ordenamento jurídico pela Resolução CONAMA n. 10/1987, que estabelecia a compensação frente à reparação dos danos ambientais provocada por empreendimento de grande porte, consistente na

¹² CONSTANZA, Robert. **Changes in the global value of ecosystem services**. Disponível em: <www.elsevier.com/locate/gloenvcha. Global Environmental Change 26 (2014) 152–158> “Their value in monetary units is an estimate of their benefits to society expressed in units that communicate with a broad audience. This can help to raise awareness of the importance of ecosystem services to society and serve as a powerful and essential communication tool to inform better, more balanced decisions regarding trade-offs with policies that enhance GDP but damage ecosystem services. Basic benefit transfer, the technique used in Costanza et al. (1997) assumes a constant unit value per hectare of ecosystem type and multiplies that value by the area of each type to arrive at aggregate totals. This can be improved somewhat by adjusting values using expert opinion of local conditions (Batker et al., 2008).”

obrigatoriedade de implantação de estação ecológica pela entidade ou empresa responsável pelo empreendimento.

Para Paulo Affonso Leme Machado¹³, “a compensação não é um presente que se dá a alguém, pois compensa-se por algo que representa um desequilíbrio, isto é, tenta-se o restabelecimento do equilíbrio”.

Conforme já destacado, a reparação integral do dano ambiental é obrigatória, mas a depender do caso concreto poderá haver soluções compensatórias: restauração, reparação, mitigação e indenização.

O Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.378-6/DF¹⁴, decidiu pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 36 da Lei n. 9.985/2000 (Lei do SNUC), na medida em que a compensação deveria ser proporcional ao impacto ambiental.

A importância desse julgado reside no reconhecimento da importância da compensação ambiental, inovando ao acrescentar o termo “compartilhamento” à compensação ambiental. Outrossim, assentou o entendimento de que o estudo prévio de impacto ambiental fixaria o valor pecuniário mínimo para compensação.

Entretanto, deve-se ter em conta que a compensação ambiental não se restringe ao arbitramento de pagamento de valor pecuniário, tendo como perspectiva que o poluidor poderá poluir se pagar determinada quantia, mas sim na reposição florestal correspondente à degradação ambiental.

Na procura de parâmetros hábeis a compensação, o art. 2º do Assento n. 001/2013 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, que estabelece critérios para a estipulação de medidas compensatórias em compromissos de ajustamento de conduta, conceitua as referidas medidas:

Art. 2º Consideram-se medidas compensatórias para fins deste Assento as seguintes modalidades:

a) medida de compensação restauratória: corresponde à restituição de um bem jurídico a uma condição não degradada que deve ser o mais próximo possível da sua condição original;

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 825.

¹⁴ ADI 3378, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2008

- b) medida de compensação recuperatória: compreende a restituição de um bem jurídico a uma condição não degradada que pode ser diferente de sua condição original;
- c) medida de compensação mitigatória: corresponde à adoção de providências que visem à redução dos efeitos dos danos e/ou a sua prevenção e/ou precaução; e
- d) medida de compensação indenizatória: corresponde ao ressarcimento do dano mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro.

A reparação do dano deverá seguir a ordem de preferência descrita no dispositivo acima destacado, a serem adotadas isolada ou cumulativamente. Nesse sentido, consolida-se o entendimento no e. Superior Tribunal de Justiça de que a reparação do dano deve ser plena, admitindo a cumulação entre as medidas compensatórias restauratórias e indenizatórias¹⁵.

Entretanto, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina reconhece, ainda que implicitamente, que determinado ilícito ambiental poderá não ser totalmente restaurado à condição antes encontrada no local, enfeixando outras medidas possíveis, notadamente a recuperação, a mitigação e a indenização.

Deve-se admitir que há hipóteses em que tecnicamente não é recomendável a demolição de obra já finalizada ou impossível a despoluição atmosférica, para citar apenas dois exemplos, cujos impactos poderiam ser ainda mais gravosos ao meio ambiente. Faz-se, portanto, uma ponderação de interesses no caso concreto, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

Nesses casos, podem ser negociadas compensações ambientais, que, apesar de não levarem ao *status quo ante*, globalmente podem trazer mais benefícios ecológicos. Outrossim, aceita-se a aplicação de medidas mitigatórias e indenizatórias para assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento total das obrigações ambientais.

Corroborando o posicionamento acima, admitindo essa “fungibilidade” entre os componentes ambientais, traz-se o ensinamento de Édis Milaré¹⁶:

Mostrando-se impossível a restauração natural no próprio local do dano (restauração *in situ*), abre-se ensejo à compensação por equivalente ecológico, isto é, pela substituição do bem afetado por

¹⁵ REsp 1410698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015

¹⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 334.

outro que lhe corresponda funcionalmente, em área de influência, de preferência direta, da degradada (restauração ex situ), em ordem a não se conformar apenas com o sucedâneo da indenização pecuniária.

Importa ressaltar que essa fungibilidade da compensação do dano ambiental não é absoluta, mas incidente preferencialmente na mesma microbacia hidrográfica, conforme determina o *caput* do art. 17 da Lei da Mata Atlântica (Lei n. 11.428/2006), *in verbis*:

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.

Assim, observada a impossibilidade de reversão à situação encontrada antes da degradação, poderão ser admitidas medidas compensatórias que resultem globalmente em benefícios ambientais frente ao *status quo ante*.

5. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL FRENTE À REPARAÇÃO CIVIL GLOBAL DO DANO AMBIENTAL

Os colegitimados, notadamente o Ministério Público, devem ter suas ações norteadas pela reparação integral do dano ambiental. Em vista disso, discute-se se, restaurado o dano ambiental ao *status quo ante*, estaria o órgão ministerial desautorizado ou desaconselhado a perseguir a condenação criminal.

Há duas correntes.

A primeira corrente aponta no sentido de que, restaurado o meio ambiente por meio de termo de ajustamento de conduta, poderá o *parquet* oferecer denúncia contra o infrator, em prestígio ao sancionamento tríplice, que exorta a independência das instâncias. Em outras palavras, reparado o dano ambiental, deverá o Promotor de Justiça avaliar a conveniência e oportunidade para a persecução penal.

Nessa ordem de ideias, cada uma das responsabilidades atribuídas ao poluidor possui seus próprios pressupostos e finalidades, motivo pelo qual não se pode

admitir, sob pena de violação ao comando constitucional, qualquer indevida restrição ao exercício dos órgãos constitucionalmente legítimos para perseguir concomitantemente a responsabilização civil, administrativa e penal.

A segunda corrente posiciona-se pela atenuação da obrigatoriedade da ação penal deve ser estendida apenas para os casos em que haja reparação integral dos danos ambientais, mormente em uma concepção de que o direito penal visa à proteção de bens jurídicos, na linha defendida por Claus Roxin¹⁷. Nessa ordem, se há efetiva restauração do bem jurídico nas esferas administrativa ou cível a persecução penal pode não ser recomendada, pois o infrator já retomou o caminho da legalidade, em prestígio ao princípio da intervenção mínima do direito penal.

Esse princípio norteador do poder punitivo (intervenção mínima) é principalmente dirigido ao legislador ordinário e informa que haveria o direito penal intervir apenas nos casos de relevantíssima lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade, quando outros ramos do direito não forem suficientes para a devida proteção dos referidos bens jurídicos.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt¹⁸ preleciona:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.

O princípio da intervenção mínima foi consagrado na Exposição de Motivos da Parte Geral do Código de Penal de 1984, pelo qual se evidencia nova tendência do legislador em limitar a aplicação do direito penal nos casos de reconhecida necessidade:

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem

¹⁷ ROXIN, C. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18-19.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

Outrossim, firmado compromisso entre o representante ministerial e o poluidor e desde que recuperado globalmente o dano ambiental, poder-se-ia ainda argumentar pela ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, mitigando-se a obrigatoriedade da ação penal.

Esse entendimento ressalta a injustiça daquele que firmou o ajuste e não tem um tratamento diferenciado na esfera penal, ainda que ausente qualquer norma nesse sentido. Assim, em determinadas ocasiões, o ajuste firmado servirá para afastar a justa causa da ação penal, retirando a necessidade da intervenção nesta área, diante da ausência de uma das condições da ação criminal, notadamente a ausência de justa causa.

O posicionamento de não levar adiante a persecução penal deve ser exposto no corpo do arquivamento do procedimento administrativo fundado no ajuste, de modo a levar a conhecimento do Conselho Superior da Instituição. O não encaminhamento para a esfera penal sem justificativa pode acarretar sanções disciplinares a serem aplicadas em procedimentos instaurados junto a Corregedoria-Geral do Ministério Público e até mesmo incidir na prática do crime de prevaricação, além das cobranças naturais que serão feitas pela pessoa jurídica ou física que formulou a denúncia ou representação pelo ilícito investigado, e que tomará conhecimento do arquivamento.

Na lição de Édis Milaré¹⁹:

Não é realmente difícil imaginar situações envolvendo crimes ambientais, em que o princípio da obrigatoriedade cause mais prejuízos do que benefícios à coletividade, por constituir-se em inegável desestímulo à composição civil rápida e eficiente dos danos e, mais ainda, por conceder prevalência à situação de conflito em detrimento da paz que deve reinar no corpo social. Por óbvio, a aplicação concreta da obrigatoriedade mitigada não deve jamais ofender o bom senso comum e o equilíbrio, tampouco perder de vista os valores éticos que norteiam o ordenamento jurídico pátrio.

¹⁹ MILARÉ, Édis. **O compromisso de ajustamento de conduta e a responsabilidade penal ambiental.** In: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 158.

Hipótese diversa é aquela que o infrator deixou de restaurar o bem jurídico, permanecendo o meio ambiente degradado. Nesse caso, aconselha-se a busca pela responsabilização criminal por meio do instrumento mais drástico a disposição do Estado, qual seja, o direito penal. Não se olvida, ademais, que a reparação do dano pode ocorrer na esfera penal, notadamente por ocasião da sentença, após inclusão de pedido de fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração ambiental.

6. MEDIDAS PENAS REPARATÓRIAS

Violada a lei penal, nasce para o Ministério Público a pretensão acusatória, traduzida pela denúncia, sendo para este órgão uma imposição legal, havendo, por outro lado, certa atenuação da obrigatoriedade da ação penal a partir da introdução da Lei n. 9.099/95, denominada Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que desobriga o *parquet* a denunciar o autor do fato quando se tratar de crimes ou contravenções penais de menor potencial ofensivo, ou então possibilita o oferecimento de suspensão condicional do processo para os crimes de médio potencial ofensivo²⁰.

A partir da constatação de que os delitos ambientais cominam, em seus preceitos secundários, penas baixas, quiçá irrisórias, pode-se asseverar que houve uma efetiva mitigação do princípio da obrigatoriedade em crimes dessa natureza, motivo que sobreleva a importância da solução negociada para tais casos.

A negociação nas esferas civil e penal (por ocasião da proposta de transação penal e da suspensão condicional do processo) configuram oportunidade ímpar para a reparação do dano, razão pela qual é imperioso privilegiar esses momentos (pré-) processuais.

Por outro lado, não havendo preenchimento dos requisitos dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Cíveis e Criminais, uma das hipóteses para reparação do dano ambiental consiste na aplicação do instituto previsto no art. 387, IV²¹, do CPP, que define a fixação do valor mínimo para reparação dos danos

²⁰ Os crimes de menor e médio potencial ofensivo são regra na Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), à exceção do crime de incêndio (art. 41).

²¹ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

provocados pela infração na sentença. Desse modo, o Ministério Público poderá subrogar-se do interesse difuso (ofendido) em busca da reparação do dano ambiental, inclusive para perseguir a reparação do dano mínimo previsto no dispositivo citado.

A reparação mínima dos danos ambientais é também prevista no art. 20 da Lei n. 9.605/98, ao dispor que “a sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente”.

Deve-se frisar, por importante, que a partir do entendimento de que a reparação mínima de um bem aferível economicamente poderá se dar mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro, não se pode dizer que a degradação ao meio ambiente poderá ser traduzida exclusivamente por seu valor econômico.

Nessa ordem de ideias, a reparação mínima dos danos ambientais deve ser materializada, necessariamente, na recomposição mínima do meio ambiente degradado, que se revela na obrigação de fazer do réu à reparação do dano. Logo, as obrigações contidas no art. 387, IV, do CPP e no art. 20 da Lei n. 9.605/98, quando se tratar de crime ambiental, são fundamento para que o degradador recomponha, minimamente, o meio ambiente degradado.

O comprometimento do infrator, em quaisquer das esferas do direito (administrativa, civil ou penal), todavia, não é motivo para os colegitimados esmorecerem na busca pela reparação ambiental, uma vez que a celebração, tão somente do compromisso, isoladamente, não tem se mostrado suficiente para o fim almejado. A prática judiciária evidencia a relevância da fiscalização dos termos assinados, dada a recorrência do descumprimento de termos dos acordos.

7. CONSIDERAÇÕES E PROPOSIÇÕES SOBRE INSUFICIÊNCIA E AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

A Lei da Ação Civil Pública autoriza que os órgãos públicos colegitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às

exigências legais, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Primeiramente, pode ocorrer que um termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado seja tido como insatisfatório por outro colegitimado, isto é, não houve a integral reparação, o que não impedirá a complementação em novo compromisso ou ação civil pública.

Em vista do acima delineado, surgem para os colegitimados duas opções possíveis: a) satisfazerem-se com o termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado pelo colegitimado; ou b) firmar outro termo de compromisso de ajustamento de conduta com o interessado.

Por iguais razões que Hugo Nigro Mazzilli²² pontua que:

Assim, por exemplo, pode ocorrer que a Prefeitura Municipal estabeleça com o loteador irregular um compromisso de ajustamento de conduta que uma associação civil de moradores, o Estado ou o Ministério Público considerem insatisfatório, ou vice-versa. Ora, o compromisso de ajustamento de conduta é uma garantia mínima em prol da coletividade, e não um bill de indenidade para que o causador do dano fique forrado do dever de responder em sua inteireza pelas responsabilidades em que tenha incorrido. Assim, mesmo tendo ele firmado um compromisso de ajustamento de conduta com a Prefeitura, por exemplo, nada impede que os co-legitimados ou os próprios indivíduos lesados ajuízem a correspondente ação civil pública, coletiva ou, conforme o caso, até mesmo a ação individual, objetivando obrigação mais abrangente ou até mesmo diversa daquela contemplada no compromisso já firmado. Como já antecipamos, o que os co-legitimados não poderão fazer é ajuizar uma ação civil pública ou coletiva de conhecimento, com o mesmo objeto e pedido já contemplados no compromisso, pois, nesse caso, existindo já um título executivo extrajudicial que beneficia a todo o grupo lesado, faltaria interesse processual para a ação de conhecimento que visasse a obter o mesmo bem da vida já assegurado no título extrajudicial.

Em segundo, os colegitimados, notadamente o Ministério Público, tido como principal tomador de ajustes às exigências legais, são órgãos que deverão fiscalizar os termos de compromissos de ajustamento de conduta realizados por todos, ao passo que o *parquet* deverá promover as suas execuções se os outros legitimados ficarem inertes, visualizando-se, assim, uma legitimidade extraordinária, decorrente do interesse público na execução do acordo. Assim, a execução do termo de compromisso de ajustamento de conduta, por outro lado, deverá ser executado pelo Ministério Público

22

MAZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e Fragilidades e Atuação do Ministério Público.** *Revista de Direito Ambiental*, vol. 41, p. 93, Jan de 2006, DTR\2006\25.

na inércia dos demais legitimados.

Essa constatação é decorrente do disposto no artigo 6º e no artigo 15 da Lei da Ação Civil Pública, que evidencia a importância do Ministério Público em conhecer as informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil no caso de inércia do colegitimado, visto analogicamente:

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 15. Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

De fato, é necessário que se faça uma integração entre as normas acima colacionadas para se afirmar que há obrigatoriedade de informar o Ministério Público de todos os termos de compromisso de ajustamento de conduta firmados, com o fito de o *parquet* verificar se houve a reparação integral do dano ambiental e se há necessidade de executar o termo em razão da resistência dos colegitimados em fazê-lo.

Entretanto, essas verificações somente serão possíveis se o Ministério Público for informado dos termos de compromisso de ajustamento de conduta firmados pelos colegitimados, procedendo ao devido controle caso não haja a integral reparação do dano causado ou exista desídia na execução do instrumento.

A análise da (in)satisfação e da necessidade de execução do termo de compromisso firmado por outro colegitimado impescinde da necessidade de acompanhamento do compromisso assumido pelo infrator, por meio de procedimento administrativo próprio, a ser instaurado na Promotoria de Justiça.

Outro problema decorrente da ausência de fiscalização dos termos de compromisso assinados pelos colegitimados reside na falta de cumprimento das cláusulas acordadas. É de conhecimento notório que muitos termos são descumpridos pelos infratores, mas por negligência dos colegitimados aqueles não são provocados a adimplir o acordado.

De fato, forçoso considerar que deverá haver aperfeiçoamento dos instrumentos à disposição dos órgãos legitimados à tomada de compromisso de ajuste

com os infratores, bem como uma atuação mais eficiente daqueles, de forma que os termos assinados sejam efetivamente cumpridos e respeitados, deixando de ser mero e frágil documento.

Não obstante, há, portanto, necessidade de maior sinergia entre os órgãos legitimados à tomada de ajuste às exigências legais e ao oferecimento da ação civil pública, mantendo esforços simultâneos e cooperando para a finalidade de preservar ou recuperar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação dos colegitimados ao oferecimento da ação civil pública e do termo de compromisso de ajustamento de conduta deve ser orientada por uma tutela efetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando ao verdadeiro restabelecimento do bem jurídico lesado.

Para tanto, estão a disposição diversos instrumentos hábeis a tutela ambiental, principalmente o termo de compromisso de ajustamento de conduta, o qual deve ser fiscalizado mutuamente pelos colegitimados, objetivando a global recomposição do bem jurídico em tela.

Não por outro motivo que a efetividade do termo de compromisso de ajustamento de conduta exige uma fiscalização recíproca entre os colegitimados, perfazendo, analogicamente, um sistema de freios e contrapesos, amealhando esforços para uma cooperação que some as potencialidades de cada órgão.

Assim, está-se promovendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, em consonância com o princípio-mor do sistema jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana, que se consubstancia principalmente na proteção e reparação integral ambiental.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSTANZA, Robert. **Changes in the global value of ecosystem services**. Disponível em: www.elsevier.com/locate/gloenvcha. *Global Environmental Change* 26 (2014) 152–158. Acesso em 15 de setembro de 2015.

BRASIL. ADI 3378, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2008.

_____. REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e Fragilidades e Atuação do Ministério Público**. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 41, p. 93, Jan de 2006, DTR\2006\25.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos**. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. vol. 4, p. 381 – 397, Mar / 2011, DTR\2005\914.

_____. **O compromisso de ajustamento de conduta e a responsabilidade penal ambiental**. *In: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano**. *In: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. 7. P. 535-451.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. **O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida**. *In: A ação civil pública após 25 anos*. Coordenador Édís Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de**

conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROXIN, C. A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 35^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.