

A efetividade jurisdicional do princípio da prevenção e da reposição dos danos ecológicos e ambientais: uma análise sob o prisma do Direito brasileiro e do Direito português

Eduardo Braga Bacal¹

¹ Advogado e Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RJ. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra, Portugal.

RESUMO: A consagração de um direito fundamental ao meio ambiente, na ordem jurídica brasileira e portuguesa, acarretou a criação de mecanismos jurídico-processuais necessários a garantir-lhe a eficácia, especialmente no que tange à prevenção e à reposição dos danos causados ao meio ambiente. Por meio do presente texto, pretende-se desenvolver algumas considerações teóricas acerca princípio da prevenção, bem como da reposição do dano ecológico e do dano ambiental, tanto no regime jurídico português como no direito brasileiro, analisando-se, do ponto de vista crítico, as medidas adotadas pelas respectivas legislações pertinentes com vistas ao alcance de sua efetividade prática.

PALAVRAS-CHAVE: direito ao meio ambiente; eficácia de direitos; princípio da prevenção; reposição de danos ambientais; mecanismos jurídico-processuais.

ABSTRACT: The ratification of an environmental fundamental right, under Brazilian and Portuguese Law, lead to the creation of legal and procedural mechanisms which are necessities to ensure its effectiveness, particularly with regards to what concerns the prevention and the restitution of damages caused to the environment. This document aims to develop a few theoretical considerations surrounding the principle of prevention, in addition to the restitution of the ecological and environmental damages, both in the Portuguese legal system as in the Brazilian Law, analyzing, under a critical point of view, the measures adopted by their respective legislations in order to reach its practical effectiveness.

KEYWORDS: environmental law; effectiveness of rights; principle of prevention; restitution of environmental damage; legal and procedural mechanisms.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O princípio da prevenção e a tutela jurisdicional preventiva do meio ambiente; 3. A efetividade da reposição do dano ecológico: considerações acerca da restauração natural e do destino da indenização; 3.1. O destino da indenização aos danos ecológicos-danos ambientais; Considerações finais; Referências.

1. Introdução

A consagração de um direito fundamental ao meio ambiente, tanto no regime jurídico brasileiro, como no direito português, deu origem à criação de mecanismos jurídico-processuais necessários a garantir-lhe a eficácia, pois de pouco valeria a proclamação meramente formal de um direito ao ambiente se o Estado não fosse dotado dos instrumentos próprios para assegurar, na prática, os meios de proteção do referido direito.

Nessa medida, revela-se de particular importância a implementação de medidas que permitam, de maneira efetiva, prevenirem-se os danos causados ao meio ambiente, o que se justifica dentro da lógica de que “é mais fácil prevenir do que remediar”; ou que estes, uma vez consumados, recebam a devida reposição e reparação, com vistas ao alcance de um maior desenvolvimento sustentável e solidariedade entre as gerações, tendo-se em vista a escassez dos recursos naturais.

Tais finalidades possuem como ponto de partida a consciência ambiental não só da Administração Pública e do Poder Judiciário, mas também e, sobretudo, por parte da sociedade civil organizada, a quem cabe, imbuída do princípio da participação ambiental, fazer valer o princípio da prevenção, por meio da adoção de medidas jurisdicionais preventivas à disposição dos legitimados ativos – essencialmente por intermédio das denominadas ações coletivas – aos quais a Lei confere prerrogativa para a preservação do meio ambiente e, uma vez frustrada a possibilidade de prevenção, promover a adequada reposição dos bens subtraídos à natureza.

Objetiva-se, destarte, por meio do presente artigo, em um primeiro momento, uma abordagem acerca do princípio da prevenção, privilegiando-se a sua fundamentação teórica, o seu tratamento constitucional conferido pelo ordenamento jurídico português e brasileiro e, por fim, compreender, com base em análise crítica, as medidas adotadas por estes ordenamentos conducentes à aplicação prática deste princípio diante da certeza de ocorrência de dano ambiental.

Em um segundo momento, busca-se tecer algumas considerações sobre a reposição do dano ecológico e do dano ambiental, iniciando por um exame do princípio da restauração natural, primordialmente sob a ótica do direito português, e finalizando por uma avaliação das soluções engendradas pelo regime jurídico brasileiro e pelo direito lusitano com vistas a estabelecer o destino das indenizações por dano ambiental.

2. O princípio da prevenção e a tutela jurisdicional preventiva do meio ambiente

Antes de analisarmos os meios de reposição dos danos ambientais, convém indagar, num primeiro momento, se estes danos podem ser evitados. Ao nos debruçarmos sobre a matéria, acusamos a existência do princípio da prevenção, fruto de criações doutrinárias e jurisprudenciais, as quais, gradualmente, justificarão a sua positivação constitucional, tal como ocorre no sistema jurídico português.

Segundo o artigo 52.º, n.º 3, da Constituição Portuguesa, de 1976, a ação popular tem como função, entre outras, *promover a prevenção* das transgressões praticadas ao meio ambiente, assim estabelecendo aquele dispositivo constitucional:

É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente para:

- a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;
- b) assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

O conceito de *prevenir* não admite ambiguidades, significa, em linhas gerais, *dispor com antecipação, ou de sorte que evite mal ou dano*. Na realidade, como lembra Machado (2003), “‘Prevenir’ em Português, *prevenir* em Francês, *prevenir* em Espanhol, *prevenire* em Italiano e *to prevent* em Inglês – todos têm a mesma raiz latina, *praevenire*, e têm a mesma significação: agir antecipadamente”.

Na esteira dos outros princípios ambientais, a prevenção tem como ponto de partida uma concepção que se alastra por toda a política criada em função da defesa e da preservação ao meio ambiente, qual seja: a chamada consciência ambiental. A consciência de que os recursos naturais são finitos, aliada à impossibilidade ou, ao menos, grande dificuldade em recuperar, naturalmente, uma lesão ambiental de forma natural encontra ressonância no conhecido provérbio segundo o qual “mais vale prevenir do que remediar”.

Eis algumas razões que o legitimam. De acordo com Canotilho (2007), por um lado, uma vez configurada a poluição e o dano ambiental, difícil se torna a reconstituição natural da situação anterior, ou seja, remover a poluição ou o dano. A título de exemplo, é quase inviável recuperar uma área florestada, sem empreender anos de investimento e esperar por uma resposta da natureza. Da mesma forma, é inimaginável fazer ressurgir uma espécie de animal ou planta que foram extintos em razão de uma atividade poluidora.

Por outro lado, malgrado seja possível a reconstituição natural da situação anterior, ela se revela, muitas vezes, demasiado onerosa, não se justificando tamanho esforço por parte do poluidor. Diante disso, revela-se a evidência de que as gerações futuras serão as mais prejudicadas com o dano ambiental, em desrespeito ao princípio que consagra a solidariedade entre as gerações⁽¹⁾. A favor da prevenção, afirma-se também uma razão de transparência administrativa, associada a uma antecipação da atuação administrativa e de legitimação da Administração em virtude do controle judicial preventivo⁽²⁾. Finalmente, dir-se-á que mais vale prevenir porque economicamente é muito mais dispendioso remediar do que prevenir.

¹ Veja-se a redação do artigo 66.º, n.º 2, d), da CRP: “Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações”.

² Neste sentido, Canotilho (2004) assim preleciona: “A introdução de uma forma preventivo-processual ambientalmente adequada pode, porém, justificar-se com argumentos jurídicos e dogmáticos. (...) Argumentos dogmáticos: a concorrência dos tribunais e da administração na

No Brasil, Marinoni (2004) recorda que, em virtude de a Constituição Federal de 1988 impor, no seu artigo 225, ao Poder Público e à coletividade, um dever de defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, advém uma consagração implícita do princípio da prevenção, o qual passa a constituir um elemento orientador dos atos realizados pela Administração Pública⁽³⁾. Ainda segundo Marinoni (2004), é fundamental identificar a natureza preventiva da tutela jurisdicional. Em primeiro lugar, porque a compreensão da natureza preventiva conduz, na maioria das vezes, à formação de um juízo adequado. Em segundo lugar, em razão de que a não aferição da natureza preventiva da prestação pode obstaculizar a percepção da finalidade almejada pela tutela jurisdicional.

Quanto ao risco ambiental, presente na construção dogmática do princípio da prevenção, o mesmo autor afirma que se trata de uma consequência do desenvolvimento, assim como o são os benefícios que dele resultam para a coletividade. Daí falar-se no conceito de *suportabilidade*, diante do qual devem ser previstas as medidas de prevenção. Tal conceito engloba, portanto, determinadas atividades as quais, embora potencialmente nocivas, podem ser toleradas, desde que adotadas certas condutas de prevenção.

Por fim, Marinoni (2004), sustenta que, neste caso, não se faz referência ao perigo de o dano ocorrer acidentalmente, nem mesmo de ser resultado “*de uma atividade não consentida (ou que não pode ser consentida) ou da não-observância de uma medida de prevenção*” (2004, p. 343). Alude-se, na realidade, ao perigo de uma situação concreta de ameaça ao meio ambiente, que provenha do exercício de uma atividade proibida ou da não observância de uma medida.

Em linha semelhante, Mirra (2011) sustenta que a ideia de prevenção de danos e degradações ambientais decorre da própria consagração do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “*dada a natureza inalienável, indisponível e irrenunciável de aludido direito fundamental*” (2011, p. 421).

De acordo com Mirra (2011, p. 423):

com a tutela jurisdicional preventiva, em suma, previnem-se a consumação do dano ao meio ambiente, a renovação ou o agravamento de degradações ambientais, a realização ou a continuidade de atividades e a superveniência ou a manutenção de omissões efetiva ou potencialmente lesivas e até mesmo

definição de uma situação tem, desde logo, um efeito juridicamente *estabilizador* e *clarificador*, fato não despidendo em domínios, como o ambiente, em que são vulgares relações jurídicas poligonais. Em segundo lugar, o controlo preventivo favorece a transparência administrativa, sobretudo quando as formas do agir administrativo não se reconduzem – como acontece muitas vezes no direito do ambiente – a atos formais, antes consistem em informações e acordos informais. Finalmente, a administração ganharia uma mais-valia de legitimação ao adotar medidas já objeto de controle preventivo judicial” (Canotilho, 1994, p. 64).

³ O autor sustenta que “O Estado também possui o dever de efetuar prestações fáticas necessárias a evitar a degradação ambiental. Isso em decorrência do *princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público na conservação do meio ambiente* – hoje posto em várias Convenções Internacionais voltadas à proteção ambiental” (Marinoni, 2004, p. 341).

o simples risco de eventos cujas consequências podem ser prejudiciais à qualidade ambiental ⁽⁴⁾.

Daí resulta o vínculo estreito entre o direito processual e o direito material ambiental, devendo o primeiro atender às necessidades do segundo. É imperioso, assim, que existam medidas processuais nas disciplinas das ações coletivas que permitam a satisfação do princípio da prevenção e da precaução, sob pena do dano ecológico consumir-se, tornando inviável a restauração natural dos bens naturais lesados.

Tessler (2004, p. 127)) salienta a importância das medidas previstas no direito processual para atuar em favor do princípio da prevenção:

O processo, para ser efetivo, deve estar vinculado às necessidades do direito material. O direito ambiental, por sua vez, exige modalidade de tutela preventiva, efetiva e tempestiva para ser adequadamente protegido (...). O direito material ambiental busca a gestão do risco para garantir a inviolabilidade ambiental do Princípio da Precaução e do Princípio da Prevenção, trabalhando com as categorias perigo-risco. O direito processual ambiental, por sua vez, atua mediante tutelas preventivas e repressivas, estas a serem aplicadas apenas após as primeiras terem restado ineficazes, eis após que a lesão ao meio ambiente a indenização não lhe reconstituirá o estado anterior.

Neste particular, o artigo 5.º da Lei n.º 7.347/85, que, no Brasil, regula a Ação Civil Pública, previu, expressamente, a par da ação principal, a possibilidade de se propor ação cautelar, para evitar a ocorrência de *lesão grave e de difícil reparação*. Os respectivos requisitos e procedimento são regulados pelo Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73), conforme o disposto no artigo 19 da LACP, o qual remete ao Código de Processo Civil naquilo que não contrarie os preceitos da Lei que rege a referida ação coletiva.

Ao contrário, a Lei de Participação Procedimental e Ação Popular (Lei n.º 83/95), em Portugal, nada estipulou quanto à possibilidade de se recorrer a uma providência cautelar, a fim de assegurar a efetividade prática da tutela jurisdicional requerida, de modo a fazer valer o princípio ambiental da prevenção, assim como o da precaução. Veja-se, aliás, que o sistema do Código de Processo Civil Português, instituído por meio do Decreto-Lei n.º 44.129/61, assegura a utilização das providências cautelares, estabelecendo o artigo 381.º, n.º 1, deste diploma legislativo que “sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado”.

⁴ O Autor cita inúmeros exemplos de tutela jurisdicional preventiva que se materializam por intermédio de obrigações de fazer (e também de não fazer) determinadas no âmbito de ações coletivas consistentes “na instalação de equipamentos antipoluição em fábricas de papel; na realização de obras para impedir o prosseguimento da emissão de fumaça na atmosfera e do lançamento de afluentes químicos em curso d’água; na instalação de equipamentos e sistema de controle de emissão de resíduos perigosos; na implantação de sistema de tratamento de esgotos e domésticos e industriais; na realização de florestamento em áreas de preservação permanente e de reserva florestal legal; na adequação da instalação de aterro sanitário; na demolição de construções erguidas em área de preservação ambiental; na demolição de edificação prejudicial à visibilidade de bem protegido como integrante do patrimônio cultural” (Mirra, 2011, p. 421).

Este dispositivo, entretanto, pode passar despercebido por muitos advogados os quais, diante de um caso que envolva a tutela coletiva ambiental, têm urgência em requerer uma medida antecipatória para evitar um eminente dano ambiental com repercussões difusas, frustrando-se, neste caso, os direitos da coletividade. Tal circunstância sublinha a importância de se introduzirem medidas cautelares na própria Lei de Ação Popular (LAP), destinadas a evitar a consumação de *danos irreparáveis ou de difícil reparação*, de modo a possibilitar a atribuição de um *suporte processual* ao princípio da prevenção ambiental. Trata-se de providência, aliás, que se torna ainda mais necessária se considerarmos que a LAP não faz remissão aos instrumentos previstos do Código de Processo Civil, salvo nos casos de *ação popular civil*, do artigo 12.º, n.º 2, da LAP, que não constituem o objeto da nossa análise.

Dado o caráter irreversível de muitas das lesões ecológicas e ambientais, para Canotilho (1995, p. 101):

(...) justifica-se plenamente a institucionalização de remédios jurisdicionais preventivo-inibitórios (da competência dos tribunais judiciais e dos tribunais administrativos em sede de contencioso de plena jurisdição) destinados a prevenir futuras lesões aos ecossistemas e inibir ou impedir ações perturbadoras do ambiente.

Nestas condições, seria perfeitamente compatível com a natureza da ação popular em Portugal que o legislador previsse a possibilidade de se empregarem providências cautelares para salvaguardar a efetividade prática do direito ambiental material, permitindo que, em face de todas as evidências de que exista, num caso concreto, o risco de degradação ecológica, se aplique o princípio da prevenção, evitando-se, assim, de forma tempestiva, que os bens naturais objeto de tutela coletiva sejam resguardados.

3. A efetividade da reposição do dano ecológico: considerações acerca da restauração natural e do destino da indenização

Apesar da reconhecida importância que se confere ao princípio da prevenção, em matéria ambiental, nem sempre é possível prevenir antes de remediar. A ausência de mobilização tempestiva por parte das autoridades públicas e dos cidadãos, muitas vezes, acaba por não impedir a consumação dos danos ecológicos. Isto nos leva a refletir sobre os meios que se revelam mais adequados para reparar as lesões que se praticam em desfavor dos bens ambientais, cuja compreensão se revela de magnânima importância quando se busca estabelecer um vínculo entre a coisa julgada constituída nas ações coletivas ambientais e o desenvolvimento sustentável.

Antes disso, entretanto, convém tecermos algumas considerações sobre a temática, tal como a distinção que a Doutrina estabelece entre a responsabilidade por danos ecológicos e a responsabilidade por danos ambientais.

Segundo Canotilho e Moreira (2007), o direito ao ambiente é um direito negativo, isto é, um direito de abstenção por parte do Estado e de terceiros, de ações ambientalmente nocivas; e um direito positivo, porque impõe ao ente estatal o dever de

defendê-lo e de controlar as ações de degradação ambiental das quais provêm uma série de obrigações no domínio político, legislativo, administrativo e penal. Ele assume, por essa razão, a natureza de um direito social, cuja tutela demanda *atuações positivas do Estado* (Andrade, 2006), o também chamado direito a prestações. Dessa dupla dimensão do direito ao ambiente resultam consequências no âmbito da responsabilidade ambiental; saliente-se, neste passo, que a ação popular atua no sentido de exigir o ressarcimento dos danos causados, desde que tenha como objetivo a prevenção, a cessação ou a perseguição das infrações contra o meio ambiente.

Seja como for, as situações geradoras de responsabilidade ambiental podem ocorrer, em regra, sob duas formas ⁽⁵⁾: ação ou omissão administrativa. Na forma de ação, podem advir, em primeiro lugar, de atuações jurídicas danosas, tal como se dá numa decisão de construção de uma central nuclear, assim como a autorização de uma indústria poluente; da mesma forma, sucede com relação às atuações estatais lesivas do ambiente, nas quais, frequentemente, o dano é consequência da violação de regras técnicas e de prudência comum, passível de ocorrer, a título de ilustração, na lesão ambiental provocada pela laboração de uma empresa pública, ou em razão da atividade de um serviço público destinado ao tratamento de resíduos. Sob a forma de omissão, a responsabilidade administrativa se vislumbra ante a necessidade de medidas de polícia administrativa que não se realizam na prática, tendentes a impor normas de conduta que assegurem a preservação ambiental em um determinado caso concreto.

Em suma, os requisitos configuradores da responsabilidade civil ambiental pouco diferem da responsabilidade civil comum. São eles: o fato ilícito, a culpa, o prejuízo, o nexo de causalidade entre o fato e o prejuízo (Silva, 1997). De todos estes, o prejuízo é aquele que contém algumas nuances em matéria ambiental, em virtude das especiais dificuldades quanto à quantificação dos danos e prejuízos que concernem a este ramo do Direito.

A despeito disso, as diretrizes que informam a noção de responsabilidade civil não se revelam suficientes para a compreensão da responsabilidade ambiental. Não só isso. Os próprios mecanismos da responsabilidade ambiental, tradicionalmente calcados no princípio do poluidor-pagador (Aragão, 1997), segundo o qual os encargos ambientais devem ser suportados pelo causador do dano, tampouco são mais capazes de solucionar os conflitos que se instauram em matéria ambiental. Isto porque, parafraseando Canotilho (1994, p. 402):

existem encargos, perturbações ou danos ambientais que não podem ser considerados ‘danos’ segundo os esquemas da responsabilidade, e que,

⁵ De grande interesse, a nosso ver, é o exemplo que Silva (1997) cita a propósito do “caso do pescador de chalupa” (“*Kutterschiffers*”), oriundo da jurisprudência alemã, no qual foi reconhecido, numa das primeiras decisões, a existência de direitos subjetivos públicos dos particulares ao meio ambiente: “Em causa estava uma autorização administrativa concedida a uma fábrica, cuja ilegalidade era posta em causa por um pescador, que se via impedido de exercer a sua atividade normal em razão da poluição das águas de um lago. E se, no caso em litígio, a jurisprudência alemã veio a reconhecer o direito do pescador a impugnar tal decisão, *mesmo sem ser seu destinatário*, com base na violação de direitos fundamentais, a resposta do tribunal não deveria ser diferente se estivesse em causa uma ação de responsabilidade por danos causados ao pescador em resultado da poluição das águas do lago” (Silva, 1997, p.22).

apesar de tudo, colocam a questão de saber quem deve, em último termo, suportar os pesos ambientais.

Segundo Canotilho, torna-se imprescindível a distinção entre danos ambientais propriamente ditos e danos ecológicos. Nos primeiros, os danos provocados ocorrem em prejuízo de bens jurídicos concretos, e de direitos individuais. Por sua vez, os danos ecológicos consubstanciam lesões ao próprio sistema ecológico natural, autonomamente considerado, sem que direitos individuais tenham sido violados, motivo pelo qual inexistem, nestes últimos, o conhecido esquema *lesante-lesado*, mas sim o *interesse global* de defesa do ambiente. Isto traduz, na realidade, a consagração do princípio da reconstituição *in natura* da situação atual hipotética, previsto no artigo 562.º do Código Civil Português.

A partir desta distinção, o nosso entendimento é de que, sendo possível estabelecer uma hierarquia entre o dano ecológico e o dano ambiental, o primeiro deve prevalecer, pelo fato de atingir o meio ambiente na sua dimensão autônoma e pública, ao contrário do segundo, que representa a repercussão individual e particular do dano causado ao meio ambiente. Isto decorre, essencialmente, da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (Mello, 2003).

Tal questão mostra-se de singular importância prática. Comprovando-se, por exemplo, em sede de ação popular ambiental ajuizada por vários autores, a poluição de um rio em decorrência da atividade de uma fábrica que causou danos à saúde da população ribeirinha, como deve ser destinada a verba indenizatória, preferencialmente: à despoluição do rio ou às populações que sofrerem problemas de saúde decorrentes da poluição? Ora, de acordo com a conclusão a que chegamos acima, primeiro deve ser restabelecido o equilíbrio do meio ambiente, de modo a despoluir o rio (danos ecológicos), para depois indenizarem-se as vítimas daquela poluição (danos ambientais).

Quanto aos danos ecológicos, tem-se defendido, em Portugal, a teoria do ressarcimento por meio da restauração natural, cujo fundamento reside no artigo 48.º da Lei de Bases Ambientais, que consagra o dever de o infrator remover as causas da lesão e “repor a situação anterior à mesma ou equivalente”, competindo às autoridades competentes “proceder às demolições, obras e trabalhos necessários à reposição da situação anterior à infração a expensas dos infratores”, na hipótese de os causadores do dano não cumprirem as suas obrigações dentro do prazo que lhes for assinalado.

Sob a liderança de Sendim (1998), passou a vigorar, nesse país da península ibérica, a doutrina da responsabilidade civil por danos ecológicos por intermédio da restauração natural. Para este autor, um dos seus principais fundamentos reside na circunstância de o direito do ambiente pautar-se por uma tutela *predominantemente objetiva*, e não no interesse subjetivo do titular do direito à reparação do dano.

Sendim (1998) acrescenta que o sistema de indenização por danos ecológicos é determinado, antes de tudo, pela dogmática *jus-ambiental* e, por essa razão, deve atender os postulados intrínsecos ao direito do ambiente, tal qual o *princípio da conservação*. Nas suas palavras, “é, por isso, essencial que as sanções em direito do

ambiente estejam funcionalmente dirigidas à *reconstituição do equilíbrio ecológico perturbado*, ou à restauração do espaço natural afetado” (Sendim, 1998, p. 166).

É por esta razão, aliás, que Sendim (1998) sustenta que os danos ecológicos são insuscetíveis de avaliação integral em dinheiro, surgindo a necessidade de se privilegiarem formas de reparação independentes dos tradicionais meios econômicos característicos da *indenização por equivalente*. Este é, segundo afirma, mais um motivo que justifica a prevalência da restauração natural.

Entretanto, deve-se reconhecer que nem sempre a restauração natural faz-se possível, situação na qual não resta outra hipótese senão recorrer-se à indenização por danos correspondentes, segundo os critérios legais aplicáveis à espécie. Nos termos do próprio artigo 48.º, n.º 3, da Lei Portuguesa de Bases Ambientais (Lei n.º 11/87), quando não for possível a reposição natural, “os infratores ficam obrigados ao pagamento de uma indenização especial a definir por legislação e à realização das obras necessárias à minimização das consequências provocadas”.

Segundo Sendim (1998), tem prevalecido o entendimento acerca do recurso à avaliação monetária dos danos ecológicos, para alcançarem-se as seguintes finalidades: (i) a proporcionalidade das medidas de restauração natural; (ii) a compensação dos usos humanos durante o período de execução da restauração natural; (iii) a compensação dos danos ecológicos quando a restauração for impossível ou desproporcional.

Desde a nossa perspectiva, entretanto, exceto a terceira justificativa, essa linha de raciocínio não se demonstra a mais adequada, tendo em vista que a restauração natural continua a ser o único meio efetivo para *devolver à natureza aquilo que lhe pertence*, assim como a fim de assegurar a “*sustentabilidade*” do ecossistema e dos recursos naturais. Tratando-se, como se asseverou, de uma modalidade de tutela objetiva, para resguardar as implicações de uma violação aos bens ambientais por si só – tal como se dá nos danos ecológicos – a reposição *in natura* do ambiente afetado pela atuação humana se revela a posição mais acertada.

Todavia, certa dose de prudência e razoabilidade é sempre recomendável. Em consonância com o estabelecido na Lei Portuguesa de Bases Ambientais, não sendo possível a reconstituição natural dos bens naturais lesados, parece conveniente que se recorra à indenização por danos correspondentes, a fim de que os transgressores arquem com os custos da violação praticada e busquem recompor, ainda que gradualmente, os bens ambientais que foram degradados.

3.1. O destino da indenização aos danos ecológicos e danos ambientais

Por fim, cumpre analisarmos as soluções legais adotadas, tanto em Portugal como no Brasil, relativamente ao destino das indenizações arbitradas no âmbito das ações coletivas ambientais que constituem o objeto do nosso estudo.

Tal discussão torna-se necessária, uma vez que nem sempre é possível proceder à restauração natural das violações perpetradas aos bens naturais. Questão importante constitui, também, o fato de as ações coletivas conjugarem, muitas vezes, interesses distintos: um mesmo evento pode ser suscetível de causar danos ecológicos,

encorajando os cidadãos a integrarem o processo com base em finalidades altruísticas, e danos ambientais com repercussões subjetivas, levando determinados indivíduos a buscarem o ressarcimento por danos individualmente sofridos.

Em Portugal, a LAP, no seu artigo 22.º, n.º 2, se limitou a dizer que “A indenização pela violação de interesses de titulares não individualmente identificados é fixada *globalmente*”⁶. Como se pode observar, o legislador português utilizou-se de uma fórmula demasiado abstrata para solucionar os problemas que se engendram no campo da indenização por danos ocorridos a interesses difusos. E não deixa de ser estranho que o tenha feito no âmbito de um regime que denominou de *responsabilidade subjetiva*, quando se sabe que a ação popular destina-se, primordialmente, à defesa do interesse público.

Essa circunstância não passou despercebida por Silva (1997) para quem a redação da Lei é confusa e dela é impossível extrair-se qualquer coerência com o objetivo da ação popular. Segundo o autor, “se se trata da lesão de direitos comuns a vários titulares, não individualizados mas individualizáveis (...) não se trataria de ação popular, mas de ação jurídico-subjetiva” (Silva, 1997, p. 41). Por outro lado, segundo Silva (1997, p. 41):

(...) se se trata da defesa do interesse público (...) não se percebe para quem vai a indenização fixada ‘globalmente’, pois a lei não o diz e não parece fazer muito sentido que ela caiba ao autor popular (que assim ‘enriqueceria’ o seu patrimônio ‘à custa’ de uma lesão do ambiente, que afeta toda a comunidade).

A prevalecer a hipótese ora transcrita, Silva (1997, p. 42) sugere que:

(...) a tratar-se de uma situação de lesão objetiva do bem ambiente, então faria sentido que a lei estabelecesse uma destinação pública da indenização (afetando-a, por exemplo, a um fundo para a proteção ecológica, ou colocando-a ao serviço da política do ambiente).

No Brasil, Grinover (2000) também é crítica quanto à opção acolhida pela LAP, em Portugal, devido à discricionariedade que a fórmula da *indenização global* confere ao juiz português, a cuja criatividade “ficam confiados os instrumentos necessários a repartir entre os ‘titulares de interesses identificados’ o montante da indenização”, cabendo a ele, assim, “frequentemente servir-se dos princípios gerais do direito e da analogia, em face da disciplina lacunosa da lei” (Grinover, 2000, p. 59-60).

Assiste razão aos autores Silva e Grinover. A opção legislativa levada a cabo pela LAP confronta-se – quando a ela deveria servir de instrumento – com o espírito que prevaleceu na Lei de Bases Ambientais, na qual se consagrou a *reconstituição natural* dos bens naturais lesados. Isto porque, ainda que essa não se demonstre imediatamente possível, poderia se inverter a indenização por danos ecológicos para um fundo especial, cuja finalidade específica consistiria em destinar os seus recursos para a

⁶ Destaque não constante do original.

reconstituição ambiental (reflorestamento, despoluição dos rios, reposição da fauna, etc.), tal como previsto no artigo 13 da LACP⁽⁷⁾ no Brasil.

Com efeito, a solução da Lei de Ação Civil Pública, no Brasil, nos parece mais coerente com a natureza dos danos ecológicos, o que nos conduz a concluir que tal solução poderia ser adaptada ao regime da ação popular em Portugal, onde os juízes não dispõem de critérios mais concretos para distribuir entre a *comunidade globalmente considerada* os recursos auferidos a título ressarcitório por danos causados aos bens naturais⁽⁸⁾.

A discussão adquire maior grau de dificuldade quando, além dos danos ecológicos, existem danos ambientais individuais sofridos por integrantes da ação coletiva que justificam o arbitramento de indenização a essas vítimas. Nestas circunstâncias, a consideração de tais peculiaridades subjetivas leva-nos a propor que, no final do processo coletivo, sejam liquidados os danos individuais, como ocorre no Brasil, consoante o disposto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), em proveito dos quais ficará reservada, para cada vítima, uma parcela do montante total da indenização. É, aliás, à luz desta assertiva que deve ser interpretado, em Portugal, o artigo 22.º, n.º 2, da LAP, de acordo com o qual “os titulares de interesses identificados têm direito à correspondente indenização nos termos gerais da responsabilidade civil”.

Finalmente, salientamos uma vez mais que, em se tratando de danos ecológicos, o estabelecimento de um fundo público na LAP, em Portugal, é a solução que melhor atende aos interesses da coletividade e da preservação da Natureza, uma vez que afeta a indenização fixada pelo juiz à reposição dos bens naturais que foram degradados. Tal consiste na maneira mais efetiva, por outro lado, de evitar o enriquecimento sem causa dos representados, ou mesmo do representante da ação popular, pois seria injusto obterem um acréscimo patrimonial à custa de uma *lesão puramente ecológica*. Por último, por ser a ação popular um típico meio de tutela primordialmente objetiva – o que, conforme já defendemos, não prejudica a existência de eventuais pretensões subjetivas dos cointeressados – a reversão da indenização ao Fundo de proteção ecológica traduz uma medida que guarda mais coerência com a natureza que caracteriza as ações coletivas.

Considerações finais

⁷ Transcrevemos a íntegra do referido preceito: “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

⁸ Convém mencionar que, em Portugal, foi publicado, no dia 30 de Julho de 2008, o Decreto-Lei n.º 150/2008, que regulamenta o Fundo de Intervenção Ambiental (FIA). Sua finalidade consiste em “financiar iniciativas de prevenção e reparação de danos a componentes ambientais naturais ou humanos, sejam eles resultantes da ação humana ou produto das forças da natureza, que exijam uma intervenção rápida ou para os quais se não possam mobilizar outros instrumentos jurídicos e financeiros”. Para maiores informações, confira-se no endereço eletrônico <http://www.dre.pt/pdf1sdipl/2008/07/14600/0512305127.PD>, consultado no dia 17 de Agosto de 2008.

De maneiras distintas, Brasil e Portugal consagraram, em suas respectivas Constituições, o princípio da prevenção em matéria ambiental, como decorrência lógica da consagração de um direito fundamental ao meio ambiente, obrigando o juiz e o administrador público a levarem em conta o provérbio popular “*mais vale prevenir do que remediar*”, quando confrontado com uma situação concreta do dano ambiental ser irreversível, tal como ocorre frequentemente.

A fim de dar suporte processual ao princípio da prevenção, seria recomendável, em Portugal, tal como é previsto no Brasil, mediante o artigo 5.º na LACP, que o legislador previsse a possibilidade de se empregarem providências cautelares para salvaguardar a efetividade prática do direito ambiental material. Isto permitiria que, em face de todas as evidências de que existe, num caso concreto, o risco de degradação ecológica, se aplicasse o princípio da prevenção, evitando-se, assim, de forma tempestiva, que os bens naturais objeto de tutela coletiva fossem resguardados.

No que diz respeito aos danos ecológicos já configurados, predomina, em Portugal, a teoria do ressarcimento por meio da restauração natural, cujo fundamento reside no artigo 48.º da Lei de Bases Ambientais. Esse dispositivo consagra o dever que tem o infrator de remover as causas da lesão e *repor a situação anterior à mesma ou equivalente*. Todavia, em consonância com o estabelecido na Lei de Bases Ambientais, sendo impossível a reconstituição natural dos bens naturais lesados, parece conveniente que se recorra à indenização por danos correspondentes, a fim de que os transgressores arquem com os custos da violação praticada e busquem recompor, ainda que gradualmente, os bens ambientais degradados.

Verificamos, por fim, com base em nosso estudo, que a opção legislativa levada a cabo pela Lei de Ação Popular Portuguesa, no artigo 22.º, ao fixar uma *indenização globalmente considerada* em proveito da coletividade, confronta-se – quando a ela deveria servir de instrumento – com o espírito que prevaleceu na Lei de Bases Ambientais, na qual se consagrou a *reconstituição natural* dos bens naturais lesados.

Isto porque poderia se inverter a indenização por danos ecológicos para um fundo especial, cuja finalidade específica consistiria em destinar os seus recursos para a reconstituição ambiental (reflorestamento, despoluição dos rios, reposição da fauna, etc.), tal como previsto no artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública no Brasil. Tal medida é a que melhor atende aos interesses da coletividade e da preservação da natureza, uma vez que afeta a indenização fixada pelo juiz à reposição dos bens naturais que foram degradados. Trata-se da maneira mais efetiva de evitar o enriquecimento sem causa dos representados, ou mesmo do representante da ação popular, pois seria injusto obterem um acréscimo patrimonial à custa de uma *lesão puramente ecológica*.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O Princípio do Poluidor Pagador**: Pedra angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra: Coimbra, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Responsabilidade por Danos Ambientais – Aproximação Juspublicística**, INA – Instituto Nacional de Administração, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)**, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____; MOREIRA, Vital. **A Constituição da República Portuguesa Anotada**, Volume I, 4.^a ed. revista, Coimbra: Coimbra, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 11.^a ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 15.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, Processo Civil e Defesa do Meio Ambiente**, 1.^a ed. Rio de Janeiro: Letras Jurídicas, 2011.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos: da Reparação do dano através de Restauração Natural**. Coimbra: Coimbra, 1998.

SILVA, Vasco Pereira da. **Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente**, Lisboa: Principia, 1997.

TESSLER, Luciane Gonçalves. Ação Inibitória na Proteção do Direito Ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. (Org.). **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 121-134.

Artigo recebido em 10 de abril de 2012.

Aprovado em 14 de setembro de 2012.