



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

DIREITO PÚBLICO:

Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

Fascículo Especial
Direito Ambiental

Coordenadores

Lyssandro Norton Siqueira

Onofre Alves Batista Júnior

DIREITO PÚBLICO:
 REVISTA JURÍDICA DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
 Avenida Afonso Pena, nº 4.000 – Cruzeiro – 30.130.009
 Belo Horizonte – MG – Brasil
 Fone: (31) 3218-0700 - (31) 3218-0718
<http://www.age.mg.gov.br>

GOVERNADOR DO ESTADO
 Romeu Zema Neto
PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL
 Sérgio Pessoa de Paula Castro

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Anderson Santana Pedra (ES – Universidade Federal do Espírito Santo-UFES e Faculdade de Direito de Vitória – FDV)
 Prof. Dr. André Mendes Moreira (MG – Universidade Federal de Minas Gerais-UFGM)
 Prof. Dr. Antônio Agostinho Cardoso da Conceição Guedes (PORTUGAL - Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)
 Prof.ª. Dra.ª. Betina Treiger Grupenmacher (PR – Universidade Federal do Paraná)
 Prof.ª. Dr.ª. Carla Amado Gomes (Portugal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
 Prof. Dr. Carlos Víctor Muzzi Filho (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)
 Prof.ª. Dr.ª. Éilda Graziane Pinto (SP – Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo)
 Prof. Dr. Elival da Silva Ramos (SP – Universidade de São Paulo-USP)
 Prof. Dr. Emerson Gabardo (PR – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná)
 Prof. Dr. Érico Andrade (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)
 Prof. Dr. Fernando Facury Scaff (SP – Universidade de São Paulo-USP)
 Prof. Dr. Giovanni Christian Nunes Campos (SP – Superintendência da Receita Federal)
 Prof. Dr. Jason Soares Albergaria Neto (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito Milton Campos)
 Prof. Dr. José Jairo Gomes (DF – Procuradoria-Geral da República)
 Prof. Dr. Juarez Freitas (RS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRS)
 Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (CE – Procuradoria-Geral do Estado)
 Prof.ª. Dr.ª. Liana Portilho Mattos (MG - Advocacia-Geral do Estado)
 Prof.ª. Dr.ª. Lillian Cordeiro Tenório de Miranda (PE – Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco)

Prof. Dr. Lucas Galvão de Brito (SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP)
 Prof.ª. Dr.ª. Luciana Grassano de Gouvêa Melo (PE – Universidade Federal de Pernambuco)
 Prof.ª. Dr.ª. Ludmila M Monteiro de Oliveira (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
 Prof.ª. Dr.ª. Luísa Cristina Pinto e Netto (MG - Advocacia-Geral do Estado)
 Prof. Dr. Lyssandro Norton Siqueira (MG – Advocacia-Geral do Estado)
 Prof.ª. Dr.ª. Márcia Carla Ribeiro (PR - Procuradoria-Geral do Estado e Faculdade de Direito da UFPR e PUC-PR)
 Prof.ª. Dr.ª. Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho (PORTUGAL - Escola de Direito - Universidade do Minho)
 Prof.ª. Dr.ª. Mary Elbe Queiroz (SP - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários-IBET)
 Prof.ª. Dr.ª. Misabel Abreu Machado Derzi (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
 Prof. Dr. Paulo Rosenblatt (PE – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP)
 Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro (RJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ)
 Prof. Dr. Tácio Lacerda Gama (SP – Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP)
 Prof. Dr. Tarcísio Diniz Magalhães (HOLANDA – Amsterdã – International Bureau of Fiscal Documentation-IBDF)
 Prof. Dr. Ulisses Schwarz Viana (DF – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa - IDP)
 Prof. Dr. William Byrnes (EUA - Thomas Jefferson School of Law)

COORDENADOR EDITORIAL

Prof. Dr. Carlos Alberto Rohrmann

DIRETOR

Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior

COMISSÃO TÉCNICA

Lícia Ferraz Venturi

Solicita-se permuta / Pídesse canje / On demande l'échange
 Si richiede lo scambio / We ask for exchange / Wir bitten um Austausch

Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais / Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n. 1, (Jul./Dez. 2004). – Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 2004 - .

Anual

Formada pela fusão de: Direito Público: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais e Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.
 ISSN 1517-0748

1. Direito público - Periódico 2. Direito tributário - Periódico I. Minas Gerais - Advocacia-Geral do Estado II. Título.

Bibliotecária: Lícia Ferraz Venturi CRB/6-1913

© 2019 Centro de Estudos - ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. Publicado no Brasil - *Publishing in Brazil*

O CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL AMBIENTAL

ERIKA BECHARA*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A função da tríplice responsabilidade ambiental. 3 Responsabilidade civil por dano ambiental patrimonial e extrapatrimonial. 3.1 Efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais do dano ambiental. 4. Reparação do dano ambiental. 5. Valoração do dano ambiental. 5.1 Indenização punitiva (*punitive damages*) e caráter punitivo da indenização. 5.1.1 Incidência dos critérios punitivos-dissuasórios na fixação da indenização do dano extrapatrimonial. 5.1.2 A vedação do enriquecimento sem causa da vítima. 5.2 Indenização dos danos ambientais extrapatrimoniais com caráter punitivo. 5.2.1 A reprovabilidade da conduta do poluidor e a indenização com caráter punitivo. 5.2.2 A capacidade econômica do poluidor. 6. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Diante de danos ou da ameaça de danos ambientais, há que se adotar medidas cautelares para estancar a atividade ameaçadora e se promover a responsabilização civil, penal e administrativa do poluidor (ou potencial poluidor) com múltiplos objetivos: prevenir danos iminentes, cessar danos em evolução, impedir agravamento de danos, reparar danos causados, punir o infrator e com a punição conscientizá-lo e desestimular condutas semelhantes, seja por parte do infrator seja por parte de terceiros.

Em sede de responsabilidade civil, dos objetivos acima mencionados, apenas a reparação de danos está em seu alcance direto. Os outros podem ser alcançados indiretamente, como consequência da responsabilização civil, mas a finalidade de se responsabilizar civilmente alguém é, de forma imediata, socorrer ou restaurar a situação da vítima (no caso do dano ambiental, a coletividade), ou seja, reparar o dano.

* Mestre e Doutora em Direito Ambiental pela PUC/SP. Professora de Direito Ambiental da PUC/SP e da Saraiva Aprova. Coordenadora-assistente do Curso de Especialização em Direito Ambiental da COGEAE-PUC/SP. Diretora da Associação dos Professores de Direito Ambiental - APRODAB. Advogada. Sócia de Szazi Bechara Storto Reicher e Figueiredo Lopes Advogados.

Contudo, tem-se buscado adicionar um novo propósito à responsabilidade civil, além da elementar reintegração da vítima à situação anterior ao dano: proporcionar a punição do causador do dano, pela teoria dos “danos punitivos” (*punitive damages* ou *exemplar damages*), com o fito de dissuadi-lo a reincidir na conduta lesiva e ao mesmo tempo dissuadir terceiros a praticar condutas assemelhadas.

O tema é polêmico justamente porque traz para o campo da responsabilidade civil funções típicas da responsabilidade penal e administrativa – a retribuição/punição – o que, para uns, desvirtua o instituto, já que não há previsão legal para a ampliação do escopo da responsabilidade civil, e, para outros, enobrece o instituto, por lhe dar mais eficiência e alcance.

2. A FUNÇÃO DA TRÍPLICE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

A Constituição Federal adota a tríplice responsabilidade ambiental ao estabelecer, no art. 225, §3º, 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.”

É dizer que pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, podem, conforme o caso, ser responsabilizadas penal, administrativa e civilmente, de forma cumulativa, sem ocorrência de *bis in idem*. Se uma conduta ou atividade se subsumir a um tipo penal e, ao mesmo tempo, a um tipo administrativo, ela ficará passível de sofrer sanção criminal e sanção administrativa. E se, além disso, dela decorrer um dano ao meio ambiente, ficará sujeita a promover a integral reparação.

A sanção penal e a sanção administrativa têm em comum o caráter retributivo, por imporem uma medida afliativa a quem adota um comportamento ilícito, vedado pelo ordenamento jurídico. Que se diga que não se trata de medida com o propósito de meramente punir pois, conforme Rafael Munhoz de Mello, “a finalidade da sanção retributiva, penal ou administrativa, é preventiva: pune-se para prevenir a ocorrência de novas infrações, desestimulando a prática de comportamentos tipificados como ilícitos”³⁹⁹.

Na mesma toada, Celso Antonio Bandeira de Mello sustenta que o Direito tem finalidade única a disciplina da vida social e sua conveniente organização para o bom convívio de todos, não havendo espaço para simples represálias e castigos, do que se extrai, então, que a aplicação da sanção administrativa (e, da mesma forma, a penal⁴⁰⁰) tem a pretensão tanto de “despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade”⁴⁰¹. Se a existência da sanção pode demover potenciais infratores de cometer os ilícitos, porque temerosos das suas consequências, a falta de sanção pode, em sentido inverso, constituir verdadeiro

³⁹⁹ *O regime jurídico das sanções administrativas*, p. 151.

⁴⁰⁰ O autor diz não haver “qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 876) - no primeiro caso, competente é a autoridade administrativa, no segundo o juiz de direito.

⁴⁰¹ *Op.cit.*, p. 878.

estímulo às práticas lesivas ou potencialmente lesivas, que gerarão benefícios ao ofensor em detrimento da vítima, sem qualquer resultado aflitivo para aquele.

Diferentemente da responsabilização penal e administrativa, que têm um forte caráter retributivo e preventivo, a responsabilidade civil tem um caráter eminentemente reparatório, sendo ela definida como o instituto jurídico destinado a impor ao causador de um dano o dever de repará-lo. Nas palavras de José de Aguiar Dias, “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil”⁴⁰². Logo, a preocupação precípua da responsabilidade civil não é com a conduta do infrator mas com o prejuízo da vítima. Por isso, o propósito primeiro da responsabilidade civil não é impor uma medida aflitiva ao causador do dano mas sim amenizar a perda da vítima, propiciando, tanto quanto possível, o retorno ao *statuo quo ante*.

Apesar disso, não podemos deixar de mencionar e de endossar as crescentes e potentes vozes que defendem uma segunda e não menos importante finalidade da responsabilidade civil, quando o instituto está a serviço da reparação de danos morais ou extrapatrimoniais: a dissuasória, alcançada por meio da “punição”, pela qual o ofensor será condenado ao pagamento de indenização cujo valor extrapola o próprio dano, para que ele e todos os demais compreendam quão onerosas podem ser as consequências para comportamentos lesivos do mesmo jaez, e, assim, busquem moldar suas atitudes e atividades de forma diversa, para não sofrerem as mesmas sequelas.

Portanto, em sede de reparação de danos extrapatrimoniais, emerge uma segunda faceta da responsabilidade civil, que é a punitiva-preventiva (ou punitiva-pedagógica ou punitiva-dissuasória), obtida pela inclusão, no valor da reparação, de componentes associados à conduta do ofensor, a sua capacidade econômica e aos benefícios por ele obtidos com a atividade lesiva.⁴⁰³

Sérgio Severo é um dos doutrinadores que entendem perfeitamente possível que o elemento punitivo esteja presente na responsabilização civil por danos extrapatrimoniais, com fins preventivos. E justifica que é a própria característica dos danos extrapatrimoniais que favorece a teria da dupla natureza da sua satisfação - reparatória e dissuasória:

“Ou seja, por tratar-se de interesses sem conteúdo econômico, tais danos devem ser aferidos de uma forma aproximada, através do maior número de critérios que auxiliem na busca do quantum satisfatório; portanto, o senso preventivo acaba penetrando, em maior ou menor escala, no estabelecimento deste montante”⁴⁰⁴

Sem destoar, Clayton Reis também defende o caráter punitivo da indenização por dano extrapatrimonial, justificando seu posicionamento no fato de que a responsabilidade civil deve contribuir para eliminar a indústria da irresponsabilidade, em que as empresas se sentem estimuladas a violar direitos ao analisarem o custo-benefício da conduta e verificarem que o lucro resultante da ilicitude será superior a eventuais indenizações:

⁴⁰² *Da responsabilidade civil*, p. 43.

⁴⁰³ Essa faceta punitiva-preventiva poderia muito bem se fazer presente igualmente na reparação por danos patrimoniais. Contudo, como mencionaremos neste artigo, no Brasil isso não é possível por conta de limitação normativa (art. 944, Código Civil), relacionada à apuração da indenização patrimonial.

⁴⁰⁴ Os danos extrapatrimoniais, p. 190.

“As empresas entendem que é mais fácil e menos custoso para elas arcarem com eventuais indenizações, do que investir em atualização e melhoria do seu sistema, cursos de aperfeiçoamento dos seus funcionários, ou manutenção de suas estruturas físicas.”⁴⁰⁵

Ainda que esse caráter duplo exista, continuamos firmes na crença de que o objetivo maior da responsabilidade civil é a reparação do dano⁴⁰⁶ – tanto é verdade que não se verá a condenação isolada do causador de um dano a uma sanção civil, desassociada da reparação da vítima (pelo menos não no Brasil que, como veremos adiante, não adota a teoria da *punitive damages* na sua forma genuína, de sanção civil apartada da indenização)⁴⁰⁷. Ou seja, a punição dependerá da reparação para existir, logo é função acessória, não principal.⁴⁰⁸

Com relação ao aspecto subjetivo ou objetivo da responsabilidade, a sanção penal e a sanção administrativa também têm em comum o fato de incidirem apenas sobre atos dolosos ou culposos, o que nos autoriza concluir que tanto a responsabilidade penal como a administrativa, inclusive na área ambiental, têm natureza subjetiva. E isso se deve ao fato de que força preventiva do tipo penal ou administrativo obtida a partir da punição só opera de forma eficaz sobre quem age ou pode agir de forma deliberada, não surtindo nenhum efeito sobre quem não tem condições de decidir agir de forma diversa.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Dano moral, p. 160.

⁴⁰⁶ Preferimos falar em caráter dissuasório ao invés de punitivo porque a punição não é o objetivo maior é sim o meio pelo qual se desestimula a conduta. Nesse diapasão, Sérgio Severo professa que o “caráter punitivo da satisfação não é o elemento definidor do tratamento dos danos extrapatrimoniais”, tratando-se ele, na verdade, de “um elemento importante na prevenção de comportamentos anti-sociais.” (Ob.cit., p. 184).

⁴⁰⁷ Nesse aspecto estamos em sintonia com Flávio Tartuce, que também enxerga que a indenização por dano moral tem um caráter principal **reparatório** e um caráter pedagógico ou disciplinador **acessório**, sendo que “o caráter acessório somente existirá, se estiver acompanhado do principal, não podendo subsistir por si só.” (*Responsabilidade civil*, p. 466).

⁴⁰⁸ Em sentido contrário, Nelson Rosenvald, notório defensor da aplicação da pena civil a quem causar danos a outrem, defende que é absolutamente possível que seja ajuizada demanda “que persiga sanção punitiva, sem que nada se pretenda a título de satisfação pelo dano extrapatrimonial”. E reforça seu entendimento com o exemplo de uma incorporadora imobiliária que reiteradamente entrega unidades habitacionais com atraso ou vícios do produto, cuja gravidade não chega provocar danos morais ao consumidor mas indica um reprovável comportamento da construtora: “[...] mesmo não evidenciado violação a situações jurídicas existenciais do autor da demanda, houve imediatamente uma conduta deliberadamente direcionada a lesar um interesse legítimo da vítima que impacta imediatamente em um grupo de consumidores. O sistema jurídico não pode manter-se alheio a esta conduta, afinal, há o interesse da sociedade em conter comportamentos reprováveis sobretudo quando evidenciado o descaso do ofensor perante a sorte daqueles a quem atraiu com a legítima expectativa de confiança quanto à qualidade e à segurança de seus produtos.” (As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil, p. 240-241).

⁴⁰⁹ Rafael Munhoz de Mello explica em detalhes que: “A sanção administrativa retributiva só cumpre sua finalidade preventiva se aplicada a quem age de modo doloso ou culposo. É dizer, se aplicada a quem pratica de modo consciente e voluntário a conduta típica (dolo), ou a quem pratica voluntariamente um comportamento lícito mas age com negligência, imperícia ou imprudência, causando resultado tipificado como infração administrativa (culpa *stricto sensu*).

Ocorre que a finalidade preventiva só é atingida se do sujeito que sofre os efeitos da sanção fosse possível exigir conduta distinta da que foi praticada, evitando assim o resultado típico alcançado. Agindo com dolo, o indivíduo decide conscientemente praticar a conduta típica. Se escolhe agir dessa forma, pode também escolher agir de outra, servindo a sanção como estímulo à escolha que trilhe os caminhos da legalidade. No caso da conduta meramente culposa, em que o sujeito age com negligência, imperícia ou

Já a responsabilidade civil é objetiva, portanto, independe da comprovação da culpa ou dolo do agente, conforme art. 14, §1º da Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente)⁴¹⁰. Para condenar o causador do dano a repará-lo é suficiente demonstrar que a atividade por ele desenvolvida gerou ou contribuiu para a geração do dano.

A responsabilidade penal e a responsabilidade administrativa podem ser observadas tanto em situações de ameaça de dano como diante de danos efetivos – isso porque há tipos penais e administrativos que vedam e reputam ilícitas condutas que meramente coloquem em risco a qualidade ambiental (crimes ou infrações de perigo), sem qualquer necessidade de dano concreto, e há tipos que exigem uma lesão concreta para sua consumação (crimes e infrações de dano).

De forma diversa, a responsabilidade civil só pode ser invocada em caso de dano efetivo, não em caso de simples ameaça de dano⁴¹¹. Não se trata de instituto vocacionado a impedir danos, mas somente reparar danos não evitados⁴¹² - apesar disso, é sabido que a efetiva responsabilização civil de uma pessoa, ainda mais se a indenização for majorada com base em critérios punitivos-pedagógicos, acaba, pelo exemplo, desestimulando o desenvolvimento de atividade lesiva semelhante por outra, temerosa de sofrer as mesmas consequências⁴¹³. Mas, em nosso sentir, não é o bastante

imprudência, também pode ser adotado modo de agir diverso, diligente e prudente, evitando-se assim a configuração do comportamento proibido. A sanção administrativa aplicada ao sujeito que age com dolo ou culpa serve como estímulo à mudança: se praticou deliberadamente a conduta típica, a sanção o estimula a não reincidir; se a praticou por negligência, imperícia ou imprudência, a sanção o incentiva a ser mais diligente e cuidadoso no seu agir. Previne-se, de tal maneira, a prática de novas infrações administrativas.

A situação é diferente se não há dolo ou culpa na ação do indivíduo. Ele não pratica a conduta típica de modo voluntário e consciente (dolo). Tampouco deixa de observar o dever de diligência que a todos é atribuído numa sociedade (culpa *stricto sensu*). Seu agir voluntário e consciente é voltado à prática de conduta lícita, e ele age com diligência em tal intento. Sendo assim, o comportamento exigido pelo ordenamento jurídico é atendido: o particular não pratica de modo voluntário e consciente a conduta típica e não age com negligência, imperícia ou imprudência.

Mas não obstante a correção do seu agir, o resultado de sua ação é evento tipificado como infração administrativa. Pergunta-se: que função preventiva exerce a sanção administrativa em casos tais? Estimular o sujeito a não mais agir de modo diligente?

Se não há dolo ou culpa, a aplicação da sanção administrativa retributiva não previne a ocorrência futura de comportamentos tipificados como infrações administrativas. O indivíduo que sem culpa praticou o comportamento típico não

mudará seu modo de agir em face da imposição da sanção. E nem é possível exigir a mudança, pois nada de ilegal havia em sua conduta: ele não desejou a conduta típica e tampouco agiu com negligência, imperícia ou imprudência. De consequência, não há razão que justifique a imposição de uma medida sancionadora cujo propósito é estimular a mudança de comportamento do infrator (prevenção especial).” (Ob.cit., p. 161-162).

⁴¹⁰ Art. 14, §1º, Lei 6.938/1981: “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”

⁴¹¹ José de Aguiar Dias acentua que é verdadeiro truismo alegar que o dano é elemento necessário à configuração da responsabilidade civil “porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar” (Op.cit., p. 819).

⁴¹² Há doutrinadores que defendem a responsabilidade civil preventiva, que atua antes da ocorrência do dano, com o propósito de evitá-lo (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade civil sem dano. São Paulo: Atlas, 2015; CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013).

⁴¹³ Baseados na lição de Sendim, José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala apontam a vocação preventiva do sistema da responsabilidade civil, ao deixar o poluidor ciente de que será responsabilizado economicamente pelos danos ambientais e assim motivá-lo a atuar *ex ante* da degradação ambiental,

para afirmar que o escopo maior da responsabilidade civil é a prevenção, conforme já destacado anteriormente.

Naturalmente que inúmeras medidas preventivas podem e devem ser adotadas em face do potencial degradador de uma obra ou atividade, tais como a concessão de liminar impedindo a implantação de um empreendimento que represente ameaça de grave dano ambiental ou uma decisão judicial definitiva que condene o réu a obrigação de não fazer consistente em não desmatar área de preservação permanente. Mas seu fundamento, nos dois exemplos, é o princípio da prevenção ou da precaução, conforme o caso, e não a responsabilidade civil.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL

O dano é o elemento essencial da responsabilidade civil, dado que a responsabilidade civil tem por finalidade precípua a reparação do dano. Logo, não havendo dano a ser reparado, não há lugar para a responsabilização civil do agente.

Como acentuado por Sérgio Cavalieri Filho, pode haver responsabilidade civil sem culpa mas não pode haver responsabilidade civil sem dano: “Não basta o risco, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.”⁴¹⁴

O dano jurídico (ou dano indenizável), é mais do que o simples prejuízo patrimonial ou moral. É o prejuízo associado à violação de um direito (da vítima). Por isso que o dano é definido, objetivamente, “como a lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado”⁴¹⁵.

No caso do dano ambiental, o prejuízo se verifica na destruição ou degradação de bens ambientais, comprometendo os serviços ecossistêmicos, causando desequilíbrio ecológico e privando a coletividade de usufruir da qualidade ambiental, que é essencial a sua sadia qualidade de vida, conforme anunciado pelo art. 225 da Constituição Federal. E a violação do direito se verifica na afronta ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido pelo Texto Constitucional (art. 225) – direito tipicamente difuso⁴¹⁶.

Definimos dano ambiental como a “agressão ao meio ambiente, *i.e.*, aos componentes ambientais do ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, que lesa o **direito** da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por assim dizer, produz

diminuindo os riscos ambientais (Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática, p. 77).

⁴¹⁴ Programa de Responsabilidade Civil, p. 103.

⁴¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, p. 104.

⁴¹⁶ Direitos difusos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, parágrafo único, I da Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor).

alterações no meio ambiente que afetam o equilíbrio ecossistêmico ao qual toda a coletividade faz jus.”⁴¹⁷

Quando o dano viola um direito individual, tem-se um dano individual, com uma vítima identificável. Nessa mesma toada, quando o dano viola direito difuso, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem-se um dano difuso, com um número indeterminável de vítimas – a coletividade.

Importante frisar que uma atividade lesiva ao meio ambiente pode violar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, causando um dano ambiental difuso, e, ao mesmo tempo, violar direitos de natureza distinta (não ambiental), tanto de pessoas individualmente consideradas, tais como direito à saúde ou ao exercício de atividade econômica (direito individual), como de grupos de pessoas determinadas ou determináveis (direito coletivo) ou até mesmo de pessoas indetermináveis (direito difuso)⁴¹⁸. Tais danos têm origem na lesão ambiental mas não são danos ambientais⁴¹⁹. São, na definição de Álvaro Luiz Valery Mirra, *danos por intermédio do meio ambiente*⁴²⁰. Exemplo clássico de danos por intermédio do meio ambiente são os experimentados por pescadores impedidos de pescar e de prover o sustento da família porque o corpo hídrico em que desenvolviam a atividade foi contaminado ou poluído por vazamento de óleo ou lançamento de efluentes industriais ou domésticos⁴²¹.

O dano difuso, tanto quanto o dano individual, pode ter caráter patrimonial ou extrapatrimonial - este último designado também de **dano moral coletivo**. Será patrimonial quando a lesão gerar a redução do patrimônio da vítima (indivíduo, grupo ou coletividade) e será extrapatrimonial quando comprometer valores não patrimoniais ou, melhor dizendo, quando o dano representar “lesão de interesse sem expressão econômica.”⁴²²

⁴¹⁷ BECHARA, Erika. *Licenciamento ambiental e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*, p. 50.

⁴¹⁸ Ilustramos os danos coletivos ou difusos por intermédio do meio ambiente, em outra obra, com os seguintes exemplos: “a dizimação de uma floresta habitada há centenas de anos por uma tribo indígena, deixando os índios sem a sua morada e destruindo as reminiscências religiosas e familiares bem como o vínculo afetivo desse agrupamento de pessoas com a área. Outro: a poluição contumaz de “cartões-postais” de cidades turísticas, que acaba afetando a atividade econômica do turismo e ferindo a autoestima dos brasileiros com a superexposição negativa de seu país no exterior.” (Ob.cit., p. 59).

⁴¹⁹ Optamos por não designar estes danos de *danos ambientais* porque o direito (da vítima) violado não é o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Todavia, há autores que, diferentemente de nós, usam a terminologia *danos ambientais individuais*, como José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala (Ob.cit., *passim*). Com posicionamento semelhante, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer fazem referência ao dano ambiental individual mas advertem que não se trata de um dano ecológico em sentido estrito mas apenas um dano individual reflexo ou por ricochete (Curso de Direito Ambiental, p. 542-543).

⁴²⁰ Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente, p. 74.

⁴²¹ TESES FIXADAS PELO STJ (Jurisprudência em Teses Edição nº 119, extraída de julgados publicados até 08.02.2019): “[O pescador profissional é parte legítima para postular indenização por dano ambiental que acarretou a redução da pesca na área atingida, podendo utilizar-se do registro profissional, ainda que concedido posteriormente ao sinistro, e de outros meios de prova que sejam suficientes ao convencimento do juiz acerca do exercício dessa atividade.](#)”; “[É devida a indenização por dano moral patente o sofrimento intenso do pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental. \(Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 439\)](#)”

⁴²² SEVERO, Sérgio. *Op.cit.*, p. 43.

Como nos ensina José de Aguiar Dias, a natureza patrimonial ou extrapatrimonial do dano não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado “mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado”⁴²³, sendo possível tanto “ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.”⁴²⁴

Visto isso, há que se notar que a agressão ambiental se dá a bens corpóreos (p.ex., florestas, fauna, edificações de valor cultural) e incorpóreos (p.ex., ar), podendo gerar, em qualquer caso, dano patrimonial e extrapatrimonial – de forma isolada ou cumulativa, já que, nas palavras de Sérgio Severo, um mesmo fato pode dar ensejo a mais de um dano, “podendo combinar-se um dano patrimonial e um dano extrapatrimonial e mesmo mais de um dano de uma ou outra natureza”⁴²⁵ - ou seja, mais de um dano patrimonial ou mais de um dano extrapatrimonial.

A afirmação pode ser ilustrada com o exemplo de um incêndio em reserva extrativista⁴²⁶. A vegetação existente na reserva é um bem corpóreo e o incêndio pode gerar um dano patrimonial às populações tradicionais que praticam o extrativismo na área (e que terão sua atividade prejudicada) mas um dano extrapatrimonial à coletividade, com a redução de toda a biodiversidade e riquezas naturais lá existentes. O dano patrimonial suportado pelos extrativistas – dano por intermédio do meio ambiente - é um **dano patrimonial individual** (podendo ser tutelado coletivamente em juízo por envolver direitos individuais homogêneos) e o dano extrapatrimonial suportado pela coletividade é um **dano extrapatrimonial difuso (ou dano moral coletivo)**.

Não se pode deixar de mencionar que ainda há alguma resistência da doutrina e da jurisprudência ao chamado dano moral coletivo. Mas essa resistência, que já foi maior, deve perder força cada vez mais, pois não há fundamento para rechaçar o caráter extrapatrimonial do dano difuso, se entendermos que o caráter moral do dano não está associado a dor e sofrimento, que são, de fato, estados morais próprios de indivíduos, mas a valores imateriais (melhor dizendo: quaisquer valores sem repercussão econômica) que dizem respeito a todos indistintamente.

Sérgio Cavalieri Filho alude ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial mais conservador e contrário ao dano moral coletivo mas deixa claro que não compartilha desse entendimento. Pelo contrário, defende com veemência o dano extrapatrimonial coletivo.

Na sua definição, o dano moral coletivo é o “sentimento de despreço que afeta negativamente toda a coletividade pela perda de valores essenciais; sentimento coletivo de comoção, de intranquilidade ou insegurança pela lesão a bens de titularidade coletiva, como o meio ambiente, a paz pública, a confiança coletiva, o patrimônio

⁴²³ *Op.cit.*, p. 839.

⁴²⁴ *Ibidem*, mesma página.

⁴²⁵ *Op.cit.*, p. 177.

⁴²⁶ A Reserva Extrativista é uma Unidade de Conservação de uso sustentável e de domínio público, utilizada por populações extrativistas tradicionais, “cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade” (art. 18, Lei 9.985/2000).

(ideal) histórico, artístico, cultural, paisagístico etc.”⁴²⁷. E apresenta como exemplos de danos morais coletivos os suportados por todos nós em decorrência dos tragicamente famosos eventos ocorridos no Estado Rio de Janeiro e Minas Gerais, a saber: incêndio do Museu Nacional, em 2018, e o desastre ambiental ocorrido em Mariana, em 2015. O primeiro destruiu 200 anos de nossa História, o segundo destruiu todo um distrito (Bento Rodrigues), ceifou vidas e causou danos ambientais inestimáveis.

Também no sentido de admitir os danos extrapatrimoniais difusos e coletivos, Bruno Miragem adverte que é possível reconhecer a coletividade como vítima de dano extrapatrimonial na medida em que se dissocie este tipo de dano dos sentimentos de dor e de sofrimento humano, e se reconheça que há interesses difusos e coletivos, como os bens culturais, ambientais, paisagísticos ou urbanísticos, que são de titularidade indistinta de toda uma comunidade “e que, ao mesmo tempo, não possuem necessariamente uma dimensão econômica”⁴²⁸.

Admitir a existência de danos extrapatrimoniais difusos, portanto, exige a rejeição da associação redutiva do dano moral à dor e ao sofrimento para vislumbrá-lo como um atributo de qualquer lesão não patrimonial, sejam suas vítimas indivíduos, grupos ou um feixe de pessoas indetermináveis.

3.1 EFEITOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS DO DANO AMBIENTAL

Estamos com Sérgio Severo quando afirma que “todo prejuízo ecológico guarda, acima de tudo, um caráter extrapatrimonial.”⁴²⁹

Assim o é porque o dano ambiental está vinculado à violação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que implica dizer que o dano ambiental sempre representará a perda da qualidade ambiental que, por sua vez, proporciona à coletividade qualidade de vida, saúde física e psíquica, bem-estar, preservação da memória, dentre outros valores imateriais, como o valor de existência⁴³⁰. Quando a coletividade é privada de usufruir da qualidade do meio ambiente e dos benefícios que dela decorrem, ela não sofre uma perda econômica. Logo, não sofre um dano patrimonial e sim um dano moral.

O fato da lesão recair, muitas vezes, sobre bens materiais (solo, águas, flora, edificações com valor cultural etc.), cujo custo de restauração pode ser perfeitamente mensurado, não significa que o dano ambiental é patrimonial. Significa apenas que é possível determinar o valor monetário da restauração do ambiente degradado (quando possível a reparação *in natura*). Mas a perda experimentada pela coletividade, continua sendo uma perda não patrimonial – portanto, um dano de efeitos extrapatrimoniais.

⁴²⁷ *Op.cit.*, p. 147.

⁴²⁸ Direito Civil: responsabilidade civil, p. 206.

⁴²⁹ *Op.cit.*, p. 172.

⁴³⁰ Segundo José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala, o dano ambiental afeta o “patrimônio ideal da coletividade, relacionado à manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida” (*Op.cit.*, p. 301).

Contudo, o dano ambiental pode também ter reflexos patrimoniais para a coletividade (além dos reflexos patrimoniais para o detentor imediato do bem, em algumas situações, e danos de outra natureza para terceiros, o que configura um dano por intermédio do meio ambiente). A floresta desmatada para dar lugar a obra ou atividade, por exemplo, tem um valor econômico, ainda que não esteja sendo explorada economicamente, por conta dos serviços ecossistêmicos e da sua biodiversidade e pela contribuição prestada para a contenção das mudanças climáticas. Sendo o bem ambiental de titularidade difusa, a perda econômica pode representar um efeito patrimonial difuso.

Por isso, em resumo, diz-se que o dano ambiental sempre terá uma dimensão extrapatrimonial e, algumas vezes, poderá ter, cumulativamente, uma dimensão patrimonial. A dimensão patrimonial decorre do valor econômico que os bens ambientais têm. E a dimensão extrapatrimonial decorre das funções ambientais que tais bens cumprem.

Nunca, porém, haverá um dano ambiental com dimensão exclusivamente patrimonial pois isso significaria reduzir a perda ambiental à lesão de interesses econômicos quando se sabe que a maior perda é a da qualidade do ambiente, que propicia a vida digna a todos.

4. REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

É pacífico que a reparação do dano ambiental deve ser integral, o que implica dizer que a reparação deve ser a mais completa possível, levando-se em conta todas as perdas experimentadas em razão da atividade degradadora⁴³¹.

Conforme leciona Álvaro Luiz Valery Mirra, “se se considera que o prejuízo é o único elemento a ser objetivamente considerado pela reparação, a qual visa eliminá-lo, parece lógico que a extensão desta deva ser tão ampla quanto o necessite a total compensação do dano causado”.⁴³² E completa que a reparação integral “trata-se de uma exigência fundamental de justiça, a fim de permitir seja a vítima recolocada, na medida do possível, em uma situação equivalente àquela que seria beneficiária se o fato danoso não se tivesse produzido”⁴³³.

Mas a reparação traz desafios, especialmente do dano extrapatrimonial, dada a sua intangibilidade. Desafios que devem ser enfrentados e vencidos porque sem reparação o dano ambiental não pode ficar.

Interessante notar que enquanto os danos extrapatrimoniais, em sua maioria, só estão em condições de serem reparados mediante compensação pecuniária, os danos extrapatrimoniais ambientais podem ser reparados de forma específica. Podem e devem. Afinal, sendo possível, diante de uma lesão ambiental extrapatrimonial, devolver às vítimas a boa e ambientalmente adequada situação de que gozavam anteriormente, é

⁴³¹ O próprio Código Civil veicula a premissa da reparação integral, para todo tipo de dano, ao dispor, em seu artigo 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

⁴³² *Op.cit.*, p. 310.

⁴³³ *Ibidem*, mesma página.

evidentemente preferível que isso seja feito ao invés de se compensar a perda ambiental com dinheiro.

Por isso, a reparação do dano ambiental deve, em primeiro lugar, dar-se *in natura*, com a recomposição do ambiente danificado ao estado anterior. Para tanto, deve o poluidor adotar medidas e procedimentos para restabelecer os serviços ecossistêmicos, a qualidade e o equilíbrio ambiental, o valor cultural-histórico-paisagístico que existiam antes da causação do dano. Deve, por exemplo, restaurar a Área de Preservação Permanente ilegalmente desmatada ou despoluir o rio contaminado com efluentes industriais.

Somente em caso de impossibilidade técnica ou social de reparação *in natura* é que se buscará uma medida compensatória que possa reequilibrar a situação das vítimas, seja mediante a execução de projeto, ação ou intervenção que proporcione um benefício ambiental equivalente ao perdido (reparação por equivalente), seja mediante o pagamento de um valor em dinheiro (indenização), que será destinado a fundo de defesa de direitos difusos, nos termos do art. 13 da Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública⁴³⁴, e posteriormente aplicado em atividades de promoção e defesa de interesse da coletividade, nos termos da Lei 9.008/1995.

Como bem pontuado por José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala, “sempre que não for possível reabilitar o bem ambiental lesado, deve-se proceder a sua substituição por outro funcionalmente equivalente ou aplicar a sanção monetária, com o mesmo fim de substituição.”⁴³⁵

Dito isso, vê-se que ao poluidor não é dada a livre escolha entre reparar *in natura* ou indenizar os danos causados. A reparação *in natura* é a regra, a indenização a exceção, por isso tem esta um caráter subsidiário. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, a reparação da Natureza de forma mais integral possível no local do dano é o **primeiro passo** que deve ser tentado na reparação civil do dano ecológico, dado que

“a salvaguarda da integridade ecológica e dos processos ecológicos essenciais (art. 225, §1º, I, da CF/1988) depende de tal priorização, sob pena de a ampliação de áreas degradadas impactar de forma cada vez mais progressiva o equilíbrio ecológico essencial à proteção das espécies da flora e da fauna e do ecossistema no seu conjunto. Somente diante da impossibilidade de reestabelecer o estado ambiental anterior no local do dano é que outras medidas compensatórias devem ser aventadas.”⁴³⁶

Confirmando esse entendimento, Danny Monteiro da Silva afirma:

“A subsidiariedade da compensação pecuniária assenta-se no fato de que o objetivo essencial da tutela ambiental é garantir, primordialmente, a fruição do bem ambiental. Por esse motivo, a restauração natural será sempre adotada como forma prioritária, dentro das possibilidades fáticas, técnicas e

⁴³⁴ “Art. 13, Lei 7.347/1985. 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.”

⁴³⁵ *Op.cit.*, p. 223.

⁴³⁶ *Op.cit.*, p. 509.

científicas, para reparação do dano, mesmo que se configure, no caso concreto, a forma mais onerosa de reparação”⁴³⁷

Isto posto, nunca se optará pela indenização em sendo possível a reparação *in natura*.

Por conta da mencionada subsidiariedade da indenização frente à reparação *in natura* emerge a seguinte dúvida: podem ambas as formas de reparação ser exigidas cumulativamente, com relação ao mesmo dano?

Em nosso sentir, a efetiva reparação *in natura* dispensa o pagamento de indenização pelo mesmo dano. Afinal, se a reparação *in natura* for suficiente para apagar os efeitos da lesão, restabelecendo os serviços ecossistêmicos, a qualidade e o equilíbrio ambiental, o valor cultural-histórico-paisagístico perdidos, não há justa causa para exigir uma indenização tendo como fundamento o mesmo dano que já foi reparado e cujas consequências prejudiciais foram extirpadas.⁴³⁸

Contudo, há situações específicas que justificam a cumulação de reparação *in natura* com indenização, a saber: (i) restauração parcial do ambiente lesado; (ii) danos ambientais interinos.

A cumulação pode ocorrer se parte do dano for passível de recomposição e parte não – caso em que a parte impassível de recomposição será convertida em indenização. É o caso, *v.g.*, da poluição de um rio que ocasiona a morte de peixes e outros organismos da fauna ictiológica. O rio pode ser despoluído e o ecossistema aquático recuperado. Porém se alguma espécie ameaçada de extinção for dizimada nesse episódio, causando a sua efetiva extinção, não será possível reparar esse dano *in natura*. Restará, então, exigir do poluidor uma compensação natural ou pecuniária.⁴³⁹

A cumulação pode também ocorrer se restar demonstrada a existência de *danos interinos*, ou seja, danos produzidos entre a data da agressão ambiental e a data da efetiva recomposição do ambiente lesado. A reparação *in natura* não apaga os efeitos deletérios do dano ambiental produzidos nesse interregno. Como a coletividade ficou

⁴³⁷ *Dano ambiental e sua reparação*, p. 214.

⁴³⁸ Nesse sentido: TJSP – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Apelação 0000368-71.2006.8.26.0075, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 14.09.2017.

⁴³⁹ “PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, § 3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART. 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL.

[...]

3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), **bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura)**, prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.” (STJ – Primeira Turma, REsp 625.249/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.08.2006). No mesmo sentido: STJ – Segunda Turma, REsp 1.255.127/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.08.2016.

privada de usufruir da qualidade ambiental por este período, faz jus, segundo vem defendendo a doutrina⁴⁴⁰ e a jurisprudência⁴⁴¹, à indenização pelos danos interinos.

Os danos interinos, decorrem, portanto, da violação “temporária” do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – a violação do direito cessa quando o ambiente é restaurado ou recuperado e volta a cumprir suas funções ambientais.

Frise-se, por necessário, que os danos interinos também são danos extrapatrimoniais, devendo a sua valoração seguir os mesmos critérios de arbitramento do dano ambiental extrapatrimonial abordados neste trabalho.

Fora das duas hipóteses acima destacadas, a exigência concomitante de reparação *in natura* e indenização implicará *bis in idem*, haja vista que o mesmo dano será reparado duas vezes⁴⁴².

5. VALORAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

A reparação do dano ambiental *in natura* se dá mediante uma ou mais **obrigações de fazer**, executadas por e às expensas do poluidor. Tais obrigações não são determinadas nem estão limitadas pelo valor a ser despendido na recomposição, mas sim pelas ações que se mostram necessárias ao restabelecimento, o mais próximo possível, da situação anterior. Em outras palavras, mais importa a eficiência e a aptidão do projeto técnico que será executado do que o montante que nele será investido.

À vista disso, sendo possível a reparação *in natura*, não serão necessários cálculos aritméticos para se apurar o valor da indenização, mas, por outro lado, serão necessários

⁴⁴⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Op.cit.*, p. 98; SILVA, Danny Monteiro da. *Op.cit.*, p. 131 (este autor se refere ao dano interino como *dano social vinculado ao meio ambiente*, acentuando que “se a recomposição integral do equilíbrio ecológico, com o retorno à situação anterior ao dano, demandar um lapso temporal prolongado, a coletividade tem o direito de ser indenizada pelo período de tempo que transcorrer entre a ocorrência do dano e a integral recomposição da situação anterior de equilíbrio ecológico e fruição do bem ambiental atingido”).

⁴⁴¹ “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO).

1. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar 2. Com efeito, a cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto **a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição**, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos. 3. Agravo Interno não provido. (STJ – Segunda Turma, AgInt no REsp 1770219/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.05.2019).

⁴⁴² Temos observado que em algumas ações civis públicas ambientais tem-se pedido a reparação *in natura* cumulada com indenização por dano moral coletivo. Não nos parece adequada esta cumulação pois a reparação *in natura* visa justamente reparar o dano moral coletivo (ou dano extrapatrimonial) causado pela atividade poluidora. Se o dano moral coletivo é, grosso modo, a perda da qualidade ambiental e a reparação *in natura* restabelece a qualidade ambiental perdida, é de se concluir que reparado está o dano moral coletivo – a não ser que exista um outro dano moral coletivo, de caráter não ambiental porém originado do dano ambiental (dano por intermédio do meio ambiente).

estudos técnicos que indiquem a forma mais adequada e eficiente de restauração ambiental, sempre visando a reparação integral do dano.

Quando a reparação do dano ambiental se dá mediante indenização (aqui incluída a indenização por danos interinos), o foco passa a ser a **obrigação de pagar**, de sorte que o valor da obrigação assume uma importância que não se verifica na reparação *in natura*.

Apurar o valor da indenização ambiental é sempre um grande desafio, especialmente se estivermos a tratar de danos extrapatrimoniais. Como pondera José de Aguiar Dias, em caso de dano patrimonial, “ou se restaura a situação anterior ou se integra o patrimônio mediante o equivalente pecuniário do desfalque, intervindo, ademais, os juros de mora, para ajustar a compensação à maior ou menor duração do dano”⁴⁴³. Já em caso de danos não patrimoniais, “todas as dificuldades se acumulam, dada a diversidade dos prejuízos que envolvem e que de comum só têm a característica negativa de não serem patrimoniais.”⁴⁴⁴

Sendo o dano de caráter patrimonial, em homenagem ao princípio da reparação integral o valor da indenização será proporcional à perda econômica, atendendo ao quanto disposto no art. 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”. É bem verdade que a valoração da perda econômica ambiental é tarefa bem mais complexa do que a valoração dos danos patrimoniais em geral, que se evidenciam de forma mais objetiva e visível. Na área ambiental, há diversas metodologias e cálculos para se encontrar o “valor econômico da natureza” – ou, quanto o dano ambiental representa em termos de perdas financeiras para a sociedade – que auxiliam o magistrado na busca do justo *quantum* indenizatório.

Mas quando o dano é de caráter extrapatrimonial, associado à perda da qualidade ambiental, que compromete o patrimônio ideal da coletividade, não é possível aplicar um critério objetivo e único, devendo o magistrado – a quem cabe a árdua tarefa de arbitrar o valor da reparação dos danos extrapatrimoniais - lançar mão de critérios variados para chegar ao *quantum* adequado.

Por serem insuscetíveis de avaliação econômica, os danos extrapatrimoniais são de difícil valoração – e tal dificuldade é verificada em todo e qualquer dano extrapatrimonial, não só no dano ambiental.

Antonio Jeová Santos observa que o dano extrapatrimonial é incomensurável pois não há como fixar em dinheiro o que não tem tradução pecuniária⁴⁴⁵. Por isso defende que a reparação por dano moral tem uma função mais de satisfação do que reparatória, visto que o dinheiro pago à vítima não serve para apagar ou borrar o dano causado⁴⁴⁶:

“O montante que serve ao ressarcimento do dano moral situa-se no plano satisfativo. A vítima receberá uma quantia com o intuito de que o emprego do

⁴⁴³ *Op.cit.*, p. 839.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, mesma página.

⁴⁴⁵ Dano moral indenizável, p. 193.

⁴⁴⁶ *Op.cit.*, p. 191. Complementa o autor: “O mal perdura ainda que o dinheiro recebido seja suficiente para aquisição de bens materiais que podem trazer algum conforto para o ofendido.”

dinheiro possa proporcionar alguma satisfação que mitigue, de algum modo, a dor causada pelo ato ilícito contra ela cometido.”⁴⁴⁷

Ainda assim, não se pode fugir do difícil trabalho de quantificar os danos morais, sob pena de deixar as vítimas desamparadas, sem uma compensação que minimamente as satisfaça de forma a contrabalançar as perdas sofridas, além de apaziguar a “revolta pessoal e social de quem sofre ofensas dessa natureza”⁴⁴⁸ (afinal, enquanto a vítima do dano patrimonial pode ter o seu patrimônio recomposto, com a extinção de qualquer rastro do dano outrora causado, a vítima do dano extrapatrimonial muito provavelmente terá que conviver com os efeitos duradouros da perda, que não serão apagados com a indenização. Natural, então, que a primeira se conforme mais rápida e facilmente à situação).

Mas já se sabe, de antemão, que dificilmente haverá uma plena correspondência entre o dano e a indenização, o que nos induz à conclusão de que o princípio da reparação integral não é plenamente aplicável ao dano moral - afinal, como se garantir reparação integral se esta depende de uma indenização que corresponda à extensão do dano, e, no caso do dano extrapatrimonial, não há como estipular uma proporção entre lesão e reparação, ante o valor inestimável do bem perdido?

Por essa razão é que André Gustavo Corrêa de Andrade professa que a tradicional regra de que a indenização se mede pela extensão do dano (art. 944, Código Civil) – a qual serve de fundamento ao princípio da reparação integral - é “aplicável exclusivamente ao dano material, uma vez que o dano moral não tem como ser economicamente mensurado.”⁴⁴⁹ Sem destoar, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler também sustentam que a regra da simetria do art. 944, *caput*, do Código Civil, incide só em danos patrimoniais “pois não há como mensurar monetariamente a ‘extensão’ do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica traduzida em valores monetários.”⁴⁵⁰

Importante frisar que a inaplicabilidade do princípio da reparação integral ao dano extrapatrimonial se verifica somente com relação à compensação pecuniária (inclusive, o art.944 do Código Civil se refere apenas à “indenização”), não com relação à reparação *in natura*. Esta deverá ser completa e cobrir toda a extensão do dano pois há condições técnicas para tanto. Via de consequência, apenas os danos extrapatrimoniais sujeitos à **reparação pecuniária** é que ficam ao desabrigo do princípio da reparação integral, pela impossibilidade de traduzir em números a extensão do dano.

No caso do dano extrapatrimonial ambiental sujeito à reparação *in natura*, para se obter a reparação integral basta que se verifique a extensão do dano e quais medidas e procedimentos devem ser executados para restabelecer a situação anterior, com a maior fidelidade possível. Já no caso do dano extrapatrimonial ambiental sujeito à compensação pecuniária, como se obter a reparação integral se não há um valor indenizatório que nos permita dizer que a lesão foi integralmente reparada? Não há parâmetro para responder tal pergunta. Portanto, para se entender como razoável o valor arbitrado, será preciso conjugar diversos critérios ligados ao ofensor, às vítimas e ao

⁴⁴⁷ *Op.cit.*, p. 192.

⁴⁴⁸ REIS, Clayton. *Op.cit.*, p. 163.

⁴⁴⁹ Indenização punitiva, p. 148.

⁴⁵⁰ **Usos e abusos da função punitiva** (punitives damages e o direito brasileiro), p. 22.

dano ambiental em si, que podem aumentar ou reduzir a indenização e resultar numa resposta satisfatória e adequada a todos.

Conforme Sérgio Severo, pelo fato dos danos extrapatrimoniais lesarem interesses sem conteúdo econômico, devem eles ser aferidos “de uma forma aproximada, através do maior número de critérios que auxiliem na busca do *quantum* satisfatório”⁴⁵¹ – e o autor não está se referindo apenas aos critérios reparatórios, mas também aos critérios preventivos-punitivos, que desviam o olhar da vítima para o ofensor e fazem brotar a função dissuasória da responsabilidade civil, de forma complementar ou acessória a sua função compensatória.

Flávio Tartuce informa que os cinco parâmetros usualmente utilizados pela doutrina e jurisprudência do STJ para apuração do valor do dano moral são: a) a extensão do dano; b) o grau de culpa do agente e a contribuição causal da vítima; c) as condições socioeconômicas, culturais e até psicológicas dos envolvidos; d) o caráter pedagógico, educativo, de desestímulo ou até punitivo da indenização; e) a vedação do enriquecimento sem causa da vítima e da ruína do ofensor.⁴⁵² Nota-se, claramente, o misto de critérios compensatórios com critérios punitivos- pedagógicos-preventivos, reforçando que hodiernamente a responsabilidade civil por dano extrapatrimonial ultrapassa a função meramente compensatória. Necessário se faz, então, tratar da indenização ambiental com caráter punitivo.

5.1 INDENIZAÇÃO PUNITIVA (*PUNITIVE DAMAGES*) E CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO

Mesmo não sendo possível garantir perfeita correspondência entre a compensação pecuniária e o dano extrapatrimonial, não há dúvidas que a indenização do dano moral tem função compensatória ou satisfatória. Ainda que a indenização não tenha o condão de recompor o bem sacrificado, o valor destinado à vítima lhe dá condições de obter outros benefícios de seu interesse, que auxiliam a satisfação de valores materiais e imateriais relevantes para ela e minimizam, dentro do possível, os efeitos da perda. No caso do dano ambiental, a satisfação promovida pela indenização é a recomposição e proteção de outros bens difusos, preferencialmente ambientais, ou desenvolvimento de projetos e atividades que promovam benefícios ambientais para a coletividade.⁴⁵³

Mas, como visto, tem-se atribuído à indenização pelo dano moral uma segunda função, a dissuasória, que busca desestimular a adoção das condutas lesivas, agregando-se à indenização compensatória um valor adicional, estabelecido de forma proporcional à censurabilidade da conduta/atividade do ofensor (e não de forma proporcional ao dano). Tal qual a pena aplicada ao crime e a sanção administrativa aplicada à infração administrativa, que têm a finalidade de prevenção geral e especial, a indenização punitiva pode fazer com que o autor do dano e potenciais ofensores, tocados pelo exemplo, evitem condutas e atividades que vão lhes trazer duras consequências.

⁴⁵¹ *Op.cit.*, p. 190.

⁴⁵² *Op.cit.*, p. 475-476.

⁴⁵³ *Cf.* Lei 9.008/1995 c/c Decreto 1.306/1994.

No afã de permear a responsabilidade civil com a função punitiva-dissuasória, tem-se discutido se no Brasil é possível, na composição do valor da reparação do dano moral, seja ele individual, seja ele coletivo, a utilização da teoria dos *punitive damages*, originada no direito anglo-saxão e consagrada no direito norte-americano, que, nos dizeres de Anderson Schreiber, constituem “uma indenização adicional assegurada à vítima com a finalidade de punir o ofensor, e não simplesmente de compensar os danos sofridos.”⁴⁵⁴

Nelson Rosenthal, um dos grandes defensores da aplicação da teoria no Brasil, acentua que nos tempos atuais “a adoção da pena no direito privado é uma exigência de integração ao sistema de uma tutela efetiva para aqueles casos em que o ressarcimento, pelo equivalente ou em forma específica, mostre-se pouco idôneo para prevenir determinadas formas de ilícitos civis.”⁴⁵⁵ O doutrinador emenda que se a retribuição do sistema for inferior ao proveito auferido pelo ilícito ou ficar limitada aos prejuízos causados e nada mais, o ordenamento jurídico não oferecerá razões suficientes para que alguém se abstenha de incorrer em inadimplemento ou de se converter em agente de um ilícito.⁴⁵⁶

Na mesma direção, André Gustavo Corrêa de Andrade vislumbra uma crise no paradigma exclusivamente reparatório da responsabilidade civil, que reclama que o operador do direito supere o modelo tradicional, redimensionando a responsabilidade civil sem, por óbvio, abandonar a ideia da reparação:

“O ‘paradigma reparatório’, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou compensatória; ou quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática.”⁴⁵⁷

Na origem, os *punitive damages* constituem um valor autônomo e à parte do valor da compensação financeira, cuja aplicação não tem o propósito de satisfazer a vítima mas sim de dissuadir o autor do dano, por meio de uma “reprimenda” de caráter patrimonial. Têm, portanto, a natureza de **pena civil**, sendo aplicáveis ao causador de dano patrimonial ou extrapatrimonial⁴⁵⁸ quando sua conduta for revestida de significativa reprovabilidade⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, p. 211.

⁴⁵⁵ *Op.cit.*, p. 46.

⁴⁵⁶ *Op.cit.*, p. 47.

⁴⁵⁷ *Op.cit.*, p. 136.

⁴⁵⁸ Cf. ROSENVALD, Nelson. *Ob. Cit.*, p. 229.

⁴⁵⁹ “Os *punitive damages* constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, p. 139).

Por configurar uma pena, este tipo de sanção não deve ser aplicado salvo mediante permissivo legal.⁴⁶⁰ Permissivo este que não existe no Brasil, o que impossibilita a adoção da teoria no país⁴⁶¹, em sua forma genuína.⁴⁶²

Apesar disso, tem-se observado cada vez mais vozes doutrinárias e jurisprudenciais defendendo e aplicando a teoria de uma forma própria ou adaptada, no que se convencionou chamar de *teoria do valor do desestímulo*. Referida teoria, tal como praticada em âmbito nacional, não impõe ao ofensor uma pena civil autônoma mas usa o grau de culpa do agressor, a gravidade da sua conduta, a sua capacidade econômica e até mesmo o benefício por ele auferido com a prática lesiva na fixação do valor da indenização do dano extrapatrimonial. Dessa forma, quanto mais reprovável a postura do ofensor, mais se exigirá dele, em termos pecuniários, para fazer frente às consequências nefastas dos seus atos.

Com efeito, a incorporação de variáveis relacionadas à postura do ofensor no processo de apuração da indenização não reflete com absoluta fidelidade a teoria dos *punitive damages*, como bem acentuado por Nelson Rosenvald:

“É preciso distinguir, (i) uma coisa é arbitrar-se a indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração - para a fixação do montante - a concreta posição da vítima, a espécie do prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); (ii) outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente - e exclusivamente - a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.”⁴⁶³

Para Anderson Schreiber, o que se vê no país é a aplicação anômala da teoria dos *punitive damages*, “na qual os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral”⁴⁶⁴. O autor confirma sua tese ao apontar que as cortes brasileiras têm chancelado o duplo caráter compensatório e dissuasório da reparação do dano moral, aplicando, na sua quantificação, critérios deliberadamente punitivos, visto que dos quatro critérios usualmente adotados, dois visam punir mais do que reparar: (i) gravidade do dano; (ii)

⁴⁶⁰ Nelson Rosenvald nota que atualmente impera o vazio legislativo quanto à pena civil e arremata, diante do fato da sanção punitiva constituir uma sanção de natureza e função penal - apesar de formalmente civil - que persegue finalidades de prevenção geral e especial: “Como atributo do princípio da legalidade, a noção de tipicidade assume um papel sistemático, no sentido de que a sanção privada de finalidade preventiva e repressiva, que comporta deveres de caráter geral endereçados à coletividade, deve ser prevista por uma regra, uma norma que consiga portar o máximo de especificidade.” (*Op.cit.*, p. 267-268).

⁴⁶¹ O art. 5º, XXXIX da Constituição Federal dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, **nem pena sem prévia cominação legal.**”

⁴⁶² Discordando dos doutrinadores que rechaçam a aplicação da pena civil em virtude da inexistência de lei autorizadora nesse sentido, Clayton Reis coloca que “o rigor do *nulla poena sine lege* não se aplica à pena privada, pois ela possui natureza civil ancorada em parâmetros informativos da própria responsabilidade civil, que são desvinculados da responsabilidade penal. A pena privada tem natureza e função penal, perseguindo finalidades de prevenção geral e especial, mas o instituto é formalmente civil. A noção de tipicidade, na esfera civil, deve assumir um papel sistemático” (*Op.cit.*, p 170).

⁴⁶³ As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil, p. 239.

⁴⁶⁴ *Op.cit.*, p. 211.

capacidade econômica da vítima; **(iii) grau de culpa do ofensor; e (iv) capacidade econômica do ofensor.**⁴⁶⁵

Antonio Jeová Santos endossa essa forma própria como o país vem lidando com o instituto. Embora defenda que a indenização por dano moral garanta o ressarcimento da vítima e, ao mesmo tempo, “sirva como sanção exemplar”⁴⁶⁶ de forma a evitar condutas lesivas do mesmo jaez, não propugna que seja estabelecido um valor apartado do *quantum* indenizatório, a título de sanção civil, como ocorre nos países da *common law*⁴⁶⁷. O que o doutrinador admite é que o valor da indenização considere não apenas os elementos relacionados ao dano mas também os elementos relacionados à conduta e à posição do ofensor, tais como: a) gravidade da falta; b) situação econômica do ofensor; c) benefícios obtidos ou almejados com o ilícito; d) posição de mercado o de maior poder do ofensor; e) caráter antissocial da conduta; f) finalidade dissuasória futura perseguida; g) atitude ulterior do ofensor, uma vez que a sua falta foi posta a descoberto; h) número e nível de empregados comprometidos na grave conduta reprovável; i) sentimentos feridos da vítima.⁴⁶⁸ Dessa forma, a indenização constituirá um poderoso obstáculo a que o ofensor contumaz continue repetindo práticas danosas, servirá para dismantelar e conjurar os benefícios da conduta dolosa e demonstrará às vítimas que a busca por seus direitos em juízo pode trazer resultados satisfatórios.⁴⁶⁹

Flávio Tartuce segue no mesmo sentido, destacando que há três correntes sobre a natureza jurídica da indenização por danos morais: a primeira, que defende o caráter exclusivamente reparatório da responsabilidade civil; a segunda que sustenta o caráter punitivo da indenização, com a possibilidade de fixação de uma indenização a mais em favor da vítima, além da indenização com fins compensatórios (é a teoria dos *punitive damages*) e a terceira, a qual ele se filia (e nós também), que advoga a existência, na indenização por dano moral, de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinador acessório, de sorte a estabelecer um “caráter misto na indenização imaterial.”⁴⁷⁰

De nossa parte, estamos com os doutrinadores que sustentam a possibilidade de se levar em conta, na fixação da indenização por dano moral, critérios que sirvam de desestímulo ao agressor e a potenciais ofensores, aumentando o valor da indenização a partir da observação da má conduta do autor do dano. Não uma pena civil autônoma (por falta de previsão legal), mas um valor complementar ao valor principal – este sim estabelecido com base no dano e na violação do direito da vítima. Por isso, preferimos nos referir à medida em apreço como *caráter punitivo da indenização* ao invés de *indenização punitiva* ou *punitive damages*.

⁴⁶⁵ *Op.cit.*, p. 212.

⁴⁶⁶ *Op.cit.*, p. 169.

⁴⁶⁷ “Não se pretende, como ocorre nos Estados Unidos, que seja arbitrada uma quantia a título de indenização, e outra, separada, como se fosse a pena civil.” (SANTOS, Antonio Jeová. *Ob. Cit.*, p. 169).

⁴⁶⁸ *Ob.cit.*, p. 168.

⁴⁶⁹ Sobre esse último aspecto, o doutrinador prossegue, referindo-se ao caráter punitivo da indenização: “Além de desestimular a praxe de continuar com o mesmo comportamento doloso e prejudicial, as vítimas confiarão em suas instituições e não deixarão de provocar o órgão jurisdicional por temor de que, após intenso desgaste emocional e econômico que uma demanda judicial sempre geram, venham a receber uma importância simbólica, amesquinhada, apequenada e que não servirá para nada compensar, enquanto vê o seu litigante prosperando à custa do mal que inflige a consumidores, dando ênfase ao fato de que a culpa lucrativa vale a pena” (*Op.cit.*, p. 221).

⁴⁷⁰ *Op.cit.*, p. 464-466.

Embora a lei brasileira não tenha uma norma geral dispendo sobre a utilização de critérios punitivos-dissuasórios na apuração do valor da indenização por dano moral, é possível buscar o fundamento para tanto na própria finalidade da reparação desta modalidade de dano. Para embasar essa alegação, trazemos o ensinamento de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, associando o termo “satisfação” – utilizado para definir a reparação por dano moral – a duas acepções distintas. Uma, como expressão correlata ao conceito de compensação, “porém mais adequada ao caso de dano extrapatrimonial, porque ausente, neste último, o princípio da equivalência entre o dano e a indenização e a possibilidade de *restitutio in integrum*.”⁴⁷¹ A outra, inspirada na doutrina desenvolvida no Direito alemão, tomando a satisfação em um sentido mais específico, “que busca assegurar à parte lesada uma sensação de justiça por meio de uma reação legal ao ilícito”⁴⁷², de sorte que a indenização não pode se restringir à extensão do dano, devendo levar em consideração também a gravidade do ato e a condição econômica das partes envolvidas. Ora, não há como a vítima do dano extrapatrimonial **irreversível** apaziguar a indignação ou revolta com a injustiça sofrida em decorrência de um ato altamente reprovável com uma indenização que não puna exemplarmente a conduta lesiva e não busque evitar a repetição de condutas congêneres. Via de consequência, temos para nós que é da própria natureza da indenização por dano moral o caráter punitivo-dissuasório.

Mas há outros fundamentos que podem ser agregados ao acima esposado.

Flávio Tartuce alicerça o caráter pedagógico da indenização por dano moral na função social da responsabilidade civil:

“Apesar da falta de previsão legal a respeito do caráter educativo ou de desestímulo, pensamos que a motivação está no princípio da socialidade, um dos regramentos do Código Civil de 2002, a gerar o reconhecimento da função social da responsabilidade civil.”⁴⁷³

Já André Gustavo Corrêa de Andrade encontra na Constituição Federal o embasamento para a pena civil (o qual, com maior razão, vale para a função punitiva-dissuasória da indenização por dano moral). Na visão do autor, o princípio da dignidade humana e os direitos de personalidade – ambos tutelados pela Carta Constitucional – devem ser resguardados por todos os ferramentais disponíveis, sendo a indenização punitiva um deles:

“Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos de personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. [...] Nesse contexto, a indenização punitiva constitui

⁴⁷¹ *Op.cit.*, p. 28, nota de rodapé.

⁴⁷² *Ibidem*, mesma página.

⁴⁷³ *Op.cit.* 467.

instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.”⁴⁷⁴

Sustenta, ainda, em prol da compatibilidade do critério punitivo-dissuasório com a Constituição, que a indenização punitiva é uma forma de praticar a isonomia já que permite que, diante de danos semelhantes, que atingem as vítimas na mesma intensidade, mas que tenham sido causados a partir de condutas absolutamente distintas em termos de reprovabilidade, seja aplicada uma medida mais gravosa para aquele que agiu mais gravemente.⁴⁷⁵

De toda forma, mesmo sendo defensável a aceitação tácita, do nosso ordenamento, à adoção de critérios punitivos-dissuasórios na apuração do dano extrapatrimonial, como demonstrado acima, é certo que com relação ao dano patrimonial o procedimento, embora igualmente útil e desejável, não seria possível pois afrontaria o disposto no art. 944, *caput*, do Código Civil, que determina que a indenização seja medida pela extensão do dano – o que só é aplicável ao dano patrimonial, cujo valor pode ser “medido” -, bloqueando o uso de critérios inovadores que não visam a gravidade e a extensão do dano mas, ao contrário, a gravidade e a reprovabilidade da conduta.⁴⁷⁶

5.1.1 INCIDÊNCIA DOS CRITÉRIOS PUNITIVOS-DISSUASÓRIOS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O fato de ser aceitável, senão desejável, imbuir a indenização por dano extrapatrimonial de um caráter punitivo-pedagógico-preventivo não significa que o valor da indenização será majorado em toda e qualquer hipótese de dano moral. Afinal, a análise das variáveis em apreço pode redundar na constatação de que a conduta/atividade não tem a censurabilidade ensejadora da punição-prevenção. É o caso, v.g, de um ofensor que tenha causado o dano de forma levemente culposa, tenha prontamente prestado à vítima todo o auxílio necessário para minimizar os seus efeitos e, além disso, goze de situação econômica modesta. Naturalmente que o dano por ele causado deve ser reparado, mas não necessariamente com valor majorado para fins punitivos e dissuasórios pois a conduta não é merecedora de punição.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ *Op.cit.*, p. 148.

⁴⁷⁵ “A imposição de sanções diferenciadas para casos de distinta reprovabilidade nada mais representa que uma particular aplicação do princípio constitucional da isonomia, que impõe não apenas tratar igualmente os iguais, mas também tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A imposição de indenizações idênticas para danos iguais, mas causados por condutas tão distanciadas em termos de reprovabilidade, constitui afronta ao princípio constitucional da igualdade e ao senso comum de justiça” (*Op.cit.*, p. 155).

⁴⁷⁶ Na teoria dos *punitive damages*, estão abarcados tanto os danos extrapatrimoniais como os danos patrimoniais.

⁴⁷⁷ O Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu o valor da indenização arbitrada pelo magistrado de primeira instância em caso de dano ambiental decorrente de poluição sonora por entender que o poluidor tomou providências eficazes para controle do dano. No acórdão restou consignado que o dano não poderia ser reparado *in natura* e que, por esta razão, deveria ser indenizado, por força do princípio da reparação integral e das funções punitivas e pedagógicas cada vez mais admitidas no campo da responsabilidade civil. Mas: “[...] o valor fixado deva ser mitigado, em primeiro lugar porque não houve por parte do juízo recorrido qualquer fundamentação para estabelecê-lo e, além disso, em razão da conduta da apelante, que tomou medidas para diminuir o dano, como a redução do número de dias em que

Por isso, os defensores da pena civil ou da função punitiva-dissuasória da responsabilidade civil são unânimes em afirmar que os critérios punitivos devem incidir somente diante do alto grau de reprovabilidade da conduta do ofensor, a exemplo do que se verifica na teoria dos *punitive damages*.

Para Clayton Reis, “a indenização por dano punitivo é aplicada quando a vítima sofre um dano que é produzido de maneira intencional, maliciosa, ou, ainda, como reflexo de uma conduta consciente de extrema negligência ou desprezo pelos seus direitos ou interesses.”⁴⁷⁸

Sérgio Cavalieri Filho professa que a indenização punitiva incide quando o comportamento do ofensor se revelar grave e altamente reprovável, “não apenas em função do elemento subjetivo (dolo, culpa grave, fraude, malícia) mas também em razão da reiteração da conduta ofensiva e desconsideração da vítima – indiferença com a saúde, segurança, dignidade, vulnerabilidade, vantagem financeira etc.”⁴⁷⁹

André Gustavo Corrêa de Andrade arremata que nem toda indenização por dano extrapatrimonial deve estar eivada da função punitiva haja vista que nem todos os comportamentos causadores de dano moral são passíveis de punição, “somente aqueles particularmente reprováveis.”⁴⁸⁰

Em igual caminho, Nelson Rosendal advoga pela incidência da pena civil em caso de comportamento doloso ou dotado de culpa grave⁴⁸¹, sendo que a não comprovação do elemento intencional do agente redundará em reparação meramente compensatória, jamais a pena civil. Afinal, não há justificativa para a inibição de condutas que, mesmo lesivas, pertencem à natureza humana e podem suceder até mesmo com pessoas diligentes.⁴⁸²

Como em nosso país a punição-prevenção não costuma ser aplicada na forma de uma pena civil mas sim mediante a consideração de critérios relacionados à conduta/atividade do ofensor no arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial,

se faz a descarga de mercadorias, a mudança do local onde ela ocorre e a colocação de placas para diminuir o ruído, a fim de mitigar os incômodos causados à vizinhança.” (TJSP – 2ª Câmara Reservada do Meio Ambiente, Apelação nº 0009953-61.2011.8.26.0047, Rel. Des. Souza Nery, j. 24.10.2013).

⁴⁷⁸ *Op.cit.*, p. 172.

⁴⁷⁹ *Op.cit.*, p. 138.

⁴⁸⁰ *Op.cit.*, p. 146. Completa o autor: “É possível, por exemplo, que o dano moral tenha sido causado sem culpa do agente, que, todavia responderia por estar inserido em situação de responsabilidade objetiva. Em uma tal situação não há que cogitar do caráter do caráter punitivo da indenização, que deve desempenhar apenas função compensatória. Do mesmo modo, no âmbito da responsabilidade subjetiva, não há razão para atribuir caráter punitivo à indenização, nos casos em que o dano moral foi causado por culpa simples do ofensor.” (com relação à incompatibilidade entre a função punitiva e a responsabilidade civil objetiva, o próprio autor desenvolve, adiante em seu texto, que os critérios punitivos podem ser utilizados se comprovada a culpa grave ou o dolo do ofensor).

⁴⁸¹ “Assim, não nos referimos a qualquer nível de culpa *lato sensu*, mas o comportamento doloso ou uma culpa grave que aquele se equipare, quando o agente atue contrariamente ao direito, mesmo tendo ciência da nocividade da conduta, ou, ao contrário, deixe de agir nas hipóteses em que o ordenamento demandava a sua atuação. Cuida-se do ato ilícito intencional e malicioso, deliberadamente praticado por quem tinha ciência de seu agir antijurídico e a predisposição ao desrespeito ao ordenamento jurídico. Alternativamente, equipara-se ao dolo do ofensor a culpa grave, grosseiramente irresponsável e indicativa de um aberto menoscabo do agente diante da situação jurídica da vítima. Em suma, desdém quanto ao compromisso social que deveria seguir, mas que ignora.” (*Op.cit.*, p. 80).

⁴⁸² *Op.cit.*, p. 81.

questiona-se se somente em caso de dolo ou culpa grave do autor do dano ou de conduta lesiva reiterada é que a indenização conterá tais elementos punitivos-dissuasórios.

Entendemos que sim. Para o arbitramento da indenização dispõe o juiz, em tese, de critérios pertinentes à vítima e à gravidade e extensão do dano, para lhe gerar uma satisfação, e outros critérios para punir o agente com a finalidade de desincentivá-lo a reincidir e dissuadir terceiros a incorrer na mesma prática. Os primeiros serão sempre utilizados. Já, para o uso dos segundos o magistrado terá antes que verificar se realmente é caso de punir o ofensor. Nessa esteira, se o agente, por exemplo, agir com culpa leve ou levíssima, a conduta/atividade não reclamará punição, somente reparação. Portanto, o valor da indenização será pautado somente pelos critérios compensatórios. Mesmo que o ofensor tenha uma situação econômica bastante confortável, não deverá o juiz elevar a indenização sob o argumento de que o valor compensatório é baixo e, sendo o autor do dano uma pessoa abastada, esse valor não lhe afetará. Neste caso, o valor realmente não precisa afetá-lo, apenas satisfazer a vítima.

Com relação ao momento de invocação dos critérios punitivos-preventivos no arbitramento da indenização, Clayton Reis observa que a jurisprudência tem seguido, na fixação do valor do dano moral, o critério bifásico⁴⁸³ e sugere que passe a sê-lo por um critério trifásico, tanto em caso de danos extrapatrimoniais individuais como coletivos.

No critério bifásico, tem-se um primeiro momento em que o valor da indenização é fixado a partir de precedentes semelhantes do mesmo Tribunal, e um segundo momento em que se avalia as circunstâncias e peculiaridades da situação concreta, que podem aumentar ou reduzir o valor paradigmático.

No critério trifásico proposto por Clayton Reis, o terceiro momento seria reservado para o juiz adicionar as majorações necessárias a atribuir à indenização o caráter punitivo-pedagógico-preventivo, caso constatado que o ofendido agiu com dolo ou culpa grave a ponto de merecer a indenização punitiva.

Antonio Jeová Santos se aproxima dessa proposta ao sugerir que seja adicionada uma terceira fase ao critério bifásico da indenização, para onerar o agressor se demonstrada a “culpa lucrativa”. Nesta fase o juiz apuraria a culpa lucrativa do empresário, que se verifica quando “a empresa sabe que seus produtos e serviços causam prejuízos, mas depois de realizar cálculo estatístico, verifica que o custo-benefício lhe é favorável se continuar em sua prática ilícita. Em seus diabólicos cálculos já estão previstos que os danos que deve pagar são infinitamente menores do que os ganhos que obterá, mesmo prosseguindo em sua faina ruínoza.”⁴⁸⁴. Observa-se, assim, que o autor propõe seja reservada a uma terceira etapa a tarefa de aumentar a indenização com fins punitivos-pedagógicos-preventivos.

⁴⁸³ Na Edição 125 da “Jurisprudência em Teses”, do STJ (publicação periódica que apresenta um conjunto de teses sobre determinada matéria, com os julgados mais recentes do Tribunal sobre a questão), dedicada ao tema da Responsabilidade civil – dano moral, tem-se a seguinte tese: “1) A fixação do valor devido à título de indenização por danos morais deve considerar o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.”

⁴⁸⁴ *Op.cit.*, p. 218.

A ideia de se ter uma terceira e específica etapa para aplicar os aumentos financeiros com escopo punitivo-dissuasório está embasada na necessidade de distinguir o que é compensação do que é punição para que esta última mostre para o autor do dano quanto lhe custou seu comportamento reprovável e, assim, seja ele alertado e estimulado a não mais agir dessa forma. Ao se misturar os critérios, sem indicar quanto da indenização corresponde à punição, enfraquece-se o propósito dissuasório da responsabilidade civil:

“Quando as funções compensatória e punitiva são prontamente dispostas na mesma fórmula de condenação, misturando os seus critérios de quantificação, é gerada uma insuficiente ou até mesmo imperceptível prevenção e punição de comportamentos lesivos. Explicamos: ao ofensor deve ficar claro que poderia ter arcado com indenização inferior caso sua conduta fosse distinta, estimulando-o a adotar medidas preventivas com relação a danos semelhantes futuros.

[...]

Desse modo, adotamos a ideia de que aferir a malícia ou grave negligência da conduta do ofensor às situações existenciais alheias faz parte de um último momento no arbitramento, somente após fixado o valor do dano moral na medida da extensão do dano Sofrido pela vítima *in casu*.”⁴⁸⁵

Não nos opomos à proposta acima exposta, por proporcionar maior clareza e transparência no uso dos critérios dosadores do *quantum* indenizatório, mas também não julgamos essencial a sua adoção, desde que a decisão judicial, no critério bifásico, deixe absolutamente explícitos todos os aspectos que fizeram a prática lesiva ser considerada reprovável e o valor da indenização ser elevado. Isso porque, de fato, de nada adiantaria agravar a indenização se o ofensor não pudesse ter a consciência de que foi sua conduta deplorável que gerou tal agravamento.

5.1.2 A VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA VÍTIMA

Um aspecto que costuma ser levantado para colocar em questionamento a indenização punitiva assim como os elementos punitivos-dissuasórios agregados à indenização é o fato de se adicionar um valor para a vítima além do dano que ela sofreu - o que, para alguns, é uma forma de enriquecimento sem causa e, portanto, afronta ao art. 884 do Código Civil⁴⁸⁶ - e de, paralelamente, servir de gatilho para demandas frívolas, movidas por vítimas que vêm na indenização uma forma “fácil” de amealhar recursos (a chamada indústria do dano moral).

No sistema norte-americano dos *punitive damages*, o problema do enriquecimento da vítima é solucionado mediante a destinação de parte do valor da indenização punitiva a terceiros que não a vítima. Como relata Nelson Rosenvald, a evolução do sistema legal americano dos *punitive damages* concretizou paulatinamente uma função social da pena

⁴⁸⁵ REIS, Clayton. *Op.cit.*, p. 224.

⁴⁸⁶ Art. 884, Código Civil: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

civil, “pela via de uma distribuição dos valores da condenação - parcialmente ao autor da demanda e parcialmente ao Estado ou a fundos específicos.”⁴⁸⁷

Essa solução, contudo, não tem como ser aplicada em nosso país considerando que não se impõe ao ofensor a obrigação de pagar dois montantes distintos, um a título de reparação, outro a título de punição. O valor da indenização é único, e mesmo que ele contenha valores incluídos a título punitivo-pedagógico, não há como fracioná-lo para estabelecer dois ou mais destinatários. Demais disso, faltam critérios legais para se definir um destinatário diverso para tal quantia (Estado? Fundos ambientais ou de direitos difusos? Instituições sem fins lucrativos?), e a divisão do montante entre a vítima e demais beneficiários.

Disso decorre que é a vítima que perceberá o valor adicionado à indenização com finalidade punitiva-pedagógica-preventiva. E há uma série de argumentos para justificar que assim o seja.

O primeiro deles é o de que existe, sim, uma causa para o aumento patrimonial da vítima, que é a decisão judicial que reconhece o dano por ela sofrido e que arbitra o valor da compensação combinando critérios relacionados ao dano e critérios relacionados ao causador do dano. Nesse sentido, Nelson Rosenvald rebate o argumento do enriquecimento sem causa da vítima justamente pelo fato da indenização ser estabelecida pelo juiz de direito pois, em seu sentir, “não se pode cogitar de locupletamento ilícito quando o montante destinado à vítima é proveniente de uma decisão judicial. Está é a justa causa de atribuição patrimonial.”⁴⁸⁸

Já Antonio Jeová Santos concorda que a indenização não pode gerar um benefício excessivo à vítima, a ponto de significar uma fonte de enriquecimento surgida da indenização. Entretanto, quando o ofensor lucra com o ilícito - caso de culpa lucrativa -, o valor da indenização há que ser aumentado, para que o ressarcimento seja compensatório e, ao mesmo tempo, exemplar, ainda que a vítima tenha que receber essa “diferença”:

“Entre o lucro de quem se propõe a danar massa enorme de consumidores e a fixação de um valor que leve a um pequeno enriquecimento da vítima, preferível este último método, para dissuadir o agente do ilícito a prosseguir em seu trabalho que resulta danoso, mas que acarreta grandes lucros a este último.”⁴⁸⁹

Adicionalmente a tais posicionamentos, há quem considere que é justo que a vítima receba o valor compensatório acrescido do valor punitivo, desde que este último não seja exorbitante, baseado no entendimento de que este valor constitui uma espécie de recompensa ao ofendido, que “agiu como porta-voz de um sentimento comum a uma coletividade de pessoas.”⁴⁹⁰ É certo que a vítima defende interesse próprio mas quando se chega a computar na indenização a vertente punitiva-preventiva, o efeito dissuasório aproveita a toda a coletividade e não apenas à vítima. Pôde-se dizer então que a

⁴⁸⁷ *Op.cit.*, p. 139.

⁴⁸⁸ *Op.cit.*, p. 251.

⁴⁸⁹ *Op.cit.*, p 222-223.

⁴⁹⁰ ROSENVALD, Nelson. *Ob.cit.*, p. 252.

demanda ajuizada pela vítima gera um benefício indireto a todos. Dessa forma, receber um valor a maior pode ser puro merecimento.⁴⁹¹

Por fim, muitos consideram sequer haver enriquecimento sem causa da vítima se o valor arbitrado, ainda que a partir de critérios punitivos, não for excessivo, desproporcional e desarrazoado. Essa visão está refletida em diversas decisões judiciais⁴⁹² que aceitam que a indenização tenha componentes punitivos-preventivos mas nunca em montante deveras elevado.⁴⁹³

No tocante à indenização por dano extrapatrimonial difuso, em que o recurso financeiro é depositado no fundo de defesa dos direitos difusos porque impossível (e desnecessário) determinar as vítimas, existe a mesma preocupação de não gerar o

⁴⁹¹ Nelson Rosenvald explica que ao levar ao tribunal o autor de um ilícito reprovável - digno de contenção e reprimenda – a vítima “consumiu o seu tempo, as suas energias, efetuou despesas processuais e com profissionais, quando muitas vezes os danos patrimoniais individuais eram de pequena monta ou de difícil comprovação, o que normalmente desestimularia muitos outros ofendidos a ingressar em uma demanda de resultados imprevisíveis. Tal como Robin Hood, reivindicou justiça em nome próprio e de outros muitos. O interesse do autor da demanda é o que concede efetividade à pena” (*Op.cit.*, p. 252). Apesar disso, o doutrinador não concorda com a destinação integral dos valores punitivos à vítima, propondo o fracionamento da condenação entre o agente e o Estado/órgãos públicos/entidades beneficentes (*Op.cit.*, p. 253).

⁴⁹² “PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE ATIVA. AFERIÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7-STJ. CIVIL. PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. MONTANTE RAZOÁVEL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2 - A indenização tem, além do escopo reparatório, a finalidade de desestimular o ofensor a repetir o ato. Entretanto, há de se pautar pela proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades da demanda e as partes envolvidas, evitando-se assim o enriquecimento ilícito.” (STJ – Quarta Turma, REsp 348388/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 07.10.2004). No mesmo sentido: STJ – Quarta Turma, REsp 401358/PB, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 05.03.2009).

⁴⁹³ “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TELEFONIA MÓVEL INSCRIÇÃO INDEVIDA NO ROL DE INADIMPLENTES. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA REALIZADA PELA RÉ DO NOME DA AUTORA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO DANO MORAL PRESUMIDO (IN RE IPSA) NATUREZA COMPENSATÓRIA E SANCIONATÓRIA (PUNITIVE DAMAGES) DA INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. EXISTÊNCIA. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA AUTORA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO GERA DANOS MORAIS. OFENSA À HONRA POR MACULAR O BOM NOME NO MERCADO. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO PARA O MONTANTE DE R\$ 10.000,00. DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE, OBSERVADAS AS PECULIARIDADES DA LIDE. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM SEDE RECURSAL. CABIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 85, § 11, DO CPC. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO E RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

Para o arbitramento do valor indenizatório é certo que devem ser considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de se atender as funções (i) reparatória e (ii) punitiva do instituto da responsabilidade civil. Ressalve-se, ainda, que não deve a indenização pelo dano moral representar procedimento de enriquecimento injustificado para aquele que se pretende indenizar, já que, dessa forma, haveria um desvirtuamento ilícito do ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, não pode transparecer iniquidade ao causador do dano.

[...]

Portanto, a reparação do dano moral não pode representar procedimento de enriquecimento para aquele que se pretende indenizar, já que, dessa forma, haveria um desvirtuamento ilícito e inconstitucional do ordenamento jurídico atinente à responsabilidade civil, e, por outro lado, se o valor indenizatório for insignificante não atingirá o fim de coibir a prática de conduta ilícita, como também deixará de atender os fins do instituto da responsabilidade civil.” (TJSP - 28ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1061356-77.2017.8.26.0100, Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, j. 27.02.2018)

enriquecimento sem causa.⁴⁹⁴ Mas é uma preocupação de menor intensidade, haja vista que a indenização por danos difusos é revertida a um fundo público – o FDDD – que é justamente um dos destinos sugeridos pelos doutrinadores que temem o enriquecimento ilícito, pois toda a sociedade acaba se beneficiando de tais valores, não apenas uma vítima individualizada.

Cumprе mencionar, por fim, que o valor indenizatório em caso de dano difuso costuma ficar em patamares mais altos, já de partida, pelo fato deste tipo de dano atingir um número indeterminável de pessoas, o que denota, de per si, a sua gravidade. Mas a elevação a esse título não pode ser confundida com enriquecimento sem causa pois a gravidade do dano e a extensão das vítimas sequer guardam relação com os critérios punitivos, estando atrelados, em verdade, aos critérios compensatórios (ligados ao dano, não ao ofensor).

5.2 INDENIZAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS EXTRAPATRIMONIAIS COM CARÁTER PUNITIVO

A teoria do valor do desestímulo ganha contornos altamente relevantes no Direito Ambiental, dado que, como anteriormente mencionado, todo dano ambiental tem efeitos extrapatrimoniais e grande parte dos danos ambientais extrapatrimoniais terá que ser reparada mediante indenização, se – e apenas se - demonstrada a inviabilidade da reparação *in natura*.

Annelise Monteiro Steigleder não concorda com a aplicação da indenização punitiva no âmbito da responsabilidade civil ambiental, sob o argumento de que o art. 225, §3º da Constituição Federal atribui à responsabilidade civil a função de promover a reparação do dano, ficando a função punitiva com o direito penal e com o direito administrativo sancionador.⁴⁹⁵ Para a autora, os critérios para o arbitramento do dano extrapatrimonial associado ao meio ambiente “não poderão sopesar as circunstâncias subjetivas individuais do poluidor, tais como a intensidade da culpa ou do dolo, os motivos da infração, suas condições econômicas e o lucro obtido”⁴⁹⁶ e sugere, como critérios norteadores do valor da indenização: intensidade do risco criado e a gravidade do dano para o ambiente natural e para a sociedade, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá, privando a comunidade da fruição dos atributos do meio ambiente ou do bem cultural, e avaliando se o dano é ou não reversível e o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado (p.ex., lesão à vegetação de uma área de preservação permanente é mais grave do que às demais formas de vegetação sem especial proteção, assim como dano a animais ameaçados de extinção é mais grave do que aos demais componentes da fauna).⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ Annelise Monteiro Steigleder defende que o valor da indenização seja proporcional ao dano e jamais ocasione o enriquecimento da vítima, acrescentando que essa lógica deve ser observada não apenas na fixação da indenização do dano moral individual mas também do difuso “ainda que a indenização seja revertida para o Fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85” (Ob.cit., p. 255).

⁴⁹⁵ *Op.cit.*, p. 253.

⁴⁹⁶ *Op.cit.*, p. 255.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, mesma página.

Álvaro Luiz Valery Mirra, pelo contrário, sustenta que mesmo não tendo a punição civil qualquer relação direta com o prejuízo, podendo acarretar inclusive uma condenação que ultrapasse as consequências prejudiciais do fato danoso, ela deve ser utilizada no Direito Ambiental em razão do seu efeito preventivo:

“[...] a imposição, na condenação, do pagamento de uma quantia em dinheiro ou de outra providência qualquer, a **título de valor de desestímulo**, ou a determinação, no contexto da reparação integral do dano ao meio ambiente, da restituição ao patrimônio público, pelo degradador, do proveito econômico por ele obtido com a atividade lesiva, são, reconhecidamente, medidas inseridas no âmbito estrito da tutela reparatória propriamente dita, para que a responsabilidade civil ambiental cumpra suas **funções acessórias, tradicionalmente aceitas, de dissuasão de comportamentos ilícitos e de prevenção particular e geral contra atentados a bens e direitos que importam à vida e à dignidade humanas**”⁴⁹⁸ (g.n)

Clayton Reis⁴⁹⁹ partilha do entendimento de que a indenização por danos extrapatrimoniais ambientais deve se revestir de uma faceta punitiva além da compensatória, com o fito de coibir condutas futuras semelhantes:

“Essa faceta pedagógica é necessária para que não seja financeiramente atrativo arcar com o dano, ou simplesmente assumir o risco. Evidente que as empresas tomam suas decisões com base em argumentos econômicos (custo-benefício), de modo que, muitas vezes, ‘deixam de investir em mecanismos de prevenção (e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados’, visando a elevar sua margem de lucros.”⁵⁰⁰

Com relação a aplicação do mecanismo punitivo-preventivo no Direito Ambiental, o autor lembra dos recentes casos mais célebres de dano ambiental (p.ex., o acidente com vazamento de substâncias tóxicas no Terminal Alemoa, em Santos/SP e o rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana/MG, ambos em 2015) que evidenciam condutas bastante censuráveis por parte das empresas, “que poderiam ter sido mais diligentes caso houvesse uma clara equação econômica que tornasse mais vantajoso o investimento na prevenção que assumir o risco da reparação.”⁵⁰¹

O STJ usualmente inclui critérios punitivos-preventivos na valoração do dano moral individual, assim como no dano moral coletivo (desde que em patamares não exorbitantes), como se extrai das decisões abaixo, em ações versando sobre dano ambiental e dano por intermédio do meio ambiente:

“ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (MATA CILIAR). DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. BIOMA DO CERRADO. ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E ART. 3º DA LEI 7.347/1985. PRINCÍPIOS DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL. REDUCTIO AD PRISTINUM STATUM. FUNÇÃO DE PREVENÇÃO ESPECIAL E GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (RESTAURAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO).

⁴⁹⁸ O efeito punitivo da responsabilidade civil ambiental.

⁴⁹⁹ *Op.cit.*, p. 300.

⁵⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 34.

⁵⁰¹ *Op.cit.*, p. 316.

POSSIBILIDADE. DANO AMBIENTAL REMANESCENTE OU REFLEXO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA.

[...]

Logo, a responsabilidade civil, se realmente aspira a adequadamente confrontar a natureza expansiva e difusa do dano ambiental, deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo. Não cabe descuidar que, além de sua função estritamente reparatória, a responsabilização civil do degradador visa a responder, de maneira direta e eficaz, à sua conduta, **evitando que nela reincida ou agrave o dano já causado (= prevenção especial), e, simultaneamente, a desestimular comportamentos assemelhados de terceiros (= prevenção geral).**

[...]

Numa palavra, sai-se do paradigma do dano causado para o paradigma do ilícito causado”⁵⁰² (g.n)

“ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO. RECURSOS HÍDRICOS. LANÇAMENTO DE EFLUENTES INDUSTRIAIS, SEM TRATAMENTO, NO CURSO D'ÁGUA E NO SOLO. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO IN INTEGRUM. ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 E ART. 3º DA LEI 7.347/1985. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA DA NORMA AMBIENTAL.

1. Os autos cuidam de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo lançamento de efluentes industriais, sem tratamento, em curso d'água e no solo. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou provado o dano ambiental; porém julgou improcedente o pedido indenizatório pelo dano ecológico pretérito e residual.

2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/1985 e da Lei 6.938/1981, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar. 3. Adotado pelo Direito Ambiental brasileiro (arts. 4º, inciso VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981), o princípio da reparação in integrum deságua na exigência da compreensão a mais ampla possível da responsabilidade civil, possibilitando a cumulação do dever de recuperar o bem atingido ao seu estado natural anterior (= prestação in natura) com o dever de indenizar prejuízos, inclusive o moral coletivo (= prestação pecuniária), mesmo que por estimativa. **Reparação integral também pressupõe observar com atenção a função punitiva e inibitória da responsabilidade civil, de modo a afastar perigosa impressão, real ou imaginária, de que a degradação ambiental compensa, social e financeiramente.** 4. Recurso Especial parcialmente provido.”⁵⁰³ (g.n)

“RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar

⁵⁰² STJ – Segunda Turma, REsp 1.145.083/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.09.2011.

⁵⁰³ STJ – Segunda Turma, REsp 1.661.859/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03.10.2017.

sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) **na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa**, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, **ao porte da empresa**, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, **de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.**

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento.”⁵⁰⁴ (g.n)

O mesmo se observa em outros tribunais:

“ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMÓVEL SITUADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. REGRA AMBIENTAIS NÃO OBSERVADAS. DEMOLIÇÃO. FATO CONSUMADO AFASTADO. PRECEDENTES. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

[...]

7. Comprovado nos autos que o Município de Arraial do Cabo aprovou um projeto residencial em Área de Preservação Permanente, contrariando a legislação ambiental, e comprovado o dano ambiental pela construção em área de restinga, como fixadora de dunas, devem ser responsabilizados os réus com a determinação de demolição do imóvel, e a recuperação da área degradada, além de fixação de indenização a ser paga ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos pelos danos causados ao meio ambiente, com fundamento no art. 225, § 3º da CRFB/88, art. 2º, "f" da Lei 4771/65 e art. 18 c/c art. 14, § 1º, ambos da Lei 6.938/81, vigentes à época.

8. Para a fixação do quantum indenizatório, devem ser observados os princípios do poluidor pagador e da razoabilidade, **o que significa que a fixação da quantia, além de ressarcir o dano, deva ter caráter punitivo, pedagógico e preventivo.** Assim, o valor encontra-se dentro de parâmetros indicados pela sentença, considerando a gravidade do dano ambiental e **o longo período de desrespeito às regras de proteção ao meio ambiente, pois mesmo após ter sido negada a segurança no Mandado de Segurança nº 99.02.07681-5, o Réu continuou a degradar o meio ambiente com a concordância do Poder Público Municipal, sob pena de frustrar o caráter pedagógico-punitivo da sanção e incentivar a impunidade**”⁵⁰⁵ (g.n).

“AÇÃO INDENIZATÓRIA - ILEGITIMIDADE ATIVA - BARRAGEM DE FUNDÃO - ROMPIMENTO - ATIVIDADE PESQUEIRA - COMPROMETIMENTO - ILÍCITO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - MONTANTE INDENIZATÓRIO - FEIÇÃO ABUSIVA - AUSÊNCIA - JUROS DE MORA - MARCO INICIAL

A pessoa que prova o exercício da atividade de pesca profissional para a qual estava devidamente habilitada e nesta condição foi atingida pelo desastre ambiental decorrente do rompimento da barragem de Fundão que, dentre outras consequências, comprometeu as águas do Rio Doce, é parte legítima para reivindicar tutela de danos morais. A caracterização do ilícito, porque constatada no cenário litigioso, impõe para a mineradora a obrigação de responder pelo pagamento da correspondente indenização. **Inexistindo parâmetros objetivos para a fixação do montante indenizatório em**

⁵⁰⁴ STJ – Segunda Seção, REsp 1.374.284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.08.2014.

⁵⁰⁵ TRF-2ª Região – Sexta Turma, Apelação 0000268-59.2003.4.02.5108, Rel. Des. Poul Erik Dyrland, j. 04.03.2020.

situações tais, deve o julgador observar a razoabilidade e a proporcionalidade, atentando para o seu caráter punitivo-educativo, e também amenizador do infortúnio causado. Faltando ao montante arbitrado feição exorbitante, não há campo para redução. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios incidentes sobre a indenização moral contam-se do evento danoso.”⁵⁰⁶ (g.n)

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS E LUCROS CESSANTES. LANÇAMENTO DE DEJETOS DE SUÍNO EM RIACHO QUE ABASTECE OS AÇUDES DE PROPRIEDADE DO AUTOR. MORTANDADE DE PEIXES. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DAS PARTES TÃO SOMENTE QUANTO À VALORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. DIREITO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ARTIGO 14, §1º DA LEI 6.938/1981. VALOR INDENIZATÓRIO INADEQUADO. NECESSÁRIA MAJORAÇÃO DO IMPORTE DE R\$4.000,00 (QUATRO MIL REAIS) PARA R\$8.000,00 (OITO MIL REAIS) EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE OBSERVADO O CARÁTER PUNITIVO E PEDAGÓGICO DA MEDIDA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DOS RÉUS CONHECIDO E DESPROVIDO.

‘O valor da indenização por dano moral deve ser graduado de forma a coibir a reincidência do causador da ofensa dano e, ao mesmo tempo, inibir o enriquecimento do lesado, devendo-se aparelhar seus efeitos dentro de um caráter demarcadamente pedagógico, para que cumpra a indenização as funções que lhe são atribuídas pela doutrina e pela jurisprudência. De outro lado, impõem-se consideradas as circunstâncias do caso concreto, levando em conta, no arbitramento do quantum correspondente, a gravidade do dano, a situação econômica do ofensor e as condições do lesado’ (TJSC, Apelação Cível n. 2015.017783-3, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 16-4-2015)”⁵⁰⁷ (g.n)

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO AMBIENTAL. EXTRAÇÃO MINERAL PARA BENEFICIAMENTO DE TIJOLOS. FATO INCONTESTE. DANO AMBIENTAL. ART. 225, DA CF. ART. 250, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. ART. 14, CAPUT E §1º, DA LEI N.º 6.938/81.

[...]

- Mérito

A extração de argila para o beneficiamento de tijolos por longos anos sem a devida licença-prévia do órgão ambiental é fato causador de danos ambientais, tendo em vista as regras constitucionais federal e estadual, regulamentadas pela legislação infraconstitucional. Aplicabilidade do art. 225 da CF; 250 da Constituição Estadual do RS; e da norma que estipula a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/81). No caso dos autos, não há dúvida de que tivesse ocorrido a extração de minerais do solo para o beneficiamento de tijolos sem a devida autorização ambiental necessária, causando danos ambientais a exigir plano de recuperação da área degradada, bem como a imposição de compensação ambiental que observou os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ausente demonstração de que o demandado não tivesse condições financeiras de suportar o provimento condenatório de reparação pelos danos ambientais causados, razão porque

⁵⁰⁶ TJMG – 12ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0011.16.001578-7/001, Rel. Des. JD. Convocado Octávio de Almeida Neves, j. 03.07.2019.

⁵⁰⁷ TJSC – Câmara Especial Regional de Chapecó, Apelação 2010.008115-9, Rel. Des. Marcelo Elias Naschenweng, j. 25.04.2016.

deve ser mantido o montante arbitrado de forma fundamentada pelo juízo, **levando-se em consideração, ainda, a função pedagógica e punitiva da condenação.**⁵⁰⁸ (g.n)

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOVACAP. EXTRAÇÃO DE CASCALHO LATERÍTICO. RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL AMBIENTAL. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. ASTREINTES.

1. Na seara do direito ambiental, a reparação do dano prevalece em detrimento da compensação, dada a relevância do bem jurídico protegido. Assim, se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao status quo ante, não há falar, ordinariamente, em indenização. Somente na fase de cumprimento da sentença, far-se-á possível avaliar a real situação da área a fim de se impor compensação pecuniária pelos danos insuscetíveis de recomposição in natura.

2. **O dano moral ambiental possui dupla função: reparabilidade e exemplaridade. Sanciona o ofensor, desestimulando novas lesões e compensa os efeitos negativos decorrentes do desrespeito ao meio ambiente.** A fixação do quantum devido deve-se conformar com os parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a atender o caráter punitivo e pedagógico da medida sem servir de enriquecimento ilícito. Valor fixado na sentença cuja redução se impõe. [...]”⁵⁰⁹ (g.n)

O custo da prevenção de danos ambientais pode ser alto e deve ele ser integralmente suportado pelo empreendedor, por força do princípio do poluidor-pagador⁵¹⁰. Por conta disso, não é raro que empreendedores menos comprometidos com a responsabilidade social empresarial invistam recursos modestos e aquém do necessário nos procedimentos e tecnologias preventivas, assumindo riscos calculados. É exatamente esse tipo de postura que se busca evitar com a inclusão de critérios punitivos-pedagógicos-dissuasórios na indenização por dano extrapatrimonial ambiental. Empreendedores não devem assumir riscos que lhes representem um custo financeiro administrável mas coloquem a coletividade sob um risco intolerável. Ou seja: assumir riscos ambientais não pode ser mais vantajoso para a empresa do que aplicar recursos nas medidas destinadas ao cumprimento da legislação de proteção do meio ambiente e na adequada gestão ambiental da obra ou atividade. Nesse sentido, a possibilidade de imposição de uma indenização majorada para empreendedores que deliberadamente optaram por economizar investimentos, mesmo sabendo dos malefícios que poderiam decorrer dessa economia, tanto para o meio ambiente como para a coletividade, é uma forma de tornar mais vantajosa a eliminação do risco do que a sua assunção. Logo, é uma maneira de demover os gestores de empreendimentos potencialmente poluidores de adotarem comportamentos arriscados e/ou lesivos.

O mesmo se aplica aos empreendedores que conscientemente descumprem a legislação ambiental, seja por acreditarem que a ilegalidade não será descoberta e punida, seja por

⁵⁰⁸ TJRS – Segunda Câmara Cível, Apelação 0419654-10.2014.8.21.7000, Rel. Des. Marilene Bonzanini, j.27.11.2014.

⁵⁰⁹ TJDF – Sétima Turma Cível, Apelação 0000221-98.2016.8.07.0018, Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira, j. 25.01.2017.

⁵¹⁰ Cf. BECHARA, Erika. Princípio do poluidor pagador. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/334/edicao-1/principio-do-poluidor-pagador>

estarem dispostos a arcar com o ônus da punição e da indenização, porque menos prejudiciais aos seus interesses do que o efetivo cumprimento da lei.

Demais disso, a aplicação da teoria do valor do desestímulo se mostra particularmente necessária à responsabilidade civil ambiental por conta da extrema gravidade e extensão do dano ao meio ambiente. A lesão ambiental atinge a coletividade como um todo e, não raras vezes, dezenas ou centenas de pessoas individualmente consideradas, vítimas do mesmo evento (as tragédias de Mariana/MG, em 2015, e de Brumadinho/MG, em 2019, ambas decorrentes do rompimento de barragens de rejeitos de mineração, são tristes exemplos). Para agravar a situação, a reparação *in natura* pode ser impossível (como no caso de extinção de uma espécie ou de destruição de um bem material de valor histórico-cultural) ou, quando possível, pode levar anos, o que impõe à coletividade um longo período de convivência com os efeitos do dano. Isso tudo não bastasse, pode vir a produzir no futuro efeitos maléficos hoje desconhecidos ou sequer imaginados.

À vista dessas características particulares do dano ambiental, a sua prevenção é mais do que essencial, é imprescindível. E se a atribuição de caráter punitivo à indenização ambiental é uma das formas de contribuir para a prevenção, esse expediente não pode ser refutado.

5.2.1 A REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO POLUIDOR E A INDENIZAÇÃO COM CARÁTER PUNITIVO

Aplica-se ao dano extrapatrimonial ambiental a mesma orientação sobre o cabimento da indenização com caráter punitivo em casos de danos morais individuais: esta deve incidir apenas quando a postura do poluidor se revestir de razoável reprovabilidade, não só com relação à culpa e ao dolo, mas também à reiteração da conduta ameaçadora ou lesiva (em caso de repetição do comportamento, é possível presumir ao menos a culpa grave)⁵¹¹. Nesse sentido, o STJ já reconheceu que a indenização por dano ambiental pode conter elementos punitivos-preventivos, desde que caracterizada a atitude antiecológica, indesculpável e exigente de tal repreensão:

“No mais, é bem verdade ser necessária a reparação integral do dano e, adicionalmente, impor-se ao seu causador sanção pecuniária (indenização). No entanto, **a sanção pecuniária deve ser aplicada somente nas situações em que reste caracterizada a atitude antiecológica, indesculpável e exigente de tal repreensão, o que não ocorre no caso presente**, conforme a egrégia Corte de origem deixou assentado. Dessa forma, considerando as circunstâncias objetivadas nos autos, a reparação do dano, é, por si só,

⁵¹¹ André Gustavo Corrêa de Andrade acertadamente coloca que “a maior gravidade da culpa pode decorrer da reiteração da conduta do agente ou da circunstância de constituir um padrão de conduta negligente. Assim, embora o ato lesivo, isoladamente considerado, pudesse ser configurador de culpa leve, deve ser tido como caracterizador de culpa grave, por estar inserido em um padrão de comportamento culposo do agente. É o caso de empresas que não se preocupam em aperfeiçoar seus produtos e serviços, a despeito da reiteração dos danos causados aos consumidores em decorrência de defeitos apresentados por esses produtos ou na prestação desses serviços.” (Ob.cit., p. 151).

suficiente para atender ao imperativo legal de preservação do meio ambiente.”⁵¹² (g.n)

No entanto, a responsabilidade civil ambiental é objetiva, razão pela qual nas ações coletivas voltadas à reparação de danos ambientais não se investiga culpa e dolo do poluidor. Como viabilizar, então, a adoção de critérios punitivos-dissuasórios na fixação da indenização por dano extrapatrimonial ambiental?

É fato que muitos autores rejeitam a aplicação da teoria do valor do desestímulo à responsabilidade civil objetiva, justamente porque esta depende da demonstração da culpa grave ou dolo do agente, sendo que nas ações de reparação de danos baseadas na responsabilidade civil objetiva costuma-se passar ao largo desta investigação, uma vez que isso pode incluir elementos novos na ação e atrasar sobremaneira o seu andamento.

Em comentário ao sistema dos *punitives damages*, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler lecionam que em virtude desta teoria implicar a imposição de uma pena, com fulcro na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, só é possível aplicá-la aos casos de responsabilidade subjetiva, sob pena de incontornável contradição:

“Se o que é avaliado (para fixar o montante da indenização) é a maior ou menor **gravidade da conduta** do autor o dano e o maior ou menor grau de **reprovação ético-jurídica à conduta**, como fazê-la incidir às hipóteses de imputação objetiva, para a qual o exame da **conduta do agente** é despiçando (examinando-se tão só a ilicitude, o dano, a imputabilidade e o nexo causal)?”⁵¹³

Acrescentam, porém, que a mesma premissa não precisa ser observada quando se trata de simples arbitramento da indenização por dano moral com a incorporação de critérios axiológicos com função punitiva-dissuasória (como fazem os tribunais brasileiros) pois este não redundaria na aplicação de uma pena civil. Aqui tem-se um universo mais amplo, que abarca os regimes de responsabilidade “resultantes de quaisquer dos critérios de imputação (subjetiva ou objetiva, seja esta pelo risco, pela segurança, pela confiança etc.).”⁵¹⁴

Ao que parece, as autoras entendem que, fora da doutrina dos *punitive damages* (pena civil), no campo da responsabilidade objetiva, outros critérios podem ser invocados para se apurar a reprovabilidade da conduta do ofensor, não se fazendo necessária a demonstração cabal do dolo ou culpa grave.

Já Sérgio Cavalieri Filho tem uma visão distinta e particular sobre esse ponto. Na sua visão, além de caber a função punitiva-dissuasória da indenização em caso de dolo ou culpa grave ou de reiteração da conduta lesiva, ela deve ser aplicada também “em razão da gravidade e extensão dos danos ofensivos de interesses coletivos, difusos, sociais, ambientais e outros mais.”⁵¹⁵ Em casos tais - e somente neles, não se estendendo o presente raciocínio aos danos morais individuais -, a indenização com caráter punitivo

⁵¹² STJ – Primeira Turma, AgInt no REsp 1.483.422/CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24.04.2018.

⁵¹³ *Op.cit.*, p. 23-24.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁵¹⁵ *Op.cit.*, p. 138.

tem por fundamento a gravidade do dano e não a culpa do ofensor⁵¹⁶. Logo, a valoração da indenização pode conter elementos punitivos-preventivos ainda que não se prove o dolo ou a culpa do poluidor.

Nessa mesma linha de raciocínio, Daniel de Andrade Levy julga dispensável a comprovação da culpa grave e do dolo em caso de danos coletivos de excepcional gravidade, o que torna possível a função punitiva-preventiva da responsabilidade civil em sede de responsabilidade objetiva. Fundamenta o autor que “exigir da vítima a demonstração do elemento subjetivo seria impor-lhe pena maior do que a que já sofrera com o dano, inclusive porque são condutas, em sua maioria, que estão no limiar da ilegalidade, dificultando ainda mais a prova da culpa ou do dolo.”⁵¹⁷

O ponto de vista dos autores é absolutamente compreensível, justificável e sedutor. Contudo, não estamos convencidos de que basta a gravidade do dano difuso ou coletivo para que a indenização contenha critérios punitivos-dissuasórios pois isso atenta contra o próprio fundamento da função preventiva da responsabilidade civil. A gravidade do dano difuso, mais precisamente do dano ambiental, deve, com certeza, ser refletida no arbitramento do valor compensatório, que não leva em conta a conduta ou atividade do ofensor, mas sim os prejuízos sofridos pelos titulares do direito violado. Logo, mesmo que não seja possível refletir nesta indenização, com absoluta fidelidade, a perda sofrida pela coletividade, é possível dosar o valor compensatório a partir da dimensão, duração e intensidade da lesão, a ponto de estabelecer uma indenização mais elevada para os danos de maior gravidade.

Daí porque se faz relevante que nas ações civis públicas ambientais de reparação de danos ambientais extrapatrimoniais se busque averiguar o dolo ou a culpa do poluidor e também verificar se a assunção de riscos evitáveis faz parte do *modus operandi* da empresa. Mas, que fique bem claro: não com o propósito de garantir a responsabilização civil do ofensor porque esta já está garantida pela responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa para gerar o dever da reparação. A finalidade de se perscrutar o dolo ou a culpa do poluidor ou a repetição de conduta temerária é apenas a de verificar se é cabível a aplicação de critérios punitivos-preventivos além dos compensatórios ou, em outras palavras, se há elementos que justificam o aumento do valor da indenização como forma de agravar a obrigação pecuniária.

É nesse sentido que André Gustavo Corrêa de Andrade sustenta que não incide a sanção civil sobre ato lesivo cuja reparação decorra da responsabilidade objetiva, salvo se o ofensor, comprovadamente, tiver atuado com culpa ou dolo, motivo pelo qual “nada impede que, em processo no qual se esteja a cuidar de caso de responsabilidade civil objetiva, a parte autora produza prova acerca do dolo ou da culpa do réu na produção do evento.”⁵¹⁸

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 140.

⁵¹⁷ Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas, p. 117. O autor também entende dispensável a comprovação da culpa e do dolo em caso de microlesões (série de condutas ilícitas individuais brandas) e ilícitos lucrativos.

⁵¹⁸ *Op.cit.*, p. 165. O autor cita exemplos de responsabilidade objetiva prevista em lei (responsabilidade do fornecedor pelos acidentes de consumo, responsabilidade por fato de terceiro, responsabilidade do empregador por atos do empregado, responsabilidade pelo fato das coisas ou dos animais e

Contudo, pelo fato de não ser o propósito da ação coletiva ambiental a investigação e comprovação da culpa e do dolo do poluidor, admite-se que o juiz, em seu bom senso de justiça e capacidade de análise crítica e sempre de forma fundamentada, os presuma a partir dos fatos e elementos constantes do processo, de forma a dispensar a prova cabal do elemento subjetivo do ofensor para fins de elevação da indenização com fins punitivos-pedagógicos.

Em consequência, se na ação coletiva ambiental não se demonstrar a culpa ou dolo do poluidor ou a reiteração da prática lesiva (ou se não houver elementos fortes para presumi-las), isso não impedirá a procedência do pedido de reparação do dano ambiental extrapatrimonial, se demonstrado o nexo causal entre a atividade e o dano ambiental. Contudo, impedirá que o valor da indenização correspondente seja fixado com base em critérios punitivos-pedagógicos, que têm como ponto de partida a reprovabilidade da conduta, ficando ele restrito aos critérios compensatórios.

Trata-se, como se vê, de um aspecto controverso da indenização com caráter punitivo no âmbito da responsabilidade civil objetiva mas, cremos, é preciso enfrentá-lo com destemor para que a função preventiva da responsabilidade civil seja observada no Direito Ambiental sem que seja, contudo, aplicada indistintamente a todo e qualquer caso de dano ambiental extrapatrimonial.

5.2.2 A CAPACIDADE ECONÔMICA DO POLUIDOR

Sendo o caso de se dosar a indenização ambiental com critérios punitivos-preventivos, além da gravidade e/ou reiteração da conduta, o magistrado avaliará a capacidade econômica do poluidor.

Quando se fala em reparação *in natura*, a capacidade econômica do ofensor não se mostra relevante. Ou seja, não se determinará reparação maior do que o dano porque o agente goza de excelente situação financeira, nem se aceitará reparação pela metade porque sua situação financeira está altamente prejudicada. A reparação integral exige que todo o dano reparável *in natura* seja efetivamente reparado. Por isso, corroboramos Edis Milaré que diz que “o esforço reparatório pode ser superior à capacidade financeira do degradador.”⁵¹⁹

Todavia, quando se trata de indenização por dano extrapatrimonial, em que não há um critério objetivo para determinar o montante compensatório, são as diversas variáveis consideradas pelo magistrado que compõem o valor da indenização, para mais ou para menos. A capacidade econômica é uma variável relevante pois grandes conglomerados deverão pagar valores mais significativos pelos atos reprováveis praticados pois só assim haverá o necessário desestímulo à repetição da conduta, ao passo que organizações com baixa capacidade financeira não sofrerão a mesma majoração da indenização com base neste quesito (embora devam sofrê-la com base nos demais).

responsabilidade civil do Estado) e, para todos eles, confirma que se demonstrada a culpa grave ou o dolo do agente, a indenização poderá ter fins punitivos.

⁵¹⁹ *Direito do Ambiente*, p. 435.

Há que ser assim, pois indenização que não gere desconforto para o poluidor não cumprirá o efeito dissuasivo pretendido. Pelo contrário, mostrará a ele a vantagem da prática lesiva e dará aos potenciais poluidores coragem e segurança para que se arrisquem (e nos arrisquem) da mesma forma.

6. CONCLUSÃO

A responsabilidade civil tem como função precípua reparar os danos causados às vítimas, sejam eles patrimoniais, sejam eles morais. E para que a vítima fique indene, a reparação deve ser integral, portanto, proporcional ao agravo.

Contudo, há ofensores que agem de forma tão deliberadamente desdenhosa e lesiva e, por vezes, reiterada, que se faz necessário invocar uma segunda função da responsabilidade civil para contê-los. Trata-se da função (acessória) punitiva-dissuasória, que se perfaz mediante a incorporação, no valor da indenização, de critérios relacionados à reprovabilidade da conduta do autor do dano, que resultam na majoração do *quantum* indenizatório a ponto de incomodá-lo e desestimulá-lo, como também a terceiros, a incorrer novamente na mesma prática.

A utilização de elementos indicadores da censurabilidade da conduta do ofensor no arbitramento do valor do dano, é inspirada na teoria dos *punitives damages*, de largo uso no direito norte-americano, mas com ela não se confunde, dado que esta preconiza a aplicação de uma pena civil ao autor do dano, que não tem qualquer caráter compensatório, mas tão somente punitivo. Inclusive, o valor fixado é apartado do valor da indenização e não é ele necessariamente destinado à vítima, mas eventualmente ao Estado ou a fundos públicos.

No Brasil, adota-se a teoria do valor do desestímulo apenas para a fixação da indenização por danos extrapatrimoniais. Embora fosse útil e desejável que a teoria se estendesse também aos danos patrimoniais, não seria possível fazê-lo pelo fato do art. 944, caput, do Código Civil dispor que a indenização (do dano patrimonial) deve ser proporcional ao dano, o que rechaça a adoção de critérios punitivos, justamente por não estarem relacionados ao dano, mas à conduta do ofensor.

Quanto aos danos ambientais, é pacífico que devem ser reparados *in natura*, com a restauração ou recuperação do ambiente lesado. Somente diante da impossibilidade da reparação *in natura* poderão ser reparados em pecúnia (indenização).

Como o dano ambiental sempre contém o efeito extrapatrimonial, em caso de indenização será possível utilizar os critérios punitivos-pedagógicos-preventivos, além dos compensatórios, para atingir um valor que efetivamente estimule os potenciais poluidores e se cercarem de todos os cuidados para evitar danos ambientais. E os impeça de assumir procedimentos e posturas de riscos evitáveis. Dessa forma, a responsabilidade civil ambiental cumprirá uma valiosa e necessária função preventiva, para além da tradicional e consolidada função compensatória.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36, p. 135-168, 2006.

BECHARA, Erika. *Licenciamento ambiental e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitives damages e o direito brasileiro). *Revista CEJ*. Brasília, n.28, p. 15-32, jan./mar.2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Rafael Munhoz de. O regime jurídico das sanções administrativas. *Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná*. Curitiba, n. 4, p. 149-171, ago./dez. 2009.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____; O efeito punitivo da responsabilidade civil ambiental. *Consultor Jurídico*, 23.06.2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-23/ambiente-juridico-efeito-punitivo-responsabilidade-civil-ambiental>>. Acesso em 15 dez. 2020.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHEREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Danny Monteiro da. *Dano ambiental e sua reparação*. Curitiba: Juruá, 2006.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.