

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO DE DIREITO AGROAMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

Camilla Balbinot

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

Cuiabá - MT
2016

CAMILLA BALBINOT

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Especialização em Direito Agroambiental e Sustentabilidade da Universidade Federal de Mato Grosso, como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientador: Prof: Marcelo Theodoro

Cuiabá - MT
2016

Camilla Balbinot

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Especialização EM Direito Agroambiental e Sustentabilidade da Universidade Federal de Mato Grosso, como requisito parcial à conclusão do curso.

Banca Examinadora:

Profª Examinador: Juliana Rose Ishikawa da Silva Campos

Prof.Examinador Orientador: Prof: Marcelo Theodoro

Cuiabá – MT
2016

Dedico este trabalho aos que de alguma forma me dão forças nesta jornada.

AGRADECIMENTOS

A Deus por permitir a conclusão deste curso.

A esta Universidade e seu corpo docente que foram essenciais para a minha formação Acadêmica.

Ao meu orientador Marcelo, pelo suporte e apoio no pouco tempo que lhe coube.

A minha família, pelo amor incondicional.

“Todas as vitórias ocultam uma abdicação”.

(Simone de Beauvoir)

RESUMO

A presente monografia busca fazer uma análise quanto ao instituto da Ação Civil Pública Ambiental detalhando aspectos relevantes à temática. O objetivo da pesquisa foi investigar se a Ação Civil Pública em seus aspectos principais, devido a importância deste instituto para a obtenção da proteção ambiental.

Com base na premissa constitucional de que “todos possuem direito fundamental a um ambiente sadio e equilibrado” e também a obrigação de proteção para as presentes e futuras gerações. A Ação Civil Pública vem como meio de proteção ambiental em face de uma agressão presente ou iminente.

Também trará uma análise quanto ao controle judicial de políticas públicas, diante da omissão do Poder Executivo, questionando a possível interferência nos Poderes, e conseqüentemente a violação do princípio da separação dos poderes.

A partir deste tema foram trazidas as tendências decisórias presentes em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal e outros. Neste sentido, as conclusões referentes ao tema poderão contribuir para um debate referente à evolução do Direito Ambiental, diante da ampliação dos institutos que garantam a proteção, inclusive com a possibilidade de intervenção do Judiciário em questões que antes eram tratadas como exclusivas do Poder Executivo.

O estudo em tela tem como base o método dedutivo, no qual buscou conceitos jurídicos e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Ação Civil Pública; Meio Ambiente, Políticas Públicas.

ABSTRACT

This monograph aims to make an analysis as to the Institute of Public Environmental Civil Action detailing aspects relevant to the theme. The objective of the research was to investigate whether public civil action in its main aspects, due the importance of this institution to obtain environmental protection.

Based on the constitutional premise that "everyone has the fundamental right to a healthy and balanced environment" as well as protection requirements for present and future generations. The public civil action comes as a means of environmental protection in the face of a present or imminent aggression.

It will also bring an analysis as to the judicial control of public policies, given the failure of the executive branch, questioning the possible interference in the powers, and therefore the violation of the principle of separation of powers.

From this theme were brought the present decision-making trends in judgments of the Supreme Court, Supreme Court and others. In this sense, the conclusions on the topic could contribute to a debate on the progress of environmental law, given the expansion of institutions to ensure the protection, including the possibility of judicial intervention in matters that were previously treated as exclusive Executive.

The study on the screen is based on the deductive method, which sought legal concepts and literature.

Key-words: Civil action ; Environment, Public Policy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 BREVE RELATO HISTÓRICO ACERCA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	12
2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	18
3 NOÇÕES GERAIS	20
4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE	27
4.1 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL.....	27
4.1.1 Princípio do desenvolvimento sustentável.....	29
4.1.2 Princípio do poluidor-pagador.....	30
4.1.3 Princípio da prevenção.....	31
4.1.4 Princípio da participação.....	31
4.1.5 Princípio da Ubiquidade.....	32
5 TUTELA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL DO MEIO AMBIENTE	33
5.1 RESPONSABILIDADE CIVIL, ORIGENS, PRESSUPOSTOS E PREVISÃO 5 CONSTITUCIONAL.....	33
5.2 TUTELA PROCESSUAL CIVIL DO MEIO AMBIENTE.....	37
5.2.1 Procedimento.....	38
5.2.2 Termo de Ajustamento de Conduta- TAC.....	38
5.2.3 Inquérito Civil.....	39
5.2.4 Tutela inibitória para proteção ao meio ambiente.....	40
5.2.5 A Coisa Julgada.....	41
5.2.6 Os Recursos	42
5.2.7 Meios Coercitivos para a efetividade da proteção ambiental.....	42
5.2.8 Inversão do ônus da prova.....	44
6 AÇÃO CIVIL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	45
6.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	47
6.2 A JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	48
6.3 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS ACERCA DA MATÉRIA.....	49
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

Buscar-se-á neste presente trabalho a análise de forma coesa e abrangente do instituto da Ação Civil Pública referente a proteção do meio ambiental. O Direito Ambiental é um dos ramos do Direito com maior enfoque nas relações internacionais, devido a sua importância frente as tendências de desenvolvimento sustentável que vem sendo fomentado hodiernamente.

É cediço o fato de a tutela de interesses ambientais ter nascido da necessidade de proteção ao próprio homem, pois, ao perceber que muitos dos recursos naturais são não-renováveis e limitados e, em contrapartida a atividade industrial está mais intensa, o que gera um desequilíbrio dos recursos naturais.

O Direito ao Meio Ambiente nos dias que correm é considerado um direito fundamental, com previsão constitucional, pertencente a toda coletividade e merecedor de tutela protetiva eficaz, com o intento de preservar os recursos naturais para as presentes e futuras gerações. Nesta toada, o Direito ao Meio Ambiente não possui titular definido, pois toda a coletividade é beneficiária de tais direitos.

Neste sentido a indagação de Mauro Cappelletti¹:

Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente ao palco novos interesses “difusos”, novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é titular, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe, ou categoria, deles são titulares. A quem pertence o ar que respiro?

Assim, a Ação Civil Pública é a que mais se destaca quanto a importância dos interesses mencionados. No capítulo 2 (dois) será abordado um breve relato histórico quanto a Ação Civil Pública, visto a necessidade de demonstrar suas origens e suas trajetórias primordiais. O capítulo 3 (três) abordará a Ação Civil Pública no ordenamento jurídico brasileiro, assim como suas principais teorias que explicitam a matéria. O capítulo 4 (quatro) será responsável pelas noções gerais quanto ao referido tema, assim como sua legitimidade ativa. No capítulo 5 (cinco) será abordada a Ação Civil Pública como forma de proteção ao meio ambiente, como também os princípios do direito ambiental.

1 CAPPELLETTI, Mauro. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”. In: Revista de Processo, Ano II, N. 5, Jan/Mar, 1977, p. 135.

No capítulo 6 (seis) será trazido o tema da Tutela Civil e processual civil do meio ambiente, como, por exemplo, a responsabilidade civil, pressupostos, e previsão constitucional. Temas como o Inquérito Civil, o Termo de Ajustamento e Conduta- TAC, a tutela inibitória para a proteção ao meio ambiente, a Coisa Julgada, os meios coercitivos para a efetividade da proteção ambiental e a inversão do ônus da prova.

Por fim, no Capítulo 7 (sete) será abordado o tema principal deste trabalho, a implementação de políticas públicas por meio da Ação Civil Pública Ambiental. Para tanto, será necessária uma abordagem geral, quanto a separação dos poderes e a posição dos tribunais acerca da matéria.

O método utilizado para efetuar a abordagem da pesquisa, será o dedutivo, ou também conhecido como racionalista². Este método, proposto por racionalistas como Descartes, Spinoza e Leibniz afirma que apenas a razão leva ao conhecimento verdadeiro.

Será utilizado o método histórico de pesquisa, ou também conhecido como materialismo histórico, no qual se estudará os acontecimentos ocorridos no passado e suas influencias atuais. Também conhecido como materialismo histórico, onde o sistema jurídico é determinado pelo tempo histórico. Desta forma, do meio social surge um discurso e, conseqüentemente, depois deste, nasce o direito e os seus institutos.

² O racionalismo é uma corrente filosófica que procura definir o conhecimento do raciocínio, ou seja, a operação mental, discursiva e lógica.

1 BREVE RELATO HISTÓRICO ACERCA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A história da humanidade é marcada por inúmeras transformações em todos seus setores. Neste contexto, a sociedade humana é dinâmica, muito embora, algumas vezes, estas alterações não signifiquem necessariamente um progresso em todas as ciências. Neste contexto, Miguel Reale³ traz uma crítica à civilização:

A civilização tem isto de terrível: o poder indiscriminado do homem abafando os valores da Natureza. Se antes recorriamos a esta para dar uma base estável ao Direito (e, no fundo, essa é a razão do Direito natural), assistimos, hoje, a uma trágica inversão, sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre.

Grandes problemas aparentemente sem solução apareceram, como: explosão demográfica, o consumo de massa, problemas sociais, e, dentre outros, os ambientais. Desta feita, em uma sociedade com características de massa, há necessidade de existir igualmente um processo de massa⁴, “solidarista, comandada por um juiz bem consciente da missão interventiva do Estado na ordem econômico-social e na vida das pessoas.”⁵ Gilmar Ferreira MENDES⁶, quanto à evolução dos direitos humanos:

Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens, passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana. Daí a consagração de direitos especiais aos enfermos, ao deficientes, às crianças, aos idosos... O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade. Essa tendência à especificação acarreta a multiplicação dos direitos. A especificação leva à necessidade de serem explicitados novos direitos, adequados às particularidades dos seres humanos na vida social. Incrementa-se o quantitativo dos bens tidos como merecedores de proteção.

A preocupação ambiental não é um tema exclusivo da sociedade contemporânea, sabe-se que no século XIX com as problemáticas da modernidade já possuíam motivos suficientes para justificar tal inquietação, dentre elas, cita-se: cólera, tifo, poluições das fábricas, dentre outros.

³ MIGUEL REALE, *Memórias*, São Paulo: Saraiva, 1987, v.1, p.297.

⁴ MILARÉ, ÉDIS. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7 ed. Ver., atual. e reform. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.p. 1402.

⁵ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *O Poder Judiciário e o meio ambiente*. O Estado de São Paulo, 18.06.1988, p.42.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.

No século XX houve o alargamento destes questionamentos, mas, com outros novos poluidores, e desta vez, muito mais perigosos: as poluições radioativas. Desde então, o meio ambiente vem sendo alvo de inúmeras tentativas de proteção, e, concomitantemente, uma degradação inimaginável, o que torna suas consequências desconhecidas.

Nesta toada, em 1985, surge a Ação Civil Pública, que nasce em um período no qual a democracia ganhou força no cenário jurídico. Seu intuito principal é a busca a tutela dos interesses metaindividuais, com características peculiares, como a tutela coletiva ambiental, aplicada em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, enquanto o Código de Processo Civil, com outro enfoque regularia as tutelas individuais.

A Ação Civil Pública possui como escopo as *Class Action*, que também serviu de escopo para a *D'intérêt Publique*, na França, a *Representative Action*, na Inglaterra, e o *Odhasionprozess*, na Alemanha. No Brasil o primeiro diploma legal que versou sobre o assunto em tela foi a Lei Complementar Federal 40, de 14 de dezembro de 1981, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Segundo Bueno⁷:

A *class Action*, do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum.

Desta feita, a referida Ação é um instrumento processual, instituído pela Constituição Federal de 1988, com o escopo de defesa de interesses difusos e coletivos.

Este novo pensamento vem tomando espaço no ordenamento jurídico, os direitos metaindividuais, desta forma, este trabalho busca, sobretudo, estimular um estudo mais arraigado sobre a Ação Civil Pública utilizada como mecanismo de proteção ao meio ambiente equilibrado.

Neste diapasão, a Ação Civil Pública apresenta-se como um mecanismo de democratização do processo, pois somente é possível a concretização dos direitos conferidos quando o ordenamento jurídico permite aos titulares e representantes ideológicos (Ministério Público, Associações, e Defensoria Pública) que efetivem o seu exercício.

7 BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras :pontos para uma reflexão conjunta. In: Revista de Processo, v. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 93

De acordo com a pesquisadora Maria Sylvia Zanella di Pietro, a denominação da Ação Civil Pública justifica-se através de sua titularidade, quer pelo seu objeto que é sempre a defesa de interesse público, ou seja de interesses difusos.⁸

Quanto a natureza jurídica possui natureza especialíssima, pois não é direito subjetivo, mas é atribuído a órgãos públicos e privados para a tutela de interesses não-individuais.⁹ É necessário, antes de se adentrar especificamente no tema proposto, conceituar o bem a ser tutelado, diante da impossibilidade de se defender aquilo que não se conhece. Milaré¹⁰ apresenta uma conceituação pertinente e vista com bons olhos pelos estudiosos¹¹ do tema:

A expressão 'Meio Ambiente' (*melieuambient*) foi, ao que se parece, utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d'un naturaliste*, de 1835, tendo sido perfilhada por Augusto Comte e seu *Curso de Filosofia Positiva*. O Meio Ambiente pertence a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra. Não há acordo entre os especialistas sobre o que seja Meio Ambiente, trata-se de uma noção 'camaleão', que exprime, queiramos ou não as paixões, as expectativas e as incompreensões daqueles que dela cuidam.

Em dissonância à perspectiva da impossibilidade de conceituação do tema apresentada por alguns autores, outros se arriscam, através de uma tarefa árdua (quase que hercúlea) tentam fazê-la. Entre eles é possível citar Mazzili¹², o autor apresenta sua classificação afirmando que nesta estão alcançadas todas as formas de vida e o ambiente que as abriga e produzem os meios de sua subsistência.

Existem diversas formas de geração de danos ambientais, no entanto, a poluição é a mais nociva delas.¹³ A Lei nº 6.938/81, em seu art. 3º, inciso V, apresenta como recursos que integram o meio ambiente "a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora".

Portanto, a poluição atinge qualquer um destes elementos citados, e de modo geral, a doutrina a classifica como qualquer alteração ou modificação destes de modo que o tornem

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 13 ed., 2001.p. 651.

⁹ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.410.

¹⁰ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 63.

¹¹ Rodrigues (2015) partilha do mesmo entendimento exposto por Milaré, qual seja, a dificuldade, ou quase impossibilidade de conceituação do tema em tela, pois, assim como os sentimentos abstratos, os bens imateriais possuem uma definição fluída e variável.

¹² MAZZILI, Hugo, Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18º Edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 30.

desqualificados para a vida sadia.¹⁴ Hely Lopes Meireles aponta que a modificação ao meio ambiente natural quando causar prejuízo à saúde, segurança ou simplesmente ao bem-estar da população é considerada poluição.¹⁵

Diuturnamente, o conceito legal de meio ambiente está expresso no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/81, qual seja, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, como: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

O *status* constitucional somente foi instituído com a Carta Magna de 1988, pois as anteriores não faziam menção a tal instituto.

Almeida¹⁶ ao dissertar sobre o assunto, assevera que:

A CF/88 estabeleceu incumbir ao poder público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, preservar a diversidade e integralidade do patrimônio genético do País, bem como proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetem os animais a crueldade (art. 225, § 1º, I, II e VII).

Desta feita, exprime-se que tal matéria galgou o reconhecimento do constituinte, que reconheceu o meio ambiente equilibrado como um direito fundamental dos indivíduos, como também uma necessidade para garantir a sobrevivência das gerações presentes e futuras.

Rodrigues¹⁷, ao fazer menção à tutela ambiental jurisdicional, salienta que a Ação Civil Pública é o mecanismo processual mais adequado para alcançar a efetividade da proteção. Podemos inferir do texto do autor supracitado: “pelas densas e fortes técnicas contidas na Lei 7.347/85, faz desta lei mais do que ‘um’ remédio, mas o remédio mais importante na proteção jurisdicional do meio ambiente.”

Além do mais, a tutela jurisdicional de urgência é um meio necessário e eficaz para garantir a proteção suficiente, pois, o dano ambiental, em sua maioria, possui difícil reparação, quando possível.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 3 ed., 2002. p. 31.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 584.

¹⁶ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A efetividade do processo coletivo como garantia à ordem jurídica justa. In *Bases Científicas para um renovado Direito Processual*. Org. Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 48.

¹⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 81.

Nesta mesma toada, Edis Milaré¹⁸ explana:

Se a ação civil pública aplicada aos danos e riscos ambientais não é a solução cabalística para a problemática enorme e multifacetada que o meio ambiente planetário nos desvenda, ela é, sem dúvida, um instrumento valioso para a tomada de posição de todos os legitimados, do Ministério Público e dos agentes governamentais até associações cidadãs que preencham os requisitos mínimos para empreende-las.

O autor aludido também faz uma pertinente explanação acerca do objeto da Ação Civil Pública: “[...] *é o pedido de providência jurisprudencial que se formula para proteção de determinado bem da vida*”.

Quanto aos bens juridicamente tutelados, estão presentes no art. 1º da Lei¹⁹, assim como em seu art. 3º:

Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio-ambiente; ao consumidor;

II – aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

III – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

IV – por infração da ordem econômica e da economia popular; e V – à ordem urbanística.[...]

Art. 3º - A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Neste diapasão, é espargido que a Ação Civil Pública surge em um cenário da democratização da tutela jurisdicional, com características peculiares, como a trazida pelo trabalho em tela, a tutela ambiental. É necessário qualificá-lo como democrático, pois, é um instrumento de solução pacífica dos conflitos referentes aos Direitos Difusos e Coletivos tutelados pela Constituição Federal

Desta forma, é possível depreender, conforme o pequeno levantamento bibliográfico inicial, que a Ação Civil Pública é um importante instrumento de proteção do Meio Ambiente equilibrado, sendo utilizada pelo Ministério Público, entidades civis e, conforme entendimento recente, a Defensoria Pública²⁰.

¹⁸ MILARÉ, Edis. **Ação civil pública** – Lei nº 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: RT, 2001. P.510.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985.

²⁰ Conforme o julgamento de improcedência da ADI 3943, em 7 de maio de 2015, considerando constitucional a atribuição da Defensoria Pública em propor Ação Civil Pública. Segundo a relatora, a ministra Cármen Lúcia, o aumento das atribuições da instituição coaduna com o acesso à Justiça, e é perfeitamente compatível com a Lei Complementar 132/2009 e com a Emenda Constitucional 80/2014. Nas próprias palavras da ministra: “A ninguém comprometido com a construção e densificação das normas que compõem o sistema constitucional do estado democrático de direito interessa alijar aqueles que, às vezes, têm no Judiciário sua última esperança, pela

É necessária uma atenção maior quanto a Defensoria Pública, pois segundo o Supremo Tribunal Federal, em inteligência recente, entende ser importante a ampliação dos legitimados aptos a propor a ação para defender a coletividade. Possuindo como objetos operacionais o Inquérito Civil, Termo de Ajustamento de Conduta e dos outros mecanismos trazidos pela Lei n. 7347/1985, a Lei de Ação Civil Pública.

impossibilidade de ter acesso por meio dessas ações coletivas”. É importante frisar que tal entendimento foi seguido por unanimidade no Plenário. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>> acesso em: 10 de fevereiro de 2016.)

3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de adentrar-se ao tema, é de suma importância verificar o aspecto terminológico da expressão: Ação Civil Pública. Dentre as possíveis teorias a que mais se destaca é a da Ada Pellegrini Grinover²¹, que explana:

O texto legal fala impropriamente em *ação civil pública*. Impropriamente, porque nem a titularidade da ação é deferida exclusivamente a órgãos públicos (Ministério Público, União, Estados e Municípios), nem é objeto do processo a tutela do interesse público.

Desta forma, a autora entende ser mais pertinente a utilização do termo: “ação coletiva”, pois atende a legitimação da causa e dos bens protegidos.

Quanto a expressão Ação Civil Pública, Sirvinskas (2008, p. 625 – 626), *in verbis*:

A expressão ação civil pública possui uma impropriedade terminológica, pois toda ação é pública. O termo “público” colocado após a expressão “ação civil” dava a entender que a ação tinha natureza pública e somente o Ministério Público teria legitimação para propô-la. [...] Restou firmado entendimento de que a ação civil pública deverá ser proposta, com essa denominação, pelo Ministério Público para defesa dos interesses metaindividuais ou transindividuais e a ação coletiva, para os demais legitimados. Assim, a *ação civil pública* ou *ação coletiva* é aquela que tem por finalidade a tutela dos interesses transindividuais ou metaindividuais. Os interesses metaindividuais ou transindividuais situam-se numa zona nebulosa entre o interesse particular e o interesse geral, trata-se de uma outra espécie de interesse intermediário entre o privado e o público.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Ação Civil Pública teve sua primeira referência expressa através do artigo 3º, III, da Lei Complementar Federal 40 de 14 de dezembro de 1981, na qual conferiu ao Ministério Público a possibilidade de propositura da referida ação.

Araujo²² informa que a sedimentação da legislação ambiental brasileira se estruturou através de um conjunto de normas, quais sejam: a Lei nº 6.938/1981 (Lei que define a Política Nacional do Meio Ambiente), Lei nº 7.345/1985 (Lei que disciplina a Ação Civil Pública) e, por fim, a Constituição Cidadã de 1988. Essas três referências representam, para Milaré, os principais instrumentos de atendimento aos anseios sociais na questão ambiental.

²¹ Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – A Lei 7.347, de 24.07.1985. Revista de processos, São Paulo, RT, n. 44, p. 124, nota 1, 1986.

²² ARAÚJO, Lílian Alves. **Ação civil pública ambiental**. 2ª. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2004. p. 4.

No entanto, foi em 24 de julho de 1985, com a lei 7.347 que a terminologia “Ação Civil Pública” foi inserida em no ordenamento jurídico pátrio, adjudicando o *status* de instrumento de defesa de alguns interesses transindividuais.

4 NOÇÕES GERAIS

No primeiro momento, a Ação Civil Pública era voltada à tutela dos direitos difusos e coletivos, fato este alterado pela Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que incluiu a tutela dos direitos individuais homogêneos. Inicialmente, era considerada uma ação não-penal cuja titularidade era do Ministério, isto posto, o *Parquet* promoveria a responsabilização do autor do dano a um direito difuso no âmbito civil.

Destarte, a Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) possibilitou que o Ministério Público propusesse ações de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

No entanto, a Ação Civil Pública não pode mais ser entendida como uma ação não-penal promovida pelo MP, visto que o art. 7.347/85 apresenta um rol maior de colegitimados.

Desta forma, a conceituação mais precisa da referida ação poderia formular-se da seguinte maneira: a ação civil pública é uma ação não-penal, promovida por um ente legitimado por lei com o intuito de evitar ou reparar um dano causado a um bem jurídico supraindividual. Neste novo conceito, depreende-se também que a ação civil pública não é apenas mais uma ação reparatória, mas também assume o caráter preventivo.

Cumprido ressaltar que não existe apenas um modelo de ação civil pública, sendo o gênero, no qual se subdividem em razão dos diversos procedimentos que podem ser empregados.

Pode-se citar como exemplo a ação civil pública para a responsabilização civil do agente que praticou ato de improbidade administrativa, de acordo com a lei n. 8.429/92. Outro exemplo que é pertinente à exemplificação é os procedimentos de cautelar e execução presentes na lei 7.347/92, que também afirma que seu objeto poderá ser a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

4.1 LEGITIMIDADE ATIVA

As Ações coletivas não podem ser propostas por qualquer pessoa, mas apenas por aqueles entes que possuem sua legitimidade conferida pelo legislador.

A legitimidade restrita presente na referida ação é decorrência de uma opção legislativa, pois nada impede que possua como legitimado a propositura por qualquer pessoa, como ocorre no sistema americano²³. Neste sistema é possível que a legitimidade *ad causam* seja ampla, quando caberá ao juiz decidir, no caso concreto, se aquele se apresentou é adequado representante da coletividade.

Grinover²⁴ entende que os motivos que levaram ao fato de o Brasil não transpor na íntegra o modelo americano:

A deficiência de informação completa e correta, a ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso a justiça, a distancia existente entre o povo e o Poder Judiciário, tudo a constituir gravíssimos entraves para a intervenção de terceiros, individualmente interessados, nos processos coletivos e mais ainda para seu comparecimento a juízo visando à exclusão da futura coisa julgada.

Cumprido ressaltar que além da escolha do legitimado ser de competência do legislador, o autor de tais ações não é o seu titular de direito material, ou seja, a legitimidade é extraordinária, em suma: pleiteia em juízo, em nome próprio, direito alheio.

É cediço que em tais ações a substituição processual, como acima exposto, o titular de ação não é o titular do direito material e atua em juízo no lugar do seu titular através da substituição processual.

A doutrina levanta um questionamento pertinente quanto a natureza da legitimidade do autor da ação coletiva ao atuar como substituto processual. A dúvida reside na possibilidade de se caracterizar uma legitimidade extraordinária ou uma diferenciada, aplicável ao processo coletivo, ao passo que alguns chamam de *legitimação autônoma para a condução do processo*.

Tal questionamento reside nas diferenças entre ações coletivas e individuais. Nas ações individuais a sentença produz efeitos em relação ao substituído, ou seja, aqueles titulares do direito material que estão em juízo, vinculando-os independentemente da procedência da ação (*pro et contra*).

Em contrapartida, o processo coletivo possui outra perspectiva, Neste a decisão de procedência favorece os substituídos, porém a de improcedência não traz prejuízos para as pretensões individuais.

²³ Sistema **OpeJudicis**.

²⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Novo Processo do Consumidos, Revista de processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 133.

Portanto, diante destas considerações, alguns doutrinadores entendem que há a necessidade de uma terminologia própria para o processo coletivo.

No entanto, a posição deste trabalho não se coaduna com a anteriormente apresentada, de modo que não haveria necessidade de uma terminologia específica para o processo coletivo, pois o titular do direito de ação não é do direito material, de modo que é um legitimado extraordinário.

Assim, a legitimidade para o seu ajuizamento é concorrente (não é exclusiva de apenas um legitimado) e disjuntiva, porque cada legitimado poderá de forma solitária e independente ajuizar a ação.

É devido salientar a posição da jurisprudência quanto algumas situações em que a legitimidade (embora seja concorrente e disjuntiva), poderá ser subsidiária. Assim, existem decisões no sentido de que a legitimidade para promover a liquidação e a execução da sentença coletiva é prioritária das vítimas ou sucessores:

PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRECEDÊNCIA DA LEGITIMIDADE DAS VÍTIMAS OU SUCESSORES. SUBSIDIARIEDADE DA LEGITIMIDADE DOS ENTES INDICADOS NO ART. 82 DO CDC.

1. A legitimidade para intentar ação coletiva versando a defesa de direitos individuais homogêneos é concorrente e disjuntiva, podendo os legitimados indicados no art. 82 do CDC agir em Juízo independentemente uns dos outros, sem prevalência alguma entre si, haja vista que o objeto da tutela refere-se à coletividade, ou seja, os direitos são tratados de forma indivisível.

2. Todavia, para o cumprimento de sentença, o escopo é o ressarcimento do dano individualmente experimentado, de modo que a indivisibilidade do objeto cede lugar à sua individualização.

3. Não obstante ser ampla a legitimação para impulsionar a liquidação e a execução da sentença coletiva, admitindo-se que a promovam o próprio titular do direito material, seus sucessores, ou um dos legitimados do art. 82 do CDC, o art. 97 impõe uma gradação de preferência que permite a legitimidade coletiva subsidiariamente, uma vez que, nessa fase, o ponto central é o dano pessoal sofrido por cada uma das vítimas.

4. Assim, no ressarcimento individual (arts. 97 e 98 do CDC), a liquidação e a execução serão obrigatoriamente personalizadas e divisíveis, devendo prioritariamente ser promovidas pelas vítimas ou seus sucessores de forma singular, uma vez que o próprio lesado tem melhores condições de demonstrar a existência do seu dano pessoal, o nexo etiológico com o dano globalmente reconhecido, bem como o montante equivalente à sua parcela.

5. O art. 98 do CDC preconiza que a execução "coletiva" terá lugar quando já houver sido fixado o valor da indenização devida em sentença de liquidação, a qual deve ser - em sede de direitos individuais homogêneos - promovida pelos próprios titulares ou sucessores.

6. A legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução exsurgirá - se for o caso - após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não

houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC. É que a hipótese versada nesse dispositivo encerra situação em que, por alguma razão, os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença, retornando a legitimação dos entes públicos indicados no art. 82 do CDC para requerer ao Juízo a apuração dos danos globalmente causados e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, liberando o fornecedor que atuou ilicitamente de arcar com a reparação dos danos causados.

7. No caso sob análise, não se tem notícia acerca da publicação de editais cientificando os interessados acerca da sentença exequenda, o que constitui óbice à sua habilitação na liquidação, sendo certo que o prazo decadencial nem sequer iniciou o seu curso, não obstante já se tenham escoado quase treze anos do trânsito em julgado.

8. No momento em que se encontra o feito, o Ministério Público, a exemplo dos demais entes públicos indicados no art. 82 do CDC, carece de legitimidade para a liquidação da sentença genérica, haja vista a própria conformação constitucional desse órgão e o escopo precípua dessa forma de execução, qual seja, a satisfação de interesses individuais personalizados que, apesar de se encontrarem circunstancialmente agrupados, não perdem sua natureza disponível.

9. Recurso especial provido.²⁵

Legitimidade do Ministério Público

Quanto à importância do Ministério Público, Antunes (2000, p. 424), *in verbis*:

A lei 7.347/85 teve a grande virtude de ampliar os vínculos ente a sociedade e o Ministério Público. Assim é na medida em que os membros do Parquet, que se tem dedicado à proteção jurídica do meio ambiente e de outros interesses difusos, têm logrado obter o respeito e a consideração da população que, não sem pouca frequência, ocorre às curadorias em busca de auxílio.

Cumprido ressaltar que este entendimento é compartilhado também por outros doutrinadores de peso, como: Paulo Affonso Leme Machado, José Afonso da Silva, Édis Milaré, Tohsio Mukai, Luís Paulo Sirvinskas, e outros. Assim como Kazuo Watanabe:

Desde que a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos esteja dentro das atribuições que a Lei confere a um órgão do Ministério Público, a este é dado atuar em qualquer das Justiças, até mesmo em atuação conjunta com um outro órgão do Ministério Público igualmente contemplado com a mesma atribuição. A alusão ao litisconsórcio é feita, precisamente, para consagrar a possibilidade dessa atuação conjunta, com o que se evitarão discussões doutrinárias estereis a respeito do tema e, mais do que isto, um inútil e absurdo conflito de atribuições, que não raro revela muito mais uma disputa de vaidades do que defesa efetiva da atribuição privativa de um órgão do Ministério Público.

Os direitos transindividuais em tela são: meio ambiente, dos consumidores, patrimônio artístico, histórico, estético, turístico e paisagístico.

Gilmar Mendes²⁶, ao se referir a Lei da Ação Civil Pública afirma:

²⁵ (REsp 869.583/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 05/09/2012).

²⁶ Prefácio do livro A Ação Civil Pública após 25 anos. São Paulo: RT, 2010.

A Lei de Ação Civil Pública influenciou plataformas eleitorais, movimentos populares e atividades econômicas, firmando-se como um diploma legislativo verdadeiramente essencial da cultura jurídico-política do povo brasileiro. São poucas leis da nossa história que tiveram tamanha repercussão, nos mais diversos âmbitos da sociedade.

Nesta toada, foi na Carta Cidadã de 1988 que ingressou como norma constitucional, como função institucional do Ministério Público, conforme o artigo a seguir:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (grifamos).²⁷

É possível evidenciar que o surgimento da Lei 7.347 de 1985 possibilitou duas mudanças importantes no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira se aduz na desvinculação da titularidade exclusiva do *parquet*²⁸ para propô-la, a segunda, a vinculação da Ação Civil Pública como uma Ação Coletiva. O fundamento constitucional da referida ação pauta-se no pressuposto que todos possuem acesso à justiça para a proteção de direitos subjetivos ou da comunidade.

A Defensoria Pública possui legitimidade para tutelar os direitos transindividuais, de acordo com o art. 5º da Lei n.7.347/85, alterado pela lei n. 11.448/07. Tal dispositivo conferiu a atuação como autora de demandas coletivas (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), desde que relacionados com pessoas necessitadas.

Sabe-se que a atuação da defensoria pública é bastante ampla, que poderá ser em face de particulares e Pessoas Jurídicas de Direito Público. Cumpre ressaltar que, embora o referido órgão possa ajuizar ações coletivas e valer-se de mecanismos extrajudiciais não poderá utilizar o inquérito público, que ainda é privativo do Ministério Público.

Cumpre ainda salientar que a Defensoria Pública também possui legitimidade para operar como assistente judicial de entidades legitimadas à propositura de demandas coletivas. Assim, caso uma associação não possui condições financeiras de propor determinada ação coletiva, poderá esta patrocinar a causa.

A legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública, também é conferida pela lei às pessoas jurídicas de direito público, quais sejam, a União, Estados, Municípios e ao

²⁷BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁸*Parquet*, no ramo do Direito, significa Ministério Público ou faz referência a um membro do Ministério Público.

Distrito Federal, de acordo com o art. 82, II do Código de Defesa do Consumidor e do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública.

A legitimidade não se restringe às pessoas jurídicas de direito público, neste caso, o legislador conferiu à legitimidade ao terceiro setor, mais precisamente, as associações. No entanto, há a necessidade de configuração de dois requisitos essenciais para a propositura, são eles:

- a) A entidade deve estar constituída a mais de 1 ano
- b) Deve estar em suas finalidades institucionais a defesa de direito que se pretende tutelar.

No entanto, quanto a prévia constituição anual²⁹, ou seja, estar constituído a mais de um ano, é possível que o juízo possa dispensar à luz do caso concreto, conforme o disposto no art. 5º, § 4º, da Lei n. 7347/85 e art. 82, § 1º do CDC: “o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Neste sentido, somente o requisito da anualidade que pode ser dispensado pelo juiz, o outro requisito, o da pertinência temática, deve estar configurado. Neste sentido, o MC 11.483 – PR, cujo relator foi o Ministro JORGE SCARTEZZINI:

Pois bem, in casu, não observo, em summariacognitio, a ocorrência do fumus boni iuris, é dizer, não vislumbro a plausibilidade jurídica alegada face aos fundamentos pontificados pelo acórdão a quo. Com efeito, no que tange ao art. 82, IV, do CDC, alega a Requerente que a Associação de Moradores não seria parte legítima para figurar no pólo ativo da demanda, eis que não constituída a pelo menos um ano. Todavia, tal irresignação não prospera, vez que pelo disposto no § 1º do art. 82 da Legislação Consumerista, o requisito da pré-constituição da associação pode ser dispensado pelo Juiz, quando manifesto for o interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Pois bem, as instâncias ordinárias identificaram a presença dos aludidos pressupostos, tendo consignado que a associação representa os interesses de mais de quinhentas pessoas residentes nas áreas infectadas pelos produtos tóxicos, sendo os danos, a princípio, de grande extensão, de sorte que a ação coletiva proporcionaria a eficácia na prestação jurisdicional, mesmo porque evitaria o abarrotamento do Judiciário, com centenas de demandas semelhantes. Também restou demonstrada a relevância do bem jurídico a ser tutelado.

Cumprido ressaltar também, que o requisito da pré-constituição poderá ser conquistado no curso da demanda.

²⁹ anual, a.nu.al, adjm+f (latannuale) 1 Que dura um ano, ou que corresponde a um ano. 2 Que se faz, ou que ocorre todos os anos. 3 Bot Diz-se da planta que nasce, floresce e frutifica durante um só período vegetativo, cuja duração não passa de um ano. (DICIONÁRIO. Michaelis. Disponível em: <www.uol.com.br/Michaelis>.

Ainda sobre a pertinência temática, a Segunda Turma do STJ, no REsp 1351760/PE , entendeu ser ampla a legitimidade do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil quanto a proteção do patrimônio urbanístico, cultural e histórico local.

5 AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Antes de se adentrar ao tema é importante destacar que os interesses transindividuais não pertencem à esfera pública ou a privada, pois tratam-se de interesse supra-individuais, visto que ampliam-se a toda coletividade.

Diferentemente do que ocorre com os litígios intersubjetivos, estes ultrapassam a esfera interna do processo, surtindo efeitos a terceiros não participantes da demanda, ou seja, *ultra partes*. tal entendimento está consubstanciado no art. 225, da Constituição Federal, que destina o meio ambiente equilibrado a todos, sejam pessoas físicas, jurídicas, públicas e privadas.

A propositura da Ação Civil Pública respalda-se no trinômio "necessidade, utilidade, e adequação". Assim, a necessidade de obtenção de determinado resultado, somado à adequação do pedido, e por fim, desde que seja útil para a obtenção de determinado resultado.

5.1 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

A Ação Civil Pública Ambiental é o tema central deste trabalho, ela é um meio de obtenção da defesa do meio ambiente através do Poder Judiciário diante de uma agressão ou risco de agressão.

É cediço que não será a Ação Civil Pública em si o mecanismo garantidos da higidez do meio ambiente, mas o sistema normativo que permite tal feito. Segundo Rodrigues³⁰, esse arcabouço pode ser subdividido em três: fatos sociais, os valores e as normas jurídicas abstratas.

Neste sentido, o autor afirma que o subsistema dos valores são formados pelos princípios jurídicos, no qual possui o *Princípio da Proporcionalidade* como princípio dos princípios, pois é através dele que se proporciona o equilíbrio de todos os sistemas, havendo conflito entre princípios dever-se-á buscar auxílio nele.

³⁰RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**: Parte geral. 2º edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Segundo Mello³¹, o princípio é *o mandamento nuclear de um sistema*. É através dele que propiciam a lógica e racionalidade do ordeamento jurídico, em suas palavras:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Embora seja uma tarefa árdua selecionar quais princípios devam ser tratados neste trabalho, trata-se de uma tarefa essencial, devido a sua importância frente à fluidez do tema. A dificuldade da tarefa se aduz na ausência de consenso entre os estudiosos do tema, desta forma e tentará buscar as principais posições acerca da matéria.

Milaré entende que existem dez princípios no Direito Ambiental, quais sejam: princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana; princípio da natureza pública da proteção ambiental; princípio do controle do poluidor pelo Poder Público; princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento; princípio da participação comunitária; princípio do poluidor-pagador; princípio da prevenção; princípio da função socioambiental da propriedade; princípio do direito ao desenvolvimento sustentável; e princípio da cooperação entre os povos.³²

Medeiros e Rocha³³, diferentemente do autor supracitado elenca cinco princípios: princípio do desenvolvimento sustentável; princípio da prevenção e da precaução; princípio do poluidor-pagador e do usuário pagador; princípio da informação; princípio da função socioambiental da propriedade; e princípio da solidariedade ou equidade intergeracional.

Leite, em seu entendimento traz três princípios: princípio da participação, cidadania, democracia e cooperação ambiental; princípio da atuação preventiva e da precaução; e princípio do poluidor-pagador e da responsabilização.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Lheiros Editores, 2013, p. 54.

³² MILARÉ, Édís. **Direito Ambiental**: doutrina- prática – jurisprudência- glossário. 2ª edição revisada, atualizada e ampliada: São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

³³ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de e ROCHA, Marcelo Hugo da. **Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009. p.

Mesmo diante da respeitabilidade destes acima elencados estudiosos, neste trabalho será utilizado o pensamento de Fiorillo³⁴, no qual será apresenta princípios que serão minudenciados a seguir: princípio da ubiquidade; princípio do desenvolvimento sustentável; princípio da participação; e princípio do poluidor usuário-pagador.

5.1.1 Princípio do desenvolvimento sustentável

O Princípio do desenvolvimento sustentável é trazido pela Carta Maior em seu art. 225, ao prever que as responsabilidades pela defesa e proteção ambiental são de todos, seja para as presentes ou futuras gerações. O mesmo ocorre na Lei 6.938/81, em seu art. 4º, inciso I, que dispõe que a Política Nacional do Meio Ambiente visará à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

A expressão surgiu com a conferência Mundial de Meio Ambiente, em 1972, que aconteceu em Estocolmo. Neste prisma, o desenvolvimento sustentável é o modelo no qual se busca a coadunar os aspectos ambientais, econômicos e sociais. No qual leva-se em consideração a qualidade de vida das gerações presentes e vindouras de modo que se relacionem de forma harmônica sem dívidas ou prejuízos.

Em 1992, no Rio de Janeiro, ocorreu a Segunda Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a ECO-92, que consagrou em definitivo na esfera internacional por causa do princípio nº , que consagra: “ *O Direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras*”.

Em suma, o referido princípio pode-se condensar na fórmula: o reconhecimento das forças de mercado abandonadas a sua dinâmica livre não é um meio eficaz de proteger as necessidades humanas e futuras, é necessário, pois um mecanismo que permita a manutenção do meio ambiente e que imponha um paradigma coincidente com o modelo de produção e consumo consciente.

³⁴FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 8ª edição ampliada. São Paulo>Saraiiva, 2007.

5.1.2 Princípio do poluidor-pagador

O objetivo primordial do referido princípio é fazer com que o poluidor arque com o prejuízo gerado pelo seu empreendimento ao meio ambiente. Impedindo que fique com o lucro da atividade poluidora, e a coletividade com o prejuízo ambiental.

Desta forma, Cristiane Derani³⁵, o que ocorre é que:

Durante o processo produtivo, além do produto a ser contabilizado, são produzidas 'externalidades negativas'. São chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Eis porque utiliza a expressão 'privatização de lucros e socialização de perdas', quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização. Por isto, este princípio é também conhecido como princípio da responsabilidade.

Alguns estudiosos relacionam o Princípio do poluidor-pagador com o princípio da responsabilidade, segundo Milaré³⁶:

Constitui o fundamento primário da responsabilidade civil em matéria ambiental. Sua origem nada mais é que um princípio de equidade, existente desde o Direito Romano: aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes.

Tal princípio foi também contemplado na Declaração do Rio de 1992, em seu art. 16, na seguinte forma:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais³⁷.

Embora a importância deste princípio em tela, cumpre ressaltar uma preocupação que a doutrina traz quanto ao "repasso" dos referidos custos adicionais. Neste sentido, é muito provável que o repasse ao consumidor final, diga-se a coletividade ocorra, o que acabaria com o propósito do princípio, enfim, segundo estes estudiosos³⁸ a coletividade responderia pelos danos ambientais de qualquer forma.

³⁵ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 142-143.

³⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente – A Gestão Ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 767.

³⁷ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente – A Gestão Ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007., op. cit., p. 771.

³⁸ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143.

5.1.3 Princípio da prevenção

O princípio em tela tem como finalidade primordial a decisão em razão do incerto, ou seja, quando não existem dados científicos suficientes, ou estudos conclusivos acerca de uma determinada atividade.

Neste sentido, havendo a mera possibilidade de impactos irreversíveis ao meio ambiente, ocasionando certo grau de lesividade gera automaticamente a necessidade de defendê-lo, ou seja: *in dúbio pro medio ambiente*³⁹.

Para o estudioso do Direito, Costa Neto⁴⁰, o princípio da prevenção é a avaliação estratégica, pois não existe o questionamento, no primeiro momento, quanto a potencialidade danosa, mas se o modelo em questão é compatível com as metas de sustentabilidade existente.

Araújo e Soares⁴¹ apresentam o referido princípio no cenário internacional de forma que a Comunidade Européia, ao orientar os seus Estados-Membros o utilizem como cláusula de salvaguarda:

A política da Comunidade no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da prevenção e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador.⁴²

Importante frisar que a doutrina diferencia a precaução da prevenção. Neste sentido, afirma-se que existe uma grande semelhança entre ambos os princípios, desta forma, entendem que o primeiro é aperfeiçoamento do segundo. Ao passo que precaução se refere a incertezas científicas, a prevenção deve ser aplicada para o impedimento de danos quando é conhecida, ou deveria conhecer.

5.1.4 Princípio da participação

³⁹ Ou seja, “Em dúvida, em favor ao Meio Ambiente”.

⁴⁰ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Protecção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte. Del Rey, 2003, p. 70.

⁴¹ ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. ; SOARES, Seline Nicole Martins. *Arbitragem Ambiental no MERCOSUL: uma visão crítica*, in José Rubens Morato Leite, Ney de Barros Bello Filho (org) *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004, p. 277.

⁴² COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Protecção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte. Del Rey, 2003. cit., p. 71.

O princípio da participação também é conhecido como princípio democrático ou de gestão democrática, pois é através dele que se possibilita o direito de informação ao cidadão na participação da elaboração das políticas públicas ambientais. Neste enfoque, devem ser assegurados ao cidadão os mecanismos judiciais, legislativos e administrativos que permitam que seja efetivado. Está expresso na Carta Democrática, em seu art. 225 ao dispor que: é dever do Poder Público e da coletividade defender e preservar o Meio Ambiente.

5.1.5 Princípio da Ubiquidade

Fiorillo⁴³ destaca que *“tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver deve antes passar por uma consulta ambiental, enfim, para saber se há ou não a possibilidade de que o meio ambiente seja degradado”*.

Pelo princípio da Ubiquidade entende-se que a preocupação ambiental com a preservação deve estar sempre presente. Pois, a vida e sua qualidade dependem da preservação ambiental.

⁴³FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 8º edição ampliada. São Paulo. Saraiva, 2007.p. 48.

6 TUTELA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL DO MEIO AMBIENTE

Para melhor desenvolvimento do objeto de estudo é necessário traçar algumas considerações acerca de responsabilidade civil, da tutela civil e processual civil. Por serem basilares para a compreensão da responsabilidade civil na esfera ambiental.

6.1 RESPONSABILIDADE CIVIL, ORIGENS, PRESSUPOSTOS E PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A expressão “responsabilidade” pode significar a responsabilidade tanto de ações próprias como de ações de terceiros. Seja a responsabilidade civil ou penal remetem a um ato contrario a ordem jurídica, e são oriundas do comportamento humano.

No que tange ao aspecto penal o foco está no agente criminoso, ao passo que no Direito Civil está na vítima, buscando restaurar a situação anterior ao fato, considerando o aspecto sociológico.

O que se busca é a pacificação social, enquanto a responsabilidade civil busca a indenização do dano causado, restabelecendo o *status quo ante*. A ordem jurídica brasileira sistematiza a responsabilidade civil em um modelo dual, possuindo como fundamento a culpa (uma inobservância de um dever de cuidado oriundo de uma conduta imprudente, negligente ou imperita), como o dolo.

A responsabilidade civil pode ter origem contratual ou extracontratual (aquiliana). Será contratual quando descumprir um acordo de vontade formalizado entre as partes, de acordo com o art. 398 do Código Civil de 2002. Em contrapartida, diz-se aquiliana, a responsabilidade que surge por ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo, seja ele individual ou coletivo, acarretando dano a outrem.

Ou seja, trata-se da obrigação de reparar decorrente de inadimplemento normativo, qual seja: o dever geral de não lesar outrem, de acordo com o art. 186 do atual Código Civil⁴⁴. Os pressupostos de Responsabilidade Civil são: a ação ou omissão, o dano e o nexo causal.

⁴⁴ Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

O fundamento jurídico encontra-se na Carta Maior, em seu art. 225, § 3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados.

O Código Civil, em seu art. 927, parágrafo único traz a teoria do risco, ao afirmar que a obrigação de reparar o dano independe de culpa, será devida nos casos específicos em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem.

Nessa toada, no Direito Ambiental, desde 1981, a responsabilidade independe da existência de culpa. Pois, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, em seu art. 14, § 1º, determina que: *“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.[...]”*.

Cumprе ressaltar que um dos motivos da introdução da responsabilidade objetiva nesta área foi o fato de grande parte dos danos ambientais decorrerem de grandes corporações econômicas ou pelo próprio Estado, ou seja, muito dificilmente será possível a comprovação da culpa nestas circunstâncias. Isto é, é-lhe atribuída a responsabilidade civil objetiva por ter assumido o risco ao desenvolver a atividade.

Desta forma é irrelevante a licitude da atividade desenvolvida, pois, embora a conduta do agente causador do dano ter sido autorizada pelo poder competente e ter obedecido aos padrões técnicos ao exercício de sua atividade não exclui o dever de indenizar. A doutrina, em sua maioria entende por correta a Teoria do Risco Integral, desta forma, não só é desnecessária a comprovação de culpa, como também prescinde a licitude da atividade e a impossibilidade da aplicação das excludentes de ilicitude.

Na lição de José Afonso da Silva, o dano ecológico em princípio não trará repercussão diretamente sobre pessoa alguma nem seus bens, no entanto é passível de reparação. Muito embora a indenização é o modo mais comum de compor o prejuízo, existem outras formas de reparação. Pois, nem sempre a mera retribuição monetária é satisfatória para restabelecer o equilíbrio anterior.

Desta feita, uma das finalidades do Estudo de Impacto Ambiental é a previsão da solução técnica que melhor atenda à recomposição do ambiente impactado por atividade licenciada. Antônio Herman Benjamin, quanto à responsabilidade civil por dano ambiental:

Em termos de responsabilidade civil, dispõe a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente que “é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”. Trata-se, pois de responsabilidade civil objetiva, tanto no que se refere a danos pessoais (patrimoniais e morais) ou, na dicção da Lei, “danos causados a terceiros”, quando na hipótese de dano ambiental puro (“danos causados ao meio ambiente”).

Portanto, a doutrina expôs: dano ao meio ambiente de terceiro. Ou seja, a vítima pode ser uma pessoa, mas também pode ser simplesmente o meio ambiente, sem afetar diretamente ninguém.

Diante da impossibilidade de ressarcir diretamente a coletividade, a Lei da Ação Pública, em seu art. 13 estabeleceu que 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 recomposição dos prejuízos causados.

O fundo em tela refere-se ao *Fundo federal de Defesa dos Direitos Difusos- FDDD*, hoje regulado pela Lei 9.008, de 1995, que criou o conselho Gestor daquele Fundo, assim como pelo Decreto 1.306, de 1994.

O instituto da solidariedade, atualmente previsto no art. 942 do Código Civil vigente aplica-se em relação ao dano ambiental. Desta forma, quando uma variedade de agentes desempenham uma atividade e essa vem causar dano ambiental, não há necessidade de se apurar quem tenha o praticado individualmente. Importante frisar que o Poder Público poderá responder solidariamente ao dano ambiental, sendo necessário somente a comprovação do dano eventualmente causado.

No que tange ao bem jurídico tutelado é possível depreender do ordenamento jurídico que será qualquer amplitude natural, do trabalho, artificial, cultural, ou seja, todo e qualquer bem ambiental. Neste diapasão, a ideia inicial será medidas que evitem o dano ambiental, através de ações preventivas, através instrumentos que permitam incorporar no mercado os custos necessários para internalizar os danos.

Quando não se concretizar a ação preventiva, o dano poderá repercutir em duas esferas distintas: a patrimonial e a moral. Quanto à reparação patrimonial existe duas formas que se efetive, a primeira é a reparação do *status quo ante*, que é de fato a modalidade ideal, pois é possível através dela a compensação ambiental, e a outra forma será a reparação pecuniária, ou seja, a forma indireta de reparar a lesão através da indenização em dinheiro.

Desta forma, existe também o dano moral, ou seja, de forma extrapatrimonial. O dano moral, embora seja um dano extrapatrimonial, que não afeta diretamente o patrimônio ambiental, também pode ser aplicado em relação aos bens materiais. Pois, a degradação ambiental também acarreta prejuízos de cunho psicológicos como a paz, a honra, a percepção de beleza, entre outros.

Desta feita, a reparação dos danos morais, o valor deve ser apurado por meio de arbitramento, considerando, dentro outros aspectos: a capacidade econômica do poluidor, o proveito que obteve com a atividade poluente, a extensão do sofrimento das pessoas, a reversibilidade do dano e o caráter desestimulante da condenação.

Por fim, é imprescritível a pretensão à reparação pelo dano ambiental, embora ocorra divergência doutrinária neste aspecto.

A imprescritibilidade pauta-se na higidez do meio ambiente como direito fundamental, supraindividual e indisponível, e como não há um titular individualizado seria inadequado sancionar a coletividade.

Seguindo esta premissa é possível, é muito comum afirmar que existe uma ética intergeracional que estabelece um princípio de solidariedade entre as gerações por constituir direito inerente à vida, a dignidade da pessoa humana, e essencial à afirmação dos povos.

A responsabilidade civil pode ter origem contratual ou extracontratual, também conhecida como aquiliana. A contratual ocorrerá quando houver o descumprimento de uma vontade formalizada, conforme explana o art. 389 do Código Civil Brasileiro⁴⁵.

Diversamente se configura a responsabilidade aquiliana, na qual é possível verificar quando o ato estiver em desacordo com o ordenamento jurídico, acarretando uma violação ao direito subjetivo individual ou coletivo, gerando danos a outrem, conforme salienta o art. 186

⁴⁵Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

do Código Civil⁴⁶. A expressão “responsabilidade” é utilizada como referencia a reparação ou compensação de uma lesão.

Ao analisar o atual Código Civil depreende-se do texto a necessidade de três pressupostos para caracterizar a responsabilidade civil, quais sejam:

- a) Ação ou omissão. a lei refere-se a qualquer pessoa, que por ação ou omissão causar dano a outrem, seja por fato próprio, ou por fato de outrem que seja responsável.
- b) Dano. O dano é uma lesão a um bem jurídico tutelado⁴⁷, que pode ser patrimonial ou moral, a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação que ficará sem objeto.⁴⁸
- c) Nexu causal. O nexu causal é a relação de causa e efeito, ou seja, causalidade entre a ação ou omissão e o dano.
- d) Culpabilidade. Ira depender da forma em que o sujeito é responsabilizado poderá ou não existir. Divide-se em objetiva ou subjetiva, que será mais adiante analisada.

6.2 TUTELA PROCESSUAL CIVIL DO MEIO AMBIENTE

A Constituição da República prevê a responsabilidade civil ambiental, em seu art. 225, § 3º⁴⁹. No qual confere aocausados de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente a obrigação de reparar o dano, sem prejuízo das sanções penais e administrativas. Será sujeito qualquer um que se possa imputar a obrigação de reparar o dano aquele no qual a lei chama de poluidor, seja física ou jurídica, de direito privado ou público, conforme estabelece o art. 3º da Lei 6.938/1981⁵⁰.

No que tange a titularidade para buscar a imposição de cessar o dano ambiental poderá ser conferido ao particular, como o cidadão comum, individual ou coletivamente e do

⁴⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental/ Luís Paulo Sirvinskas – São Paulo: Saraiva, 2012, p.186..

⁴⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza- 4 ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p 34.

⁴⁹ Art. 225, § 3º da CF/88 – “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”.

⁵⁰ Art 3º da Lei 6.938/1981 - “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...) - IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.”

Ministério Público, com legitimação ordinária ou extraordinária, conforme será analisado em um capítulo próprio.

6.2.1 Procedimento

Neste item será tratado os procedimentos principais da Ação Civil Pública. Neste sentido, depois de ajuizada a referida ação, expedir-se-á um edital com o intuito de dar conhecimento a terceiros sobre ela. Justifica-se o edital para que os ofendidos possam intervir no processo como litisconsortes, embora não sejam obrigados, pois, conforme tratado em capítulo pertinente, a ação que defende direitos individuais homogêneos é divisível e disponível.

Na fase de conhecimento haverá uma sentença condenatória genérica na qual será reconhecida a responsabilidade pela indenização. Haverá, após a sentença, a fase de execução, nesta fase, poderão habilitar os interessados (lesados que não intervenientes na fase de conhecimento), é necessário, no entanto, a expedição de novo edital.

A próxima fase é de liquidação da sentença condenatória, nesta fase será fixado o *quantum debeatur*, ou seja, o montante da indenização. Assim, qualquer interessado poderá reclamar o montante, desde que se faça prova neste sentido, individualmente.

Em suma, na primeira fase será conhecida a existência de uma relação jurídica e estabelece ao réu o dever de ressarcir os prejuízos que causou. Na liquidação da sentença, já existe o reconhecimento do direito ao ressarcimento, no entanto, somente ocorrerá se demonstrar a extensão deste prejuízo.

6.2.2 Termo de Ajustamento de Conduta- TAC

O termo de Ajustamento de Conduta, embora somente criado com a Lei 7.347/1985, já era utilizado antes desta previsão legal. O código de Defesa do Consumidor inseriu o art. 5º, § 6º, no qual autoriza os órgãos públicos legitimados a firmarem um compromisso às exigências legais, com possibilidade de imposições para o inadimplemento⁵¹.

⁵¹ Lei 7.347/1985, art. 5º (...) § 6º: Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. ([Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990](#)).

Importante salientar que o TAC diverge da transação civil, na qual ambas as partes transacionam, diversamente, no TAC somente o infrator se compromete em ajustar sua conduta, e o documento terá eficácia de título executivo extrajudicial.

6.2.3 Inquérito Civil

O inquérito civil é atribuição exclusiva do Ministério Público, é uma medida preparatória de eventual ação civil pública, elevada ao nível constitucional de função institucional do MP. Quanto ao inquérito civil, Mônaco⁵² o define como:

[...] um procedimento administrativo criado pela lei com a finalidade de coadjuvar o Ministério Público na tarefa de investigar fatos ensejadores da propositura de ação civil pública. Não é processo e tampouco procedimento judicial. É simplesmente procedimento administrativo investigatório.

A importância do Inquérito Policial pauta-se na colheita material de suporte probatório para ajuizamento da ação, de maneira a formar a convicção do promotor de justiça a propositura de ação temerária.

Hugo Nigro Mazzilli, também sobre o inquérito civil:

Inquérito Civil é um procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público; seu objeto é a coleta de elementos de convicção que sirvam de base à propositura de uma Ação Civil Pública para a defesa de direitos transindividuais – ou seja, destina-se a colher elementos de convicção para que, à sua vista, o Ministério Público possa identificar ou não a hipótese em que a Lei exige sua iniciativa na propositura de uma Ação Civil Pública.

Assim como o inquérito policial, o inquérito civil é peça dispensável. Cumpre salientar que caso o promotor de justiça entenda não ser caso de propositura da ação promoverá o arquivamento do inquérito civil, remetendo a promoção ao conselho superior do Ministério público (art. 30 da Lei n. 8.625/93), que poderá fazer o arquivamento. Caso entenda não ser possível o arquivamento, o órgão designará outro promotor de justiça para prosseguir as investigações.

Neste sentido, uma vez arquivado o inquérito civil, o Ministério Público não poderá mais propor ação, embora não haja nenhum óbice em relação aos outros colegitimados.

⁵² SILVA, José Luiz Mônaco da. Inquérito civil: doutrina, legislação, modelos. São Paulo: Edipro, 2000, p. 28.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁵³ destaca que não há impedimento para o Ministério Público, ao verificar a materialidade do crime e indícios de autoria, de promover a ação civil pública juntamente com a ação penal pública, desde que possa propor a última.

6.2.4 Tutela inibitória para proteção ao meio ambiente

Hodiernamente é possível encontrar direitos sem cunho patrimonial na sociedade contemporânea, como por exemplo o Direito Ambiental, pois a sua não observância acarreta prejuízos inestimáveis e de difícil reparação.

Esta peculiaridade do direito meio ambiente pauta-se na impossibilidade do homem moldar a natureza ao seu bel prazer, ao utilizar de forma desproporcional e desarrazoada seus bens naturais. Partindo desta premissa é possível entender a utilização das tutelas inibitórias, pois é um mecanismo preventivo e específico, já que não possui o escopo de proteger um direito já violado.

Ao qualificá-la como específica remete-se ao fato de condizer com a especificidade do que é requerido pelo autor da tutela inibitória. Cumpre ressaltar que a tutela inibitória não exige os elementos de culpa ou dolo, visto que estes elementos subjetivos são apenas critérios de imputação do dever de ressarcir o prejuízo.

O sistema jurídico brasileiro possui meios eficazes para garantia desta, já que se o juiz perceber a necessidade de prevenção do ilícito poderá utilizar de mecanismos próprios para impedir que tal feito se concretize, como por exemplo, impor multa diária ou qualquer outra medida executiva, mesmo que não haja qualquer solicitação do autor.⁵⁴

A ação é autônoma, de cognição exauriente, e por se tratar de ação de conhecimento é possível que seja necessário a antecipação de tutela a fim de evitar o perigo da demora. No entanto, não se confunde com tutela antecipada ressarcitória, pois ela apenas possui objetivo preventivo.

⁵³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2002. p. 285.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

6.2.5 A Coisa Julgada

Diante do dano ambiental, ou se uma atividade potencialmente poluidora pode-se ajuizar a Ação Civil Pública através de seus legitimados, buscando ou a recuperação ou a prevenção do dano através de uma sentença de mérito, na qual o Estado-Juiz coloca fim a lide. Diante desta sentença advém a possibilidade de recurso pela parte sucumbente, e exauridas as possibilidades de recurso forma-se a coisa julgada.

A coisa julgada pode ser formal ou material segundo demonstra a doutrina. Assim, será formal quando ocorrer a entrega da prestação jurisdicional pelo Estado, tornando-se imutável dentro do processo, acarretando a impossibilidade das partes rediscutirem o julgamento. Nem mesmo ao juiz caberá a modificação da sentença após prolatada. Segundo o Código de Processo Civil de 1973⁵⁵, em seu art. 467 "denomina-se coisa julgada material a eficácia, que trona imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

De acordo com Carvalho Filho⁵⁶, a coisa julgada formal é condição precedente da coisa julgada material. Apresentado o conceito de coisa julgada material e formal é possível fazer-se melhores análises do tema coisa julgada.

O mesmo código acima mencionado traz em seu art. 472 "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros", ou seja, o limite subjetivo será as partes do processo, diante da impossibilidade de influenciar terceiros não participantes da lide, o que doutrinamente é conhecido como *inter partes*.

Em contrapartida, no processo coletivo, o efeito é justamente o oposto, pois de acordo com o disciplinado na Lei de Ação Civil Pública⁵⁷, a regra é que a coisa julgada produza efeito *erga omnes* pela sentença de mérito. Quanto aos possíveis recursos na Lei de Ação Civil Pública, não houve inovações se comparados com o ordenamento jurídico pátrio.

6.2.7 Meios Coercitivos para a efetividade da proteção ambiental

⁵⁵BRASIL, Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵⁷ Conforme previsto no art. 16 da Lei 7.347/1985: "A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Devido a degradação ambiental que tem se intensificado desde a revolução industrial, fez-se necessária a criação de mecanismos que diminuam os danos ocasionados. Dentre os meios coercitivos pode-se citar a responsabilidade civil, que será tratada em capítulo próprio devido a sua importância no tema em tela.

No entanto, cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a teoria do risco integral, ou seja, basta que exista o dano ambiental, não há necessidade de comprovação de dolo ou culpa, não podendo ser alegada a excludente de responsabilidade, quais sejam: dano de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior. Pois, aquele que lucra, assume o risco da atividade.

A responsabilidade administrativa está presente na Carta Magna, no § 3º do art. 225, no qual salienta que a responsabilidade é tríplice, ou seja, penal, civil e administrativa. Neste sentido, a responsabilidade administrativa ambiental deverá ser apurada em processo administrativo próprio, com o devido contraditório e a ampla defesa. Como tratado em capítulo específico, em consonância com o princípio da prevenção, não se faz necessário que a consumação exista, sendo necessário apenas o perigo de dano. Cumpre ressaltar que de acordo com o art. 76 da Lei 9605/98: “o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa Federal na mesma hipótese de incidência”.

A suspensão das atividades é outro meio coercitivo, que doutrinariamente é reconhecido como um dos mais severos, pois ao suspender as atividades poderá ocorrer danos irreparáveis ao agente, de cunho econômico que poderá acarretar em dificuldades de continuar sua atividade posteriormente.

Outro meio coercitivo que merece destaque é a perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em locais de crédito oficiais. Pois as verbas públicas, e até mesmo o privado o privado não poderá financiar a degradação ambiental, neste sentido, possui amparo na própria Carta Magna de 88, pois o sistema financeiro deve sempre buscar o interesse coletivo, qual seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

6.2.8 Inversão do ônus da prova

Prova é todo elemento que contribui para a convicção do juiz⁵⁸. O ônus da prova somente será possível quando não for possível esclarecer os fatos, ou seja, uma inversão na regra natural de distribuição das provas, que poderá ser legal, judicial ou convencional.

Ao se tratar de direitos disponível é possível que seja convencional, pois poderão as partes renunciar seus direitos, ou até mesmo reconhecer o pedido de seu adversário. Cumpre salientar que tal instituto é expressamente proibido no art. 51, VI do Código de Defesa do Consumidor. A inversão legal ocorre quando há previsão normativa, podendo ou não admitir prova em contrário. E, por fim, a inversão judicial é aquela que a lei condiciona ao critério do juiz, quando presentes determinados requisitos e circunstâncias⁵⁹.

Nas ações civis públicas são possíveis todos os meios de provas admitidos pelo direito, aplicando-se as normas gerais presentes no Código de Processo Civil, e subsidiariamente a Lei de Ação Civil Pública. Quanto ao Código de Defesa do Consumidor é comumente utilizado este instituto, ao verificar a hipossuficiência do consumidor, que em regra é a parte mais frágil da demanda.

Quanto as outras modalidades de Ação Civil Pública, o tema já foi bastante controvertido, no entanto, o STJ já vem adotando o posicionamento da sua possibilidade.

Parte da doutrina e o STJ já vêm admitindo a possibilidade de inverter o ônus da prova não apenas nas ações civis públicas voltadas à defesa das relações de consumo, como também nas que busquem resguardar outros tipos de direitos ou interesses transindividuais⁶⁰.

A segunda turma do STJ, embasando-se no princípio da precaução, anteriormente tratado neste trabalho, tem adotado o posicionamento da inversão do ônus da prova nas Ações Civis Ambientais⁶¹.

Neste sentido, conforme anteriormente afirmado, é possível a utilização de todos os meios possíveis de prova admitidos no direito, como aqueles previstos no Código de Processo Civil e na Lei de Ação Pública.

⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, Vol. I, 19 Ed. – Rio de Janeiro – Lumen Juris, 2009, p.373.

⁵⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza- 4 ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 378

⁶⁰ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE Landolfo. **Interesse Difuso e Coletivo Esquematizado**. São Paulo, ed. Método, 2011, p. 177.

⁶¹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE Landolfo. **Interesse Difuso e Coletivo Esquematizado**. São Paulo, ed. Método, 2011, p. 177.

Cumpraressaltar que o Ministério Público possui a presunção de boa-fé, fato este que o deixa imune ao ônus da sucumbência, submetê-lo a sucumbência seria o mesmo de prejudicar o seu dever de atuação. Neste sentido, o art. 18 da Lei 7.347/85 diz que não haverá adiantamento de custas, honorários periciais, condenações, exceto se ficar provado que houve má-fé por parte do autor da referida ação. No entanto já houve decisões em que o Ministério Público foi condenado ao ônus da sucumbência por ter perdido a demanda nas Ações Civis Públicas ambientais⁶².

⁶² SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**/ Luís Paulo Sirvinkas – São Paulo: Saraiva, 2012, p.843.

6 AÇÃO CIVIL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências”, disciplina a proteção dos direitos assegurados pela Constituição Federal, quais sejam: meio ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a qualquer outro de interesse difuso ou coletivo.

A proteção ao meio ambiente, por meio da implementação de políticas públicas ambientais, através da ação civil pública tem-se intensificado cada vez mais no ordenamento jurídico brasileiro.

O Poder Judiciário, ao analisar um simples litígio de proteção ambiental em que o ministério público ajuíza uma ação contra o Estado, está por via transversa a assegurar direitos consagrados pela Constituição Federal, e por consequência lógica, está a instaurar políticas públicas que deveriam ser propostas pelo Executivo ou Legislativo, funções essas obrigatórias e originárias desses poderes.

Diga-se de passagem, que não só através da ação civil pública, o poder judiciário indiretamente instaura políticas públicas, mas, sim, também por meio de ação de rito ordinário, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade, etc.

Conforme a lição de Edis Milaré, políticas públicas são condutas comissivas ou omissivas da Administração Pública, *lato sensu*, ligadas a realização de uma programa ou meta prevista na Constituição Federal, quais se sujeitam ao controle do Poder Judiciário, quanto a forma de sua execução.

O Administrador Público tem o dever de implementar as políticas públicas na forma da Constituição, cabe a ele verificar quais devem ser aplicadas em relação ao seu campo de atuação. Quanto ao direito ambiental, a carta da república é clara ao mencionar acerca das políticas públicas:

DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder

Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

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

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

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

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

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

O tema gera grande discussão nos tribunais, uma vez que o Poder Judiciário não pode interferir no poder discricionário do Administrador. A decisão judicial, por exemplo, determina o que deverá ser feito para proteção do meio ambiente, todavia, jamais poderá determinar como será realizada a determinação judicial, especificando, quem, quando, onde deverá ser prestada.

Canotilho⁶³, no prefácio de sua tese de doutorado apresentou:

Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional”, acrescentando que “os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais

⁶³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Prefácio, p. XIX

Neste sentido, políticas públicas são diretrizes que consubstanciam programas de atuação governamental, para a persecução de determinado fim, impondo determinadas condutas dos agentes públicos.

Rodolfo de Camargo Mancuso⁶⁴ apresenta um pertinente conceito sobre políticas públicas:

A política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Dentre os inúmeros instrumentos processuais de acesso à Justiça para a implementação de políticas públicas é a Ação Civil Pública que possui maior utilização, pois possui inúmeras possibilidades, conforme a lei que a regulou, cabe para proteger qualquer interesse difuso e coletivo. A *cláusula de extensão* foi vetada no texto original da lei 7.347/85, no entanto, o CDC inseriu novamente em seu art. 1º, qual seja: “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, que demonstra que a condição de legitimidade independe da titularidade ou valor da causa.

7.1 Princípio da Separação dos Poderes

Quanto ao princípio da separação dos poderes é importante ser apresentado neste trabalho, pois, de fato, questiona-se a interferência do judiciário nas atividades típicas do Legislativo e Executivo.

Sabe-se que a separação dos poderes foi desenvolvida por Montesquieu e aplicada no século XIX graças a Revolução Francesa. A principal razão de sua existência é a limitação do Estado Moderno, limitando as interferências de um poder ao outro e ao mesmo tempo possibilitando a sua mutua fiscalização.

Neste sentido, Maus⁶⁵:

O modelo de separação dos poderes mais influentes da história até hoje foi desenvolvido por Montesquieu no contexto de uma teoria que, em todas as suas premissas e conclusões, se encontra em oposição diametral ao contratualismo de

⁶⁴ MILARÉ, Edis, Coordenador. **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 730.

⁶⁵ MAUS, Ingeborg. *Separação dos Poderes e Função Judiciária: uma perspectiva teórica e democrática in* Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (coordenadores). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. 1 ed. 1 vol. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 20

fundamentação democrática dos séculos XVII e XVIII. O título 'Da Constituição da Inglaterra' do famoso capítulo no livro de Montesquieu, 'Do espírito das leis', no qual são tratados os princípios fundamentais da separação dos poderes, já remete assim a um programa teórico que fundamenta a oposição aos teóricos do iluminismo. O ponto de partida de Montesquieu, a constituição inglesa, de existência real, corresponde à premissa de que não se tem que primeiro inventar princípios asseguradores da liberdade, mas que estes hão de ser descobertos em uma realidade já existente.

Canotilho⁶⁶, em uma análise pertinente quanto ao tema:

Independente da discussão em torno da fundamentação empírica e categorial (apriorística) da divisão dos poderes, impõe-se a individualização em dois momentos essenciais da directiva fundamental da organização do poder político: (1) a separação das funções estaduais e a atribuição das mesmas a diferentes titulares (separação funcional, institucional e pessoal); (2) A interdependência de funções através de interdependências e dependências recíprocas (de natureza funcional, orgânica, ou pessoal); (3) o balanço ou controlo das funções, a fim de impedir um superpoder, com a consequência possibilidade de abusos e desvios. Pode afirmar-se que também entre nós este princípio d'art politique tem subjacente a ideia de constituição mista, a máxima política de divide e impera e a exigência de freio e contrapesos (checks na balances) Le pouvoiràrrête Le puvouir.

A teoria em tela divide as funções do Poder, desta forma, ao Poder Legislativo caberia a emissão de regras gerais e abstratas, ao Executivo a atuação e obediências às normas legislativas, e por fim, ao Judiciário a tarefa de fiscalizar a atuação dos demais poderes. Cumpre ressaltar que neste modelo o Judiciário apenas apreciava os litígios entre particulares, não havendo interferências nas questões administrativas.

6.3 A judiciabilidade das políticas públicas

A possibilidade da intervenção do Judiciário nas políticas públicas através da ação civil ambiental acarretou a formação de três correntes que se divergem quanto ao assunto.

- a) a primeira corrente entende pela possibilidade do controle do poder judiciário em intervir em políticas públicas sempre que estiverem em risco a efetividade de direitos fundamentais. Seu principal fundamento baseia-se na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais
- b) a segunda corrente entende pela inaplicabilidade, e fundamentam sua posição no fato de as políticas públicas serem assunto referente ao legislativo e executivo, no qual os

⁶⁶CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed. Almedina. Coimbra/Portugal. 7ª Edição. P. 556.

seus agentes foram eleitos de forma democrática, caso contrário haveria um desrespeito à separação dos poderes.

- c) Por fim, a terceira corrente entende pela possibilidade de intervenção do judiciário para garantir a integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador irredutível, no entanto, deve se observar a reserva do possível.

6.4 Posição dos Tribunais acerca da Matéria

O Superior Tribunal de Justiça considerou como cláusula pétrea o art. 60, § 4º da Constituição Federal, e o invocou como óbice para a apreciação do mérito de uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público que visava à regularização de um loteamento efetuado por um município. Dentre as alegações trazidas pelo *parquet*, estavam a ausência do projeto do loteamento aos órgãos competentes, e a inobservância de regras urbanísticas que regem a matéria.

Interessante notar que os juízes de primeiros graus e os juízos recursais entenderam procedente a demanda, devendo assim, o município regularizar o loteamento. No entanto, ao interpor Recurso Especial, o STJ entendeu, através de seu ministro, José Delgado que consistia em uma violação ao dogma da separação dos poderes. Tal fundamento pauta-se na possibilidade da Administração Pública de efetuar ou não a regularização do loteamento, através de critérios de conveniência e oportunidade.

Assim, entendeu o STJ, neste referido julgado, pela impossibilidade do Poder Judiciário intervir nas decisões discricionárias, mesmo quando signifiquem a proteção ao meio ambiente. Desta forma, tal pedido foi considerado juridicamente impossível, acarretando a reforma da decisão.

É de suma importância salientar que a independência dos poderes surgiu com o intuito de limitar o poder do Administrador, fato este que não recebe mais guarida no momento atual. Neste novo cenário, o Estado não é um simples vigilante da ordem pública, mas possui também dever de promover a proteção ambiental através de políticas públicas.

O Judiciário, neste novo contexto social, possui a missão constitucional de corrigir as omissões ilícitas do agente público, acarretando, muitas vezes, a implementação de políticas públicas.

Neste sentido, a separação dos poderes surgiu para a proteção do particular diante do estado, e esta não pode ser considerada um obstáculo intransponível, diante da omissão administrativa.

A esse respeito, merece destaque a advertência de José Renato Nalini:

A outorga - ao Judiciário - da tutela dos interesses difusos não representa atribuição de tarefa que não lhe cabia. Não está ele a desenvolver atividade de suplência, mas exercita sua função típica, a entrega da prestação jurisdicional a quem pleiteia. É fundamental a lucidez de consciência do Judiciário, quanto ao que lhe incumbe quando custodia interesses difusos. Tranqüilizem-se os juízes: não estão a invadir seara alheia. Apenas cumprem o papel que lhes preordenou a própria ordem constitucional e suprem a omissão do Poder Público, incapaz de satisfazer integralmente a todos.

Assim, de acordo com Édis Milare⁶⁷:

As pessoas jurídicas de direito público interno, com vimos, podem ser responsabilizadas pelas lesões que, por ação ou omissão, causarem ao meio ambiente. De fato, não é só como agente poluidor que o Poder Público se expõe ao controle do Poder Judiciário (p.ex., em razão da construção de estradas ou usinas hidrelétrica, sem a realização de estudo de impacto ambiental), mas também quando se omite no dever constitucional de proteger o meio ambiente (inércia da municipalidade quanto à instalação de sistemas de disposição de lixo e tratamento de esgotos p.ex).

O STJ, no julgado acima mencionado, entendeu que a adoção das medidas seriam de natureza privativa da Administração pública, assim como o momento adequado para fazê-lo, sob pena de violação do princípio constitucional da separação dos poderes. Assim, seria vedada ao Poder Judiciário a ingerência nestas alternativas de ordem política e técnica.

Mesmo diante da importância do controle dos poderes por meio do sistema *check and balances*, este trabalho entende que tal posicionamento não deve prosperar diante da necessidade da proteção ambiental. É necessário, portanto, que haja uma interferência jurisdicional para controlar as omissões administrativas com o afincado de garantir medidas positivas de preservação ambiental.

Neste sentido, o ordenamento jurídico pátrio tem demonstrado uma evolução quanto a realização de escolhas e opções em matérias de meio ambiente, assim como a iniciativa na

⁶⁷MILARÉ, Édis (coord). **A ação civil pública em defesa do ambiente, in Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação**, RT, 1995, p. 214.

realização de medidas protetivas, não sendo mais exclusivamente obrigação da administração pública. Pois, ao entender que o meio ambiente é de uso comum do povo e todos devem zelar pela sua preservação, não se mais pode entender que as decisões são meramente discricionárias da administração pública. Sendo permitido ao Judiciário intervir toda vez que ela não atue de maneira satisfatória na defesa do meio ambiente, através de ação civil pública proposta por seus representantes legitimados.

Em suma, pode-se concluir que a necessidade do controle da administração se fundamenta no próprio princípio da separação dos poderes. Assim apresenta Odete Medauar⁶⁸: “se o poder detém o poder, se é o Poder Judiciário cabe a jurisdição, é da lógica da separação de poderes o controle da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida”.

No entanto, existem julgados no STJ que entendem pela possibilidade do uso da Ação Civil Pública para implementar políticas públicas sem que haja afronta à repartição de poderes. Pode-se citar o REsp de n. 577.836- SC, no qual o Ministro Luiz Fux afirma:

O egrégio Tribunal de Justiça a quo, ao entendimento de que o princípio da Separação dos Poderes impede o Judiciário de exigir do Executivo a execução de cronograma de atendimento hospitalar - posto que tal ato diria respeito ao poder discricionário da Administração Pública -, afastou-se da sua função de fiscalização das políticas públicas, admitindo, portanto, que possam ser desconsiderados princípios constitucionais, sempre que não lhes for reconhecida eficácia imediata, o que é, data venia, totalmente inconcebível.(...)

O Ministro acertadamente, em seu voto, afirma que em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o Poder Judiciário é obrigado a garantir a efetividade dos direitos violados pela inércia do Executivo, embora tal julgado refira-se à proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente, entende ser possível a transposição para os direitos e garantias ambientais.

Neste sentido, resta-se comprovado o dever do Judiciário em apreciar demandas que tutelem pela proteção ambiental, mesmo que estas sejam propostas diante da omissão do administrador público.

É importante ser citado à tona a questão da discricionariedade administrativa, já que está é o principal argumento utilizado por aqueles que não coadunam com o entendimento enfrentado neste estudo. No REsp de nº 429.570- GO, interposto pelo MP em razão de uma

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ACP que buscava exigir a promoção de obras de recuperação de área degradada em um município do Goiás:

A pergunta que se faz é a seguinte: pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º, da lei de ação civil pública? O acórdão recorrido adotou entendimento de que não poderia fazê-lo por se tratar de ato administrativo discricionário, sobre o qual não cabe a ingerência do Judiciário. Não obstante, entendo que a ótica sob a qual se deve analisar a questão não é puramente a da natureza do ato administrativo, mas a da responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorram danos ao meio ambiente. Estando, pois, provado que a erosão causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado.

O primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração. No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei. A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o facere ou non facere, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário.

A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade.

Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar. Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública."

As políticas públicas são diretrizes de interesse público que direcionam a ação governamental de acordo com os objetivos e condicionam a conduta dos agentes públicos. As diretrizes são separadas conforme seus temas, por exemplo: a política ambiental, econômica, entre outras. Neste diapasão quem as fixa é o poder público, que dentro da separação dos poderes, é o Poder Executivo. Assim, o interesse consubstanciado pelas políticas públicas possui como norte o interesse público.

Isso faz com que as políticas públicas não possam ser arbitrárias, pois desta forma não estariam buscando o interesse público.

O Supremo Tribunal Federal⁶⁹, no tema de implementação de políticas pública, já tem entendimento pacificado, de que é sim possível a atuação do poder judiciário:

Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. [...] SITUAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ingressar em juízo com ação civil pública em defesa de interesses individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde.

[...] IV - Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. V – Agravo regimental a que se nega provimento.

Assim como:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.⁷⁰

Outro julgado de importância:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção.

⁶⁹(RE 820910 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-171 DIVULG 03-09-2014 PUBLIC 04-09-2014)

⁷⁰809018 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012.

2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.⁷¹

Deste modo, entende-se que a margem da discricionariedade é limitada, pois a escolha dos atos deve ser pautada na realização dos objetivos sociais, portanto, permitido ao Judiciário, respeitando a sua inércia, intervir e impor uma obrigação de fazer para sanar a omissão do executivo.

⁷¹RE 417408 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00512

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Ambiental é uma das matérias mais importantes do ordenamento pátrio, é possível afirmar que é a que mais se destaca no âmbito internacional devido a sua seriedade frente à necessidade de preservação ambiental.

A Carta Maior trouxe uma inovação quanto a proteção ambiental, ao tratar o meio ambiente como direito fundamental, e neste sentido, o interesse público está cada dia mais voltado com a conservação ambiental

Diante disto é necessária uma tutela que seja eficaz em garantir esta proteção, foi neste contexto que surgiu a Ação Civil Pública Ambiental como instrumento de efetividade deste direito fundamental.

Em face do exposto, e levando em consideração o papel da Constituição, é dever do poder público interferir em caso de ação ou omissão que acarretem em prejuízo ao meio ambiente. Neste sentido, é possível que o Judiciário intervenha na formulação de políticas públicas que visem efetivar a proteção ambiental.

Mesmo que a formulação e a execução das políticas públicas dependam da opção do Administrador público, pois a ele foi conferido a investidura através de mandato eletivo, não possui liberdade absoluta para a consecução de seus interesses, o que o limita, portanto, é a garantia das condições mínimas de existência, conhecido como o mínimo existencial.

Restou evidenciado que o princípio da separação dos poderes em relação à proteção ao meio ambiente, diante de uma omissão do Poder Executivo vem sendo revista, sempre que este comportamento importar na não efetivação de direitos previstos na Lei Fundamental.

Por fim, restou comprovado que a Ação Civil Pública se configura como um instrumento indispensável para a consecução dos direitos coletivos, entre eles, o Direito ao Meio Ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE Landolfo. **Interesse Difuso e Coletivo Esquemático**. São Paulo, ed. Método, 2011.

ARAÚJO, Lílian Alves. **Ação civil pública ambiental**. 2ª. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2004.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. ; SOARES, Seline Nicole Martins. **Arbitragem Ambiental no MERCOSUL: uma visão crítica**, in José Rubens Morato Leite, Ney de Barros Bello Filho (org) **Direito Ambiental Contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Prefácio, p. XIX.

CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed. Almedina. Coimbra/Portugal. 7ª Edição. P. 556.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, Vol. I, 19 Ed. – Rio de Janeiro – LumenJuris, 2009.

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

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. **O Poder Judiciário e o meio ambiente**. O Estado de São Paulo, 18.06.1988,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 13 ed., 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 8º edição ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O novo processo do consumidor**. In GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza- 4 ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAUS, Ingeborg. **Separação dos Poderes e Função Judiciária: uma perspectiva teórica e democrática** in Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (coordenadores). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. 1 ed. 1 vol. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MAZZILI, Hugo, Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Luiz Mônaco da. Inquérito civil: doutrina, legislação, modelos. São Paulo: Edipro, 2000, p. 28.