

# Revista de Direitos Difusos

VOLUME 37

Direito Processual Civil Coletivo (II)

Maio-Junho/2006

**Coordenadores:**

*Guilherme José Purvin de Figueiredo*

*Paulo Affonso Leme Machado*



# Revista de Direitos Difusos

VOLUME 37

Direito Processual Civil Coletivo (II)

Maio-Junho/2006

Coordenadores:

*Guilherme José Purvin de Figueiredo*

*Paulo Affonso Leme Machado*



GAZETA  
JURIS

## Revista de Direitos Difusos

Uma publicação do IBAP - Instituto Brasileiro de Advocacia Pública  
e da APRODAB - Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil  
em Parceria com GazetaJuris

### Revista de Direitos Difusos

#### Diretores:

- *Guilherme José Purvin de Figueiredo* - Procurador do Estado de São Paulo; Coordenador Geral da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil – APRODAB e Diretor do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública; Doutor em Direito pela USP. Professor de Direito Ambiental no Curso de Graduação em Direito da Universidade São Francisco e nos Cursos de Especialização em Direito Ambiental das Faculdades de Saúde Pública e de Direito da USP (NISAM) e das Faculdades de Direito da PUC-RJ, PUC-SP e PUC-PR.
- *Paulo Affonso Leme Machado* - Professor de Direito Ambiental da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP; Coordenador Internacional da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil e Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Ambiental – SOBRADIMA; foi Professor de Direito Ambiental - IB - UNESP (Rio Claro - SP). Professor Visitante na Universidade de Limoges (França). Prêmio Internacional de Direito Ambiental “Elizabeth Haub”(1985).

#### Conselho Editorial:

- *A. Daniel Tarlock* (Distinguished Professor of Law, and Associate Dean for Faculty Chicago-Kent College of Law Illinois Institute of Technology Chicago – USA)
- *Alaôr Caffé Alves* (Professor Associado da Faculdade de Direito da USP)
- *Ana Cláudia Bento Graf* (Professora de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Procuradora do Estado do Paraná)
- *Carlos Frederico Marés de Souza Filho* (Professor da Faculdade de Direito da PUC-Paraná)
- *Clarissa Ferreira Macedo D’Isep* (Professora da Faculdade de Direito da PUC-SP, FIG e SENAI/São Bernardo do Campo – SP)
- *Fernando C. Walcacer* (Professor da Faculdade de Direito da PUC-RJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro)
- *Fernando Rei* (Sociedade Brasileira de Direito Internacional do Meio Ambiente - SBDIMA)
- *Gerd Winter* (Professor do Centro de Pesquisas de Direito Ambiental Europeu – Universidade de Bremen - Alemanha)
- *Giampiero Di Plinio* (Professore straordinario di Diritto pubblico comparato nella Facoltà di Economia dell’Università G. D’Annunzio (Chieti-Pescara, Italia)
- *Jacqueline Morand-Devillier* (Professeur à l’Université de Paris I – Panthéon Sorbonne)
- *Michel Prieur* (Diretor Científico do CRIDEAU - Doyen Honoraire de la Faculte de Droit et des Sciences Economiques de Limoges; Presidente Adjunto da Comissão de Direito Ambiental da UICN - França)
- *Odete Medauar* (Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP; Presidente do CEDAU – Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico)
- *Sheila C. Pitombeira* (Procuradora de Justiça - Ministério Público do Estado do Ceará; Professora de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade de Fortaleza - CE)
- *Solange Teles da Silva* (Professora da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Amazonas e da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos).

**Redação:** Rua Cristóvão Colombo, 43 – 10º andar – São Paulo/SP – CEP 01006-002 – Fone/fax: 11-3104-2819

**Periodicidade:** Bimestral

**Editoração Eletrônica:** *Fátima Serpa e Zélia de Souza Meirelles*

**Capa:** *Luciana Mello e Monika Mayer*

**Vendas:** (21) 3289-5100

**E-mail:** vendas@portaljuris.com.br

## SUMÁRIO

**Tema em foco:** Direito Processual Civil Coletivo (II)

### **Doutrina**

O Direito Processual Coletivo na Colômbia – Principais Aspectos

— *Georgios José Ilias Bernabé Alexandridis*.....7

Ação Popular e Defesa do Meio Ambiente

— *Guilherme José Purvin de Figueiredo*.....31

Tutela Inibitória Ambiental: Considerações Iniciais sobre a Prevenção do Ilícito Ambiental

— *Leonardo Papp*.....39

A Atipicidade da Ação Civil Pública e o Sistema Processual Coletivo

— *Marcelo Abelha Rodrigues*.....67

O Supremo Tribunal Federal e a Omissão Inconstitucional:

A tarefa realizadora da Constituição e o Mandado de Injunção

— *Marcela Albuquerque Maciel*.....73

Inquérito Civil e Ônus da Prova na Ação de Improbidade Administrativa

— *Marcelo Buzaglo Dantas*.....85

Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

— *Instituto Ibero-Americano de Direito Processual*.....103

### **Jurisprudência**

— Acórdão – Superior Tribunal de Justiça .....115

**Peças Processuais**

Informações em Mandado de Segurança – Instituto Ambiental do Paraná

— *Lindsley da Silva Rasca Rodrigues e*

*Cecy Thereza Cercal Kreutzer de Góes*.....161

Recurso Especial em Ação Direta de Inconstitucionalidade - Estado de São Paulo X Município de Jundiaí/SP

— *Lindamir Monteiro da Silva e*

*Guilherme José Purvin de Figueiredo*.....179

# O Direito Processual Coletivo na Colômbia

## Principais Aspectos

Georgios José Ilias Bernabé Alexandridis\*

**Palavras-Chave:** Processo – Direito Processual Coletivo – Colômbia – Interesses Difusos – Interesses Coletivos – Interesses Individuais Homogêneos

**Sumário.** I. Introdução. 1. O caso da Colômbia. 1.1. A legitimação ativa. 1.2. A legitimação passiva. 1.3. Dos incentivos à propositura das demandas. 1.4. Procedimento. 1.5. Das medidas cautelares. 1.6. Do pacto de cumprimento. 1.7. Das provas. 1.8. Da sentença e seus efeitos. 1.9. Dos recursos. 1.10. Das custas. II – Conclusão. III – Bibliografia.

### I – Introdução

O direito coletivo nas últimas décadas em todos os países vem ganhando maior relevo, quer seja pela massificação dos meios de produção e de consumo, quer sejam pela abrangência cada vez maior dos danos, que se individualmente considerados não teriam uma adequada tutela jurisdicional por se refletirem de forma coletiva na sociedade, necessitando assim de remédios adequados e eficazes para a solução de conflitos dessa natureza.

A busca pela tutela de interesses coletivos em sentido amplo origina-se pela necessidade de se criar mecanismos na sociedade que possibilitem o acesso ao judiciário de forma a garantir, de uma só vez, o interesse de um número indeterminável ou determinável de pessoas, desafogando o judiciário no julgamento de lides individuais com o mesmo objetivo, e ainda, tornando uniforme a decisão do judiciário, quer seja porque a matéria assim exige, no caso dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito, quer seja pela homogeneidade dos direitos individuais que nos revelam a necessidade de intervenção coletiva<sup>1</sup>.

\* Advogado e professor. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela PUC/SP. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/SP. Articulista de sites e periódicos jurídicos.

<sup>1</sup> O termo “interesse” é empregado como sinônimo de “direito”, tanto no art. 5º, incisos LIX e LXX, *b*, da Constituição Federal, como no art. 81 da Lei 8.078/90, “visto que nada mais representam os ‘interesses’, ali dispostos, do que verdadeiros ‘direitos’, previstos no ordenamento jurídico pátrio”. (fls. 472, nota 47 do livro de José Antonio remédio).

Apesar da boa disciplina que temos a respeito, não podemos deixar de analisar também os regramentos alienígenas posteriores, pois além de sofrerem grande influência da nossa legislação, evidenciam um possível aprimoramento do nosso sistema.

Justamente a análise do direito comparado, conforme ensinamentos do professor Marcelo Gomes Sodré<sup>2</sup>, visa permitir:

- a) uma história, uma filosofia, uma teoria geral para o direito processual coletivo;
- b) um direito processual coletivo internacional; e
- c) um aprimoramento do direito processual coletivo nacional.

O presente trabalho não tem a pretensão de preencher todos esses enfoques, mas podemos a partir das primeiras análises formuladas partir para essa construção, visando nesse primeiro estudo buscar elementos de aprimoramento do nosso direito processual coletivo.

Assim, passaremos agora à análise da legislação coletiva da Colômbia, sem perder de vista a nossa legislação, traçando diversos comparativos.

## 1. O caso da Colômbia

Visando regulamentar as ações que visam a proteção dos direitos e interesses coletivos, tal qual previsto no artigo 88 da Constituição Política da Colômbia, em 5 de agosto de 1998, foi promulgada a Lei 472/98 que regula o exercício das ações coletivas, promovendo a defesa desses interesses através de dois tipos de demandas, as *acciones populares* e as *acciones de grupo*.

As *acciones populares* são os meios processuais para a proteção dos direitos e interesses coletivos, tendo como objetivos evitar um dano iminente, cessão do perigo, ameaça, lesão ou o agravamento dos direitos e interesses coletivos, devendo sempre que possível buscar o *status quo* a lesão do direito.

Verificamos que o interesse coletivo empregado no texto legal refere-se ao seu sentido *latu sensu* indicando que as ações populares podem ser utilizadas para a tutela de todos interesses, quer sejam, difusos e coletivos em sentido estrito, sendo que a lei colombiana faz distinção unicamente quanto aos direitos individuais homogêneos, que serem tutelados pelas *acciones de grupo*.

Podemos fazer uma correlação da ação popular colombiana com a ação civil pública<sup>3</sup> brasileira, contudo, esta<sup>4</sup> para nós é apenas um dos instrumentos para

<sup>2</sup> GOMES SODRÉ, Marcelo, *As leis principiológicas de defesa do consumidor na América Latina: origens, importância e principais disposições*, pág. 423 e 424.

<sup>3</sup> Lei 7.347/85 – Lei da ação civil pública.

<sup>4</sup> Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, sua integração com a Lei 7.347/85, de forma a criar a base do direito processual coletivo, como um novo ramo do direito processual, a expressão nominativa da ação que defende os interesses difusos deixa de ser ação civil pública para se tornar ação coletiva, apesar de conterem equivalência de sentido, mas que se revela ser mais adequada do ponto de vista prático e doutrinário.



a tutela dos interesses e direitos coletivos, na medida em que é admitida toda e qualquer ação que seja adequada e eficaz para a tutela desses direitos<sup>5</sup>, na Colômbia o que se verifica é que esta adequada e eficaz tutela ocorrerá por meio da ação popular, que admite em seu bojo todos os meios eficazes, medidas prévias e cautelares, assim como qualquer pedido, visando a proteção dos direitos coletivos, o que nos permite afirmar que as *acciones populares* são o remédio próprio para a efetiva prevenção e reparação dos danos coletivos na Colômbia.

Diferentemente da escolha legislativa brasileira, que conceitua de forma ampla os interesses coletivos (conforme observamos dos incisos do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor) o legislador colombiano optou por, em rol não taxativo, enumerar direitos e interesses coletivos, donde podemos extrair a proteção do meio ambiente, moralidade administrativa, proteção do patrimônio público e cultural, proteção dos direitos dos consumidores, dentre outros.

Na Colômbia não há distinção entre interesses difusos e interesses coletivos em sentido estrito, o que não compromete, pelo menos a princípio o sistema de tutela coletiva colombiano, já que se vale do fato do direito abranger um número indeterminado ou mesmo determinável de pessoas, sendo, pois, transindividual e, principalmente, de natureza indivisível, para se valer das *acciones populares*.

O enfoque dado à proteção dos interesses coletivos na Colômbia se aproxima em muito das *class action* americanas, principalmente no que cuida a legitimação ativa para a propositura da demanda, contudo, o interessante do estudo desse sistema reside no fato de que na Colômbia não vigora o sistema da *common law*, por prevalecer o sistema positivado, o que resulta em uma forma *sui generis*, com a inclusão de inúmeras questões interessantes que serão analisadas.

### 1.1. A legitimação ativa

A legitimação ativa para a propositura das *acciones populares* é a mais ampliada possível, possibilitando a promoção da ação popular para a tutela de interesses difusos e coletivos por qualquer pessoa natural ou jurídica, encontrando-se fundamento na *class action* americana, na qual o indivíduo também se encontra legitimado para a ação coletiva, devendo o juiz “avaliar se o indivíduo, isoladamente considerado, é portador de idoneidade para ser o representante de uma classe de pessoas ausentes diretamente interessadas no desfecho da demanda coletiva (*adequacy of representation*)”.<sup>6</sup>

As ligas e associações de consumidores, também estão legitimadas para a propositura da ação popular, tendo regramento próprio e específico na Lei 1.441/82, que será objeto de estudo em capítulo próprio no presente trabalho.

<sup>5</sup> Por força do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor;

<sup>6</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, 1ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. pág. 528.

Podemos verificar que o sistema de proteção dos direitos coletivos na Colômbia utilizou-se como fundamento também a legislação brasileira, possibilitando a tutela dos interesses coletivos através de outros legitimados como as associações, as entidades públicas e o Ministério Público.

Diante dessa amplitude da legitimação, como forma de controle a impedir o uso viciado da demanda coletiva e para que não haja um comprometimento de todo o sistema de proteção coletiva, sempre que a ação coletiva é proposta sem a intermediação de um legitimado judicial, a Defensoria Del Pueblo<sup>7</sup> poderá intervir, devendo o juiz notificá-lo do ato de admissão da demanda, antes da citação do requerido na demanda, propiciando a possibilidade de emendar a inicial, assumindo a ação ao lado do autor, o mesmo ocorrendo com o Ministério Público, contudo, diferentemente do que ocorre no Brasil, a intervenção do Ministério Público na ação popular é definida por sua conveniência.

Ademais, para que seja aferida a legitimidade de alguns desses co-legitimados, verifica-se como requisito a pertinência temática na medida em que os legitimados devem ter funções correlatas aos interesses coletivos lesados, autorizando assim a sua defesa.

Como fonte de controle também existe a figura da assistência de qualquer pessoa natural ou jurídica, bem como os demais co-legitimados, e ainda qualquer autoridade que por razão de suas funções deva proteger e defender os direitos e interesses coletivos, para intervirem como assistentes nas ações, possibilitando assim um maior controle do devido processo legal e a adequada representação do autor da demanda.

Apesar de não haver qualquer limitação quantitativa para a assistência, objetivando evitar qualquer tumulto processual que inviabilize a tutela dos direitos e interesses coletivos através da ação popular, deve ser limitado o número de assistentes, de forma de que somente os interessados diretamente (caso de pessoas físicas e jurídicas) possam assistir o processo, os demais órgãos e instituições mencionadas, com exceção do Ministério Público, também devem demonstrar interesse jurídico na demanda, ou seja, a pertinência temática

---

<sup>7</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO é uma instituição que tem o dever de defender os direitos dos cidadãos à educação, à saúde, à segurança, ao livre uso dos espaços públicos e procurar elevar a qualidade de vida da população e promover a defesa dos direitos humanos. O DEFENSOR DO POVO é designado por legislatura, se trata de uma instituição equivalente ao do *Ombudsman* estabelecida na Suécia em 1809 e tomada de modelo pela Argentina e de vários outros países. O defensor do povo não recebe ordens de nenhuma autoridade e desempenha suas funções com total autonomia. Atua de ofício ou a requerimento das partes e todas as instituições estão obrigadas a auxiliá-los nas investigações e inspeções facilitando o acesso às informações que solicite. Não é juiz, e assim, não dita sentenças nem impõe sanções, contudo, suas advertências e recomendações constituem a voz da opinião pública e tem uma influência decisiva na modificações das normas vigentes, também podem propor formas de acordo ou conciliação para encontrar uma solução. Recebida a denúncia no órgão através de um reclamante, lhe é entregue um recibo com número de protocolo de registro, uma vez aceita a denúncia, são iniciadas as ações necessárias, sendo que o resultado da reclamação, quais ações foram tomadas e seus resultados, são informados ao reclamante.

para defesa dos interesses em juízo, sendo a presença mais aceitável por tratar-se de instituições representantes de interesses e direitos coletivos.

Além dessas formas de controle externo, temos também que o próprio juiz deve velar pelo respeito ao devido processo legal, pelas garantias processuais e o equilíbrio entre as partes, assim, tem o juiz atribuição legal de verificar a adequada representatividade daquela pessoa física ou jurídica que ingressa com a ação, antes mesmo de sua admissão, podendo pedir que seja emendada a inicial nesse sentido, como também no curso do processo, pode aferir se o demandante popular está de maneira satisfatória defendendo os interesses coletivos, podendo utilizar-se de seus poderes instrutórios para garantir o equilíbrio das partes e por via reflexa o devido processo legal.

Devemos refletir um pouco mais sobre esse tema na medida em que qualquer pessoa física ou jurídica estão legitimados pelo sistema colombiano para a propositura das ações populares, e fazer um paralelo com o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos proposto pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que prevê a legitimação do indivíduo para a propositura de ação civil pública, especificando requisitos para que seja aferida a adequada representatividade deste legitimado ativo.<sup>8</sup>

Será que mesmo com um controle da adequada representatividade pelo juiz através desses requisitos, poderemos alargar ainda mais a legitimação ativa em nosso sistema, posto que na prática evidenciamos a concentração massiva da propositura das ações coletivas pelo Ministério Público, também abriremos a possibilidade de uma discussão muito grande através de toda a sorte de recursos para a confirmação dessa adequada representatividade, o que pode prejudicar, ou até mesmo inviabilizar, a proteção dos interesses coletivos em sentido amplo, já que apesar dos recursos não terem o efeito suspensivo como regra poderá haver no caso concreto a sua concessão.

---

<sup>8</sup> **Art. 20. Requisitos da ação civil pública** - São requisitos da ação civil pública, a serem aferidos em decisão especificamente motivada do juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

**Par. 1º.** Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

**Par. 2º.** Aplica-se ao Ministério Público, exclusivamente, o disposto na alínea “d” do § 1º deste artigo.

**Par. 3º.** O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no § 4º do artigo seguinte.

O alargamento da legitimidade ativa em nosso sistema pode ter o efeito reverso do previsto, pois ao invés de estimular a propositura das demandas coletivas, derrubando barreiras, poderá de certa forma banalizar o instituto fazendo-o perder sua força, levando a discussões marginais que retirarão o foco da proteção efetiva dos interesses coletivos em sentido amplo, podendo ainda levar ao uso político da demanda coletiva.

### **1.2. A legitimação passiva**

A *acción popular* pode ser dirigida contra o particular, pessoa natural ou jurídica, bem como a autoridade pública cuja atuação ou omissão seja considerada uma ameaça, ou violação dos interesses e do direito coletivo, decorrência lógica de se ter no pólo passivo da demanda a pessoa ou o ente o qual esteja provocando a ameaça ou a lesão aos direitos e interesses coletivos.

Importante destacar que a legislação da ação coletiva colombiana possibilita o ingresso da demanda coletiva, mesmo que não sejam conhecidos os responsáveis pela violação ou ameaça do direito coletivo, cabendo nesta hipótese a determinação do sujeito passivo da ação coletiva pelo juiz da causa.

Contudo, temos como requisito da petição inicial da ação popular a indicação da pessoa que deve figurar no pólo passivo, como ocorre em nosso sistema, mas fato interessante é a possibilidade de que se no curso da demanda seja estabelecido que existem outros possíveis responsáveis pelo dano, o juiz de ofício, deverá ordenar a citação destes para que respondam aos termos da ação ingressada contra o demandado, evidenciando a celeridade, economia processual e objetividade da tutela do direito material sobre o processual, já que, com o processo em andamento, esse novo demandado oferecerá sua defesa, sem a necessidade de propositura de nova demanda.

Temos desta feita, três situações para a determinação do pólo passivo da ação coletiva na Colômbia: (I) refere-se quando se tem a exata medida de quem é o causador da lesão ou do dano de natureza coletiva; (II) caso este não seja conhecido, tal fato não impedirá o ingresso da demanda, nem tampouco a proteção do interesse coletivo, cabendo ao juiz determinar os responsáveis para responderem aos termos da demanda; (III) se no curso da demanda, restar estabelecido que existam outros possíveis responsáveis, caberá ao juiz de ofício ordenar a citação destes para que ingressem na demanda e promovam sua defesa.

Temos desta feita, com esse sistema de determinação da legitimidade passiva, obediência aos princípios de prevalência do direito substancial em relação ao processual, economia processual, celeridade e eficácia, que regem o direito processual coletivo colombiano, regras que encontram perfeita aplicação também em nosso sistema, com fundamento na principiologia própria do direito processual coletivo, na busca da máxima efetividade, máximo benefício e amplitude da ação

coletiva, sempre com a observância dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

### 1.3. Dos incentivos à propositura das demandas

Dando verdadeiro incentivo à propositura das ações populares, o legislador colombiano optou por fixar parâmetros de remuneração aos demandantes, visando à proteção dos direitos e interesses coletivos.

Assim, o demandante da ação popular terá direito a receber um incentivo a ser fixado pelo juiz entre dez e cento e cinquenta salários mínimos mensais, sendo que quando o demandante for uma entidade pública, o incentivo será destinado ao Fundo de Defesa de Interesses Coletivos, criado pela mesma lei.

Mas será que tal incentivo não acaba por comprometer o sistema de proteção dos direitos e interesses coletivos, na medida em que enseja a proliferação de inúmeras ações infundadas? A resposta nos parece negativa, à luz do que dispõe o artigo 38 que trata das custas, condenando o demandante no seu pagamento apenas nos casos de lide temerária ou de má-fé. Ademais, parece-nos que o incentivo só será pago com a procedência da ação, apesar de o comando legal do artigo 39 da Lei 472/98 ser omissivo nesse sentido.<sup>9</sup>

Em se tratando de ação popular fundada em violação à moralidade administrativa, o demandante terá direito a receber quinze por cento (15%) do valor que seja recuperado à entidade pública em razão da ação popular, nos termos do *caput* do artigo 40<sup>10</sup>, o que realmente revela uma boa forma de incentivo para a propositura de demandas, já que o incentivo será sobre os valores recuperados, visando justamente a efetividade da demanda coletiva.

Alíás, a moral administrativa é cuidada neste mesmo artigo, ao estabelecer que o representante legal do organismo e entidade contratante e contratada responderão com seus patrimônios pessoais, de forma solidária com aqueles que concorreram para o fato, até que se tenha recuperado o valor que foi pago em excesso, criando assim a responsabilidade solidária para os casos em que

<sup>9</sup> Art. 39 - Incentivo. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

Quando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.

<sup>10</sup> Art. 40 - Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobre costos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.

haja de alguma forma desvio de dinheiro público através de contratos ou licitações, buscando a facilitação da execução do julgado.

O artigo 43 da Lei 472/98<sup>11</sup>, também trata da moral administrativa, autorizando o juiz a decretar as medidas prévias ou cautelares que estime serem necessárias, comunicando a demanda à Procuradoria, para que seja parte da demanda se achar conveniente. A Ação popular não prejudica a aplicação de sanções disciplinares por parte da Procuradoria, nem pode interferir nas ações disciplinares ou penais para as quais o caso exija.

A possibilidade legal de incentivo para a propositura de ações coletivas deve ser melhor analisada, no Brasil, temos como incentivo a dispensa do adiantamento das custas iniciais, honorários periciais e a ausência de condenação em honorários de sucumbência, salvo comprovada má-fé, contudo, verificamos na prática que tal sistema ainda coíbe a propositura de ações por parte das associações, que no mais das vezes não vislumbram em uma ação coletiva que verse sobre interesses difusos retorno financeiro necessário para a sua própria manutenção e do patrocínio da causa.

Fato que acaba transformando as demandas coletivas propostas por essas entidades em ações que em sua maioria tenha o seu pedido limitado ao grupo de seus associados, mesmo em se tratando de interesses difusos ou mesmo individuais homogêneos, o que daria uma funcionabilidade muito maior para a demanda.

Outro fator que devemos levar em conta é a falta de cultura associativa em nosso país, o que enfraquece as associações que assim não tem o estímulo nem a estrutura indispensável para arcar com o ônus de uma ação judicial, que demandará tempo e dinheiro, apesar da isenção das custas previstas em lei.

O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos idealizado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, prevê a possibilidade do juiz, evidenciando que a atuação do legitimado (pessoa física, sindicato ou associação) tiver sido relevante para o êxito da demanda coletiva, fixar gratificação financeira pela atuação.

Evidenciamos uma omissão quanto à origem destes recursos que o juiz poderá se utilizar como incentivo e reconhecimento do trabalho do legitimado ativo. No caso de procedência da demanda, que evidencia a atuação positiva do legitimado na defesa dos interesses coletivos, já temos a condenação do demandado em honorários de sucumbência que são destinados para o advogado

---

<sup>11</sup> Art. 43 - Moral administrativa. En las acciones populares que versen sobre la moral administrativa y con miras a evitar la duplicidad de funciones para los efectos de los artículos 277 y 278 de la Constitución Política, el juez que conozca de estas acciones decretará las medidas previas o cautelares que estime procedentes y comunicará la demanda a la Procuraduría para que la misma se haga parte si lo considera conveniente.

Si de los hechos se desprende que se ha incurrido en una situación de orden disciplinario, la acción popular se adelantará sin perjuicio de la competencia que corresponda a la Procuraduría en materia disciplinaria. La acción popular no puede interferir las acciones disciplinarias o penales que para el caso procedan.

da parte, assim, utilizando o mesmo raciocínio esse reconhecimento do legitimado ativo deveria ser pago, quando fixado pelo juiz, também pela parte vencida.

Este raciocínio nos parece lógico na medida em que tais valores comporiam também parte da sucumbência da demanda, no entanto, sem o conteúdo expresso da lei, temos uma lacuna que possibilitará uma grande discussão jurídica a seu respeito.

Talvez seja um bom momento para levantar o questionamento sobre a participação maior dos valores que são destinados ao fundo de reparação dos interesses difusos e coletivos, que muitas vezes ficam parados sem destinação, e podem, servir para algum incentivo, para que novas ações que visem à proteção dos interesses coletivos em sentido amplo sejam propostas, como, por exemplo, ocorre no caso colombiano em que parte dos recursos que são recuperados nas ações quer versam sobre a moralidade administrativa, são repassados para a parte, revelando a utilização de forma indireta desses valores destinados ao fundo na própria proteção dos interesses coletivos em sentido amplo.

#### **1.4. Procedimento**

A tramitação das ações coletivas se desenvolve com atenção aos princípios constitucionais colombianos, com a observância em especial da prevalência do direito substancial sobre o direito processual, publicidade, economia, celeridade e eficácia, aplicando-se inclusive os princípios gerais do Código de Processo Civil Colombiano, no que não confrontar com o processo coletivo.

Assim, temos que no processo coletivo colombiano, deve prevalecer a substância sobre a forma, aplicando-se o que chamamos de instrumentalidade da formas, pela qual o meio não pode impedir a realização do fim que é a tutela dos direitos e interesses coletivos, isso se deve a sua elevada importância e abrangência no direito, tanto que faculta ao juiz, nos termos do § 3º do artigo 17 da Lei 472/98, a tomada de medidas cautelares necessárias para impedir prejuízos irreparáveis e irremediáveis, ou suspender os atos geradores da ameaça dos interesses e direitos coletivos, mesmo sem o requerimento da parte.

Temos que, para a sua maior eficiência e efetividade, a publicidade da demanda coletiva e seus efeitos e decisões deve ser a mais ampla possível, devendo ocorrer a notificação aos membros da comunidade através de um meio massivo de comunicação ou qualquer outro mecanismo eficaz. Justamente uma das maiores falhas do nosso sistema processual coletivo está na ausência de efetividade da publicidade das demandas coletivas, tanto com relação ao seu ingresso quanto à divulgação de sua sentença.

Tal fato é em muito prejudicial ao sistema coletivo, por enfraquecer a força das demandas coletivas, já que não chegando ao conhecimento da sociedade, os direitos individuais tutelados sob a forma coletiva não chegam a ser efetivos, já que não se tem conhecimento das demandas, liminares e sentenças proferidas em ações que busquem a tutela dos interesses individuais homogêneos, nem

mesmo dos interesses coletivos e difusos que de forma reflexa também podem evidenciar direitos individuais, podendo-os beneficiar.

Além desse prejuízo evidenciamos que nem mesmo os co-legitimados ativos têm ciência das demandas coletivas propostas, o que pode gerar um multiplicidade de ações desnecessárias, como também uma avalanche de ações individuais, possibilitando a existência de decisões conflitantes e o atolamento do judiciário.

Evidenciamos no processo coletivo colombiano uma preocupação muito grande com a celeridade processual, sendo esta alcançada através do trâmite preferencial das ações populares quanto todas as demais demandas que conheça o juiz competente, com exclusão do *Habeas Corpus* e a ação de tutela e a ação de cumprimento, nos termos do artigo 6º da Lei 472/98. Princípio este se coaduna com o princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva no processo brasileiro, evidenciada por Gregório Assagra de Almeida.<sup>12</sup>

A eficácia denota que poderão ser utilizadas pelo juiz competente para a proteção dos direitos e interesses coletivos todas as medidas capazes de prevenir ou reparar os danos coletivos causados, para que não seja criada uma situação de irreparabilidade e irremediabilidade dos danos através de medidas cautelares e meios para tornar efetiva a reparação dos danos.

Deflagra-se também o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, posto que promovida a ação é uma obrigação do juiz impulsionar o processo para a produção de uma decisão de mérito, sob pena de incorrer em falta disciplinar, apenada com a destituição do cargo, podendo para tanto, adotar as medidas necessárias para adequar a petição à ação que corresponda, nos termos do artigo 5º da Lei 472/98.<sup>13</sup>

A importância das ações coletivas é tamanha atualmente que previu-se inclusive facilidades para a promoção das ações populares, na medida em que o interessado poderá requerer o auxílio do Ministério Público para a elaboração da demanda ou da inicial, tanto nos eventos de urgência, quando a pessoa solicitante não souber escrever. Ora, temos assim, a maior abrangência possível e facilidade para o ingresso com a demanda para a tutela dos interesses e direitos coletivos na Colômbia, o que também pode revelar a deficiência da aferição da adequada representatividade do autor na demanda coletiva.

Apresentada a demanda através da petição inicial, o juiz competente se pronunciará sobre a sua admissão no prazo de três dias úteis seguintes ao seu

<sup>12</sup> Ob. Cit. Pág. 572/573

<sup>13</sup> Art. 5º - Trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia. Se aplicarán también los principios generales del Código de Procedimiento Civil, cuando éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones.

El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes. Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito sob pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución. Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda.



ingresso, podendo o juiz não admitir a demanda quando não seja cumprido um dos requisitos assinalados na Lei 472/98, indicando o que não foi cumprido, podendo o demandante em três dias adequá-la a cumprir os requisitos, sob pena de ser arquivada.

Admitida a demanda, o juiz ordenará a citação pessoal do demandado, informando a todos os membros da sociedade na extensão da demanda podendo utilizar-se para tanto de um meio massivo de comunicação ou qualquer outro mecanismo eficaz para cientificar eventuais beneficiários.

As entidades públicas serão notificadas do ato admissório da demanda através de seu representante legal, ou quem está autorizado a receber as notificações, de acordo com o disposto no Código Contencioso Administrativo. E no caso de ser o demandado particular, a notificação pessoal seguirá o disposto no Código de Procedimento Civil.

Em qualquer dos casos, se a pessoa a quem caiba receber a notificação, não estiver ou não puder receber a notificação, por qualquer motivo que seja, praticará o ato com a pessoa que ali se encontre, com cópia autêntica da demanda e do ato admissório, e o aviso de que enviará pelo mesmo caminho, ao notificado.

Caso a demanda não tenha sido proposta pelo Ministério Público, este será comunicado do ato admissório da demanda para que intervenha como parte pública em defesa dos direitos e interesses coletivos, nos processos em que considere conveniente. Também será comunicada à entidade administrativa encarregada de proteger o direito e o interesse coletivo afetado.

No ato admissório da demanda, o juiz ordenará o seu traslado para o demandado para a contestar no prazo de 10 dias, também caberá informá-lo que a decisão será proferida nos trinta dias seguintes ao vencimento do prazo para contestar, e que tem direito a solicitar a prática de provas com a contestação da demanda, sendo que em caso de vários demandados, poderão a seu critério designar um representante comum.

A preocupação com a celeridade da demanda, para propiciar uma maior efetividade é demonstrada nesse artigo, sem limitar a ampla defesa e o contraditório, já que possibilita a apresentação de defesa e a produção de provas.

Poderá ainda o demandado apresentar exceções de mérito e preliminares de falta de jurisdição (competência) e de coisa julgada, que serão resolvidas pelo juiz quando da prolação da sentença, sendo que caso sejam necessárias à produção de provas, estas serão produzidas no mesmo prazo assinalado para as provas solicitadas na inicial e na contestação, nos termos do artigo 23 da Lei 472/98.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Art. 23 - Excepciones. En la contestación de la demanda sólo podrá proponerse las excepciones de mérito y las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada, las cuales serán resueltas por el juez en la sentencia. En consecuencia, las pruebas pertinentes se practicarán en el mismo plazo señalado para las pruebas solicitadas en la demanda y en la contestación de la misma.

Cabe, ao nosso ver, uma crítica quanto às exceções levantadas na ação coletiva na Colômbia, posto que enseja um verdadeiro tumulto processual, na medida em que o juiz só poderá conhecê-las quando do julgamento da demanda, e após a produção de todas as provas requeridas para o julgamento de mérito, assim, poderemos ter o absurdo da produção de provas que nenhuma utilidade terão caso acolhida alguma preliminar suscitada, como, por exemplo, de coisa julgada.

Nos parece que a ausência do despacho saneador, como presente no nosso sistema, para a apreciação dessas preliminares, não imprime maior celeridade nem eficácia da ação coletiva, como aparenta no texto da lei colombiana, sendo indispensável para solução dessas questões preliminares.

### 1.5. Das medidas cautelares

Busca-se de sobremaneira com a demanda coletiva, a cessão da ameaça ou a reparação de danos causados aos direitos e interesses coletivos, tentando ao máximo restituir o *status quo*, ou mesmo evitar que cessem os danos, não causando maiores prejuízos.

Para tanto, poderá o juiz de ofício ou a requerimento da parte, decretar, em despacho motivado, as medidas prévias visando a prevenir o dano iminente, ou para cessar o dano que se tenha causado. Estabelece ainda o artigo 25 da Lei 472/98<sup>15</sup>, que poderá o juiz nestas medidas prévias decretar:

- a) ordenar a imediata cessação das atividades que possam originar o dano, ou que os tenham causado;
- b) ordenar que se executem os atos necessários, quando a conduta potencialmente prejudicial do dano seja uma consequência da omissão do demandado;

<sup>15</sup> Art. 25 - Medidas cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

§ 1º. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

§ 2º. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.

c) obrigar o demandado a prestar caução para garantir o cumprimento de qualquer das medidas prévias anteriores;

d) ordenar que o Fundo para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos estude a natureza dos danos e as medidas urgentes que devam ser tomadas para mitigá-los.

Temos que o papel do juiz na efetiva prevenção e reparação dos direitos e interesses coletivos é adequada na medida de sua relevância, mesmo sem que o demandante tenha feito qualquer pedido, poderá o juiz adotar as medidas que achar pertinentes para a preservação desses interesses, visto que as medidas elencadas nas alíneas do artigo 25 da Lei 472/98, não constituem rol taxativo, sendo que em suas hipóteses, facilmente pode-se abarcar qualquer medida que seja necessária especificamente para o caso concreto.

O demandado deverá ser notificado do ato que decreta as medidas prévias simultaneamente com a notificação da admissão da demanda, e poderá ser objeto de recurso de *reposición* e *apelación*, que serão conhecidos somente no efeito devolutivo e devem ser julgados em cinco dias.<sup>16</sup>

A lei ainda limita a matéria da oposição às medidas prévias, que podem ser fundamentadas para:

a) evitar maiores prejuízos ao direito e interesse coletivo que se pretende proteger;

b) evitar prejuízos certos e iminentes ao interesse público; e

c) evitar ao demandado prejuízos cuja gravidade é tamanha que haja praticamente impossível cumprir um sentença desfavorável.

Impõe ainda, o citado artigo, regra de distribuição de ônus da prova na medida em que determinada corresponde à parte que alegue estas causas a sua demonstração.

### 1.6. Do pacto de ‘cumplimiento’

Como visto, tão logo seja admitida a demanda o demandado será notificado para contestar aos termos da demanda, sendo que o juiz, nos três dias seguintes

---

<sup>16</sup> Art. 26 - Oposición a las medidas cautelares. El auto que decreta las medidas previas será notificado al demandado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;

b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;

c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

Corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas.

do vencimento do prazo, citará as partes e o Ministério Público para uma audiência especial na qual o juiz ouvirá as diversas posições sobre a ação instaurada.<sup>17</sup>

Esta audiência tem como objetivo a realização de um pacto de *cumplimiento*, para que seja determinada a forma de proteção dos direitos e interesses coletivos, bem como o reestabelecimento das coisas ao seu estado anterior quando possível.

Cabe mais uma vez destacar a importância do papel do juiz a quem cabe a iniciativa deste pacto, podendo as partes fixar os seus termos que serão revisados pelo juiz, podendo este, em caso de observar algum vício de ilegalidade em algum dos termos do pacto, corrigi-los com o consentimento das partes.

É obrigatória a participação do Ministério Público e da entidade responsável de velar pelos direitos e interesses coletivos levantados na demanda nesta fase.

Uma vez celebrado o pacto, sua aprovação surtirá os efeitos da sentença, na qual é prolatada, cuja parte resolutive será publicada em jornal de grande circulação nacional para o conhecimento de todos, às custas das partes envolvidas.

No cumprimento do pacto, poderá o juiz designar pessoa natural ou jurídica para vigiar e assegurar a solução do conflito, conservando a sua competência para a execução do pacto.

O pacto de cumprimento é uma forma bastante interessante e eficaz na solução dos conflitos coletivos, assemelha-se ao Compromisso de Ajustamento de Conduta existente em nosso ordenamento, contudo, ao que foi verificado só

<sup>17</sup> Art. 27 - Pacto de cumplimiento. El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria. La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurran en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, algunas de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento. En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible. El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas.

La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos:

- a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas;
- b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento;
- c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento.

En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literalca).

La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas.

El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto.

pode ser tomado de forma judicial, no início da ação popular, com a participação obrigatória do Ministério Público, que velará, juntamente com o crivo do juiz pela não-infração de direitos na formulação do acordo.

Mas, tratando-se de um acordo, poderíamos falar em disponibilidade do direito por parte do demandante, já que cuida a demanda de promover a defesa de interesses e direitos coletivos? Parece-nos que a disponibilidade não existe, já que os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, dada a sua natureza não podem ser disponibilizados em acordo pelo autor coletivo que não é titular do direito, mas sim da condução da demanda.

Por isso mesmo, que cabe ao juiz a iniciativa para estabelecer o pacto de cumprimento, na qual deverá ser determinado a forma de proteção dos direitos e interesses coletivos, e o restabelecimento das coisas em seu estado anterior ao dano quando possível, assim, não há qualquer disponibilidade quanto a estes direitos. Podem as partes sugerir modificações ao termo, mas que deverão ser aprovadas pelo juiz da causa, sob pena de não ser celebrado o pacto.

Cabe ressaltar que o próprio artigo disciplina sanções para o juiz que deixe de realizar esta audiência na qual pode ser tomado o pacto de ajustamento, bem como responsabilidades às autoridades públicas que não tenham a ela comparecido.

Caso não compareçam as partes, sem justificativa, restará prejudicada a audiência, como será considerada falida a tentativa de conciliação no caso de não ser proposto qualquer projeto para a tomada do termo, ou então quando as partes não aceitem as adequações formuladas pelo juiz, nestas condições caberá ao juiz ordenar a prática das provas.

### **1.7. Das provas**

Como acima mencionado não havendo logrado êxito a audiência para estabelecer o pacto de cumprimento, o juiz determinará a realização das provas.

As provas<sup>18</sup> solicitadas pelas partes que sejam pertinentes e eficazes para o processo serão determinadas pelo juiz que poderá, ainda, estabelecer outras

---

<sup>18</sup> Art. 28 - Pruebas. Realizada la citación para establecer el proyecto de pacto de cumplimiento, sin lograr acuerdo, o citada ésta y no efectuada por ausencia de las partes, el juez decretará, previo análisis de conducencia, pertinencia y eficacia, las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes, señalando día y hora para su práctica, dentro del término de veinte (20) días prorrogables por veinte (20) días más si la complejidad del proceso lo requiere.

El juez podrá ordenar o practicar cualquier prueba conducente, incluida la presentación de estadísticas provenientes de fuentes que ofrezcan credibilidad.

También podrá el juez ordenar a las entidades públicas y a sus empleados rendir conceptos a manera de peritos, o aportar documentos u otros informes que puedan tener valor probatorio. Así mismo, podrá requerir de los particulares certificaciones, informaciones, exámenes o conceptos. En uno u otro caso las órdenes deberán cumplirse en el estricto término definido por el juez.

El juez practicará personalmente las pruebas; pero si ello fuere imposible, podrá comisionar en aras de la economía procesal. En los procesos a que se refiere esta ley, el juez podrá ordenar la práctica de pruebas dentro o fuera del territorio nacional.

provas que entenda cabíveis para serem realizadas de ofício, assinalando dia e hora para a prática, dentro de um prazo de vinte dias que pode ser prorrogado por mais vinte dias caso a complexidade da demanda o exija.

O juiz poderá ordenar qualquer prática de prova que seja necessária, incluindo a apresentação de estatísticas provenientes de fontes de credibilidade. Também poderá ordenar às entidades públicas e seus empregados a fornecer documentos e informes que tenham valor probatório. Podendo requerer dos particulares certificados, informações, exames, para serem cumpridos nos prazos estipulados pelo juiz.

A prática das provas deve ser feita pessoalmente pelo juiz, caso seja impossível, poderá comissionar em prol da economia processual, podendo o juiz, ainda, determinar que sejam realizadas provas fora do território nacional, para a garantia dos direitos e interesses coletivos.

Pela regra de distribuição do ônus da prova instituído no artigo 30 da Lei 472/98<sup>19</sup>, a carga da prova corresponde ao demandante, cabendo-o fazer prova de suas alegações, contudo, caso haja insuficiência econômica ou técnica, impedindo o cumprimento desta carga, o juiz ordenará o necessário para suprir tal deficiência e obter os elementos probatórios indispensáveis para proferir a decisão de mérito, solicitando a entidade pública cujo objeto está referida a matéria e a carga dela.

Na eventualidade de não existir a possibilidade de realizar a prova respectiva, pela insuficiência econômica ou técnica, poderá o juiz ordenar a sua prática a cargo do Fundo para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos.

Essa participação mais intensa do fundo no curso das ações coletivas deve ser mais discutida em nosso sistema, posto que, ao isentar do pagamento das custas processuais para o autor coletivo pode prejudicar a colheita da prova, principalmente a pericial, já que o perito trabalhará sem qualquer remuneração e, tendo em vista que a realização da prova visa a promoção da defesa dos direitos difusos e coletivos sendo que, ao final, haverá no caso de procedência a devolução desses valores em razão da sucumbência, seria legítimo admitir a utilização do dinheiro do fundo com a finalidade de financiar a colheita de provas.

Na Colômbia, também podem ser requeridas, antes do ingresso com a ação popular, a produção antecipada de provas, para que seja evitada que as provas se desvirtuem ou se percam, ou ainda que sua prática seja impossível, visando

---

<sup>19</sup> Art. 30 - Carga de la prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.

En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

conservar as coisas e as circunstâncias que posteriormente devam ser provadas no processo. Assim como ocorre com a própria ação popular, a produção antecipada de provas terá trâmite preferencial.

Os peritos devem estar inscritos no *registro público de peritos para acciones populares y de grupo*, conforme dispõe o artigo 74 da Lei 472/98, sendo que uma vez inscrito, a ceitação do cargo de perito é obrigatória, salvo a existência de impedimento. Qualquer juiz que conhecer de uma ação popular ou de grupo, poderá solicitar a lista de peritos registrados e escolher o auxiliar da justiça no processo.

Eventual impedimento do perito deverá ser levantado pelas partes e pelo próprio perito nos três dias seguintes ao conhecimento da sua nomeação, podendo em caso de omissão quanto aos impedimentos, o perito ser sancionado com a retirada de seu nome do registro público de peritos para as ações populares e de grupo; com a decretação de sua inabilidade para contratar com o Estado durante cinco anos; e ordenar a investigação disciplinar e ou penal correspondente.

A testemunha poderá se valer de gráficos e representações a fim de ilustrar o seu testemunho, que serão juntados aos autos como parte do testemunho e não como documentos, podendo a testemunha reconhecer a validade e autenticidade de documentos durante o testemunho.

### **1.8. Da sentença e seus efeitos**

Encerrado o prazo das alegações finais, o juiz terá o prazo de vinte dias para proferir a sentença, que poderá em sua parte dispositiva conter uma ordem de fazer ou não fazer, que deverá ser precisa para a proteção do direito e interesse coletivo lesado ou ameaçado, objetivando prevenir que se volte a incorrer na ação ou omissão que fundamentaram a ação.

A sentença de mérito pode também condenar o demandado no pagamento dos prejuízos quando se tenha causado dano aos direitos e interesses coletivos, a favor da entidade pública, não culpada, que seja por eles responsável.

Poderá ainda a sentença exigir a realização de condutas necessárias para restaurar as coisas ao estado anterior ao dano causado, quando for possível. Fixará ainda na sentença o montante a ser pago ao demandante como incentivo pela ação popular, como estudado.

A sentença que condenar o demandado no pagamento dos prejuízos será genérica e será liquidada em incidente, sendo que ao término desse incidente será este acrescentado à sentença com a determinação da condenação correspondente, incluindo o incentivo ao demandante popular. Paralelamente ao incidente de liquidação instaurado, será dado cumprimento às demais ordens e condenações do julgado.

Caso a ação popular vise à reparação de danos naturais, o juiz procurará assegurar a restauração da área afetada, destinando para tanto uma parte da indenização.

O juiz ao prolatar a sentença, fixará um prazo razoável, de acordo com os termos da sentença, dentro do qual deverá iniciar o cumprimento das providências culminando com a execução do julgado, no término do prazo, o juiz deverá tomar as medidas necessárias para a execução do julgado, conservando a sua competência, podendo para tanto, formar um comitê para a verificação do cumprimento da sentença, no qual participarão o juiz, as partes, entidades encarregadas da proteção dos direitos e interesses coletivos abrangidos no julgado, o Ministério Público e uma organização não governamental com atividade no objeto da sentença.

Os efeitos da sentença são *erga omnes*, já que a coisa julgada gerará efeitos entre as partes e o público em geral, conforme dicção do artigo 35 da Lei 472/98.<sup>20</sup>

### 1.9. Dos Recursos

A lei que regula o procedimento das ações populares e de grupo prevê a existência de dois tipos de recursos no sistema colombiano:

- a) *recurso de reposición*;
- b) *recurso de apelación*.

O *recurso de reposición* equivale ao nosso agravo de instrumento, e objetiva a reforma das decisões proferidas durante o trâmite da ação popular, sendo que para sua interposição deverão ser observados os termos do Código de Processo Civil Colombiano.

Em face da sentença de mérito proferida na ação popular, caberá o *recurso de apelación*<sup>21</sup>, que deverá seguir a forma assinalada no Código de Processo Civil Colombiano, sendo possível a prática de provas em segunda instância, sendo julgado o recurso após a produção dessas provas.

A lei é omissa quanto aos efeitos dos recursos, contudo, pela sistemática até agora vista no processo coletivo, temos que os recursos são recebidos apenas no efeito devolutivo, até porque, mesmo com a determinação de aplicação

<sup>20</sup> Art. 35 - Efectos de la sentencia. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general.

<sup>21</sup> Art. 37 - Recurso de apelación. El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente.

La práctica de pruebas durante la segunda instancia se sujetará, también, a la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil; en el auto que admite el recurso se fijará un plazo para la práctica de las pruebas que, en ningún caso, excederá de diez (10) días contados a partir de la notificación de dicho auto; el plazo para resolver el recurso se entenderá ampliado en el término señalado para la práctica de pruebas.



subsidiária do Código de Processo Civil, nos termos do artigo 44<sup>22</sup> da Lei 472/98, não sendo aplicadas as normas que contrariem a natureza e a finalidade das ações coletivas.

Para que a sentença possa ser discutida haverá a necessidade da parte vencida prestar, nos termos do artigo 42<sup>23</sup> da citada lei, uma garantia bancária ou apólice de seguros, no montante a ser fixado pelo juiz, para assim poder interpor embargos.

Diante da omissão quanto aos efeitos dos recursos podemos evidenciar que existindo essa garantia, torna-se possível a atribuição do efeito suspensivo ao recurso de apelação, já que o trâmite também em sede recursal é preferencial, e a execução do julgado, estará garantida. Contudo, como estamos tratando de interesses e direitos coletivos, muitas vezes a conversão em indenização não se afigura a melhor solução para a proteção desses institutos, sendo que a prática de ações ou omissões se afigura muito mais adequado à prevenção ou reparação dos danos coletivos, assim, vislumbrando esse o sentido da lei, deverá o recurso ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Em nosso sistema a regra é a interposição de qualquer recurso em processo coletivo somente no efeito devolutivo, mas, é garantida a atribuição do efeito suspensivo pelo juiz para que seja evitado dano irreparável à parte, o anteprojetado de código coletivo busca modificar esse requisito exigindo para a atribuição do efeito suspensivo a relevância na fundamentação do recurso e sendo evidenciada lesão grave ou de difícil reparação.

### **1.10. Das Custas<sup>24</sup>**

A fixação das custas será feita de acordo com as normas do código de processo civil colombiano, contudo, o demandante só poderá ser condenado a suportar os honorários, gastos e custas do demandado, quando a ação tiver sido proposta de forma temerária ou com má-fé, tal qual no nosso sistema.

<sup>22</sup> Art. 44 - Aspectos no regulados. En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de tales acciones.

<sup>23</sup> Art. 42 - Garantía. La parte vencida en el juicio deberá otorgar una garantía bancaria o póliza de seguros, por el monto que el juez determine, la que se hará efectiva en caso de incumplimiento a lo dispuesto por la sentencia. Si el demandado presta la garantía a satisfacción, no habrá lugar al embargo, o se levantará el que hubiese sido proferido.

<sup>24</sup> Art. 38 - Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar.

A má-fé de qualquer das partes, autoriza a aplicação de multa por parte do juiz de vinte salários mínimos mensais, que serão destinados ao Fundo para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos, sem prejuízo de outras sanções, em nosso sistema, a litigância de má-fé está prevista no Código de Processo Civil ao estipular que o juiz poderá fixar multa de até 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa, no processo individual essa multa é revertida para a parte adversa, no processo coletivo apesar de não haver determinação legal, aplicamos subsidiariamente o código de rito do processo individual, sem prejuízo dos danos a serem apurados, conforme a redação dada ao artigo 17 da Lei de Ação Civil Pública pelo artigo 115 do Código de Defesa do Consumidor, que veio a disciplinar a responsabilidade pelos danos decorrentes da má-fé processual no processo coletivo, bastando apenas a promoção da liquidação de seus valores.

## II – Conclusão

Partindo da análise realizada do direito processual civil colombiano, podemos evidenciar a positivação do sistema da *class action* americana, com a existência de pontos interessantes que podem ser objeto de nossa reflexão, para utilização em nosso ordenamento.

O primeiro ponto a ser ressaltado é referente à legitimidade ativa de qualquer pessoa – cidadão – para o ingresso com a ação coletiva, que necessita de uma extrema e rigorosa vigilância para a observância da adequada representatividade, sob pena de comprometer todo o sistema, o Brasil, ao contrário da maioria dos países latinos americanos preferiu, não conceber a legitimidade ativa para o cidadão nas ações coletivas, com exceção da ação popular.

Entendo que seja essa uma visão adequada para a nossa sociedade, ainda incipiente no trato do sentimento coletivo, diante das desigualdades sociais gritantes que levam a uma falta de politização e de conscientização, que reflete em uma extrema do juiz em aferir a adequada representatividade de uma pessoa.

Contrariamente, poderia ser argumentado que tendo em vista que a sentença coletiva não faz coisa julgada material no caso de improcedência por falta de provas, possibilitaria a legitimidade de todo e qualquer cidadão para o processo coletivo, mas, de nada adiantaria tal legitimação, num país continental como o nosso, sem a existência de regras claras que possibilitem a aferição da adequada representatividade daquele cidadão, bem como de seu advogado, para a condução do processo em nome da coletividade.

Na legislação colombiana apesar do controle da adequada representatividade do cidadão autor estar nas mãos do juiz, não temos a presença de regras claras, objetivas ou mesmo de cunho subjetivo, para nortear a recusa ou a aceitação de determinada demanda coletiva.

Tal poder/dever do juiz no processo coletivo é tamanha que a própria lei cuidou de fixar a responsabilidade direta do magistrado para os casos em que haja desvio da lei.

Apesar dessa ampla liberdade para todo e qualquer cidadão ingressar com a demanda coletiva, sem qualquer requisito, os demais legitimados para a ação coletiva, por outro lado, tem inúmeros requisitos formais para a sua existência e controle, inclusive a pertinência temática para justificar a sua atuação.

Existe uma forte preocupação, que também é observada na Argentina, quanto ao poder exercido pelas associações de consumidores, justificando o seu rigoroso controle, como forma de evitar o uso indiscriminado desse poder.

Uma interessante criação da lei colombiana está vinculada à recompensa ao autor da demanda coletiva, como forma de incentivo a sua propositura e à proteção dos interesses e direitos coletivos em sentido amplo, já que esse incentivo faz com que haja uma maior fiscalização entre os próprios membros da sociedade quanto a eventuais lesões aos direitos tutelados de forma coletiva, coibindo e propiciando medidas preventivas a fim de evitá-las.

O pagamento desse incentivo controlado pelo Fundo de Proteção dos Interesses Difusos e Coletivos, com ressarcimento pelo causador do dano, com fixação na sentença, pode ser estudado e implementado em nosso sistema, mesmo que não tenhamos a legitimação do cidadão, poderia ser criado um sistema de recompensa para as pessoas que contribuem com a formalização de reclamações fundadas perante os legitimados, propiciando o pagamento de uma recompensa, incentivando a fiscalização dos interesses coletivos por toda a sociedade, propiciando ainda, de forma reflexa, a divulgação, educação dos direitos coletivos para a sociedade, como o direito do consumidor.

Outro ponto interessante da legislação colombiana refere-se à real supremacia do direito substantivo em face do processual, na qual, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, possibilita o ingresso da demanda, mesmo que não sejam conhecidos os responsáveis pelo dano ou lesão, ou ainda, no curso da demanda, de outros possíveis responsáveis que promoverão as suas defesas no estado em que a demanda se encontrar, sem a necessidade de propositura de nova demanda.

A publicidade da demanda coletiva na Colômbia é muito mais efetiva do que em nosso ordenamento, prejudicando de sobremaneira todo o instituto do processo coletivo, para tanto e como um primeiro passo, divulgamos juntamente com o presente artigo o anteprojeto de lei de nossa autoria para minimizar esses efeitos, com a criação de um banco de cadastro de demandas coletivas, assim

como outras exigências por parte dos demandados com vistas a uma efetividade maior do processo coletivo.<sup>25</sup>

Vemos, de tudo que foi analisado, que a maior influência para a formação do direito processual coletivo na Colômbia foi a da *class action* americana, com o acréscimo de inúmeras questões interessantes acima evidenciadas que podem ser objeto de estudo e implementação para o aprimoramento de nosso sistema.

<sup>25</sup> Anteprojeto de Lei – Determina a Criação e a Manutenção de Banco de Dados de Cadastro das Ações Coletivas Art. 1º – Os Tribunais de Justiça dos Estados ficarão responsáveis pela criação e manutenção de banco de dados de cadastro das ações coletivas propostas em sua jurisdição, devendo este cadastro conter:

I – as partes; II – objeto da lide; III – pedidos; IV – abrangência territorial dos pedidos; V – o despacho de concessão ou não da liminar; VI – a sentença ou acórdão.

§1º – A divulgação desses dados deverá ser feita de tal modo que permita a consulta pela Internet, ou diretamente nos Tribunais, possibilitando aos interessados a requisição de cópias das principais peças e atos processuais da demanda coletiva, de modo a não prejudicar o andamento da demanda.

§2º – A solicitação poderá ser feita presencialmente ou à distância pelo interessado, mediante a comprovação do pagamento das cópias e do serviço de postagem, quando necessário.

§3º – Tendo sido concedida a liminar, ou proferida a sentença, deverá ser informada a existência ou não de recurso interposto, ou o trânsito em julgado da decisão.

§4º – Ficará a cargo do juízo da causa o encaminhamento das cópias para a formação do cadastro.

§5º – As partes deverão fornecer cópias das principais peças processuais ao seu cargo, para autenticação e encaminhamento pelo juízo para o cadastro.

Art. 2º – Os requeridos nas demandas coletivas serão responsáveis pela divulgação da demanda coletiva proposta, que verse sobre interesses previstos nos incisos II e III, do artigo 82 da Lei 8.078/90, da seguinte forma:

I – juntamente com a contestação, quando do ingresso da ação individual que tenha coincidência de pedidos, mesmo que parciais, com os pedidos formulados na demanda coletiva proposta;

II – na primeira oportunidade de falar nos autos da ação individual quando da citação coletiva proposta no curso da ação individual que tenha coincidência de pedidos, mesmo que parciais;

III – através de envio de carta aos interessados, nos casos em que seja possível a sua identificação;

§1º – No curso da ação individual, não tendo o autor optado pela suspensão do processo de que trata o artigo 104 da Lei 8.078/90, não serão beneficiados pelos efeitos da coisa julgada;

§2º – No caso do inciso III, o consumidor só não será beneficiado pelos efeitos da ação coletiva, se fizer expressa menção nesse sentido, ou se ingressar com a demanda individual, após o cumprimento por parte do fornecedor dos incisos I e II deste artigo, não optar pela suspensão do processo nos termos do artigo 104 da Lei 8.078/90.

Art. 3º – Versando a demanda coletiva sobre interesses do inciso I do artigo 82 da Lei 8.078/90, ou não sendo possível a identificação de todos os interessados no caso dos incisos II e III do citado artigo, sem prejuízo do cumprimento do artigo 94 da Lei 8.078/90, ficará o requerido na demanda coletiva obrigado a realizar a comunicação do ingresso da demanda coletiva, utilizando-se das diversas mídias de comunicação, de acordo com a abrangência territorial dos interesses supostamente lesados.

Art. 4º – Os Tribunais de Justiça dos Estados poderão solicitar, mediante projeto a ser apresentado ao Comitê Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos criado pela Lei 7.347/85, verba para a implementação ou o reembolso dos valores gastos com a implementação do banco de cadastro.

Art. 5º – Os Tribunais terão 120 (cento e vinte) dias a contar da promulgação da presente para o início da implementação do banco de dados dos cadastros de ações coletivas propostas em sua jurisdição.

Art. 6º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

**Justificação:** A proteção coletiva dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em nosso ordenamento tem se mostrado bastante adequada, contudo, a efetividade das medidas não é plena em razão da ausência de um banco de dados de cadastro das ações coletivas, o que acaba resultando pelo desconhecimento das demandas propostas, não só uma liquidação e execução contida, mas também a repetição de demandas com o mesmo objeto, tanto coletivas quanto individuais, fazendo com que nossos tribunais tenham que decidir novamente, aumentando o serviço e dando margem a decisões conflitantes. O aperfeiçoamento de nosso direito também deve ser constante, visando sempre o real alcance da justiça para a sociedade, que é potencializada através das demandas coletivas.

### III – Bibliografia

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro um novo ramo do direito processual*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003;
- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública doutrina e jurisprudência*, São Paulo: Ed. RT, 2001;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001;
- FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do Consumidor no Mercosul e na União Européia* – Biblioteca de Direito do Consumidor – 24, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*, 5ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2001;
- GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos* – editora Porrúa México.
- GOMES SODRÉ, Marcelo. *As leis principiológicas de defesa do consumidor na América Latina: origens, importância e principais disposições* – dissertação de Mestrado PUC/SP.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001;
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, janeiro de 2005;
- JACYNTHO, Patrícia Helena de Ávila e ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *A proteção contratual do consumidor no Mercosul*, 1ª edição: Lex editora, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1994;
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 15ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002;
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais Teoria Geral dos Recursos*, 5ª edição, São Paulo: Ed. RT, 2000;
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante: atualizado até 07.07.2003*, 7ª edição, São Paulo: Ed. RT, 2003;
- PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas Ações Coletivas*, São Paulo: Ed. Lejus, 1998;

#### Revistas:

Revista de Direito do Consumidor, vários números

**Legislação:**

Constituição da República Federativa do Brasil

Constituição da Colômbia

Código de Defesa do Consumidor Brasileiro

Lei de Ação Civil Pública

Lei 472/98 da Colômbia

**Sítios:**

*www. parlatino.gov.br*

*www. cartamaior.com.br* – Código de Defesa do Consumidor eletrônico

## Ação Popular e Defesa do Meio Ambiente

Guilherme José Purvin de Figueiredo\*

01. É sabido que a ação popular tem origem no Direito Romano. Apesar de sua previsão constitucional já ser antiga no Brasil, seu lineamento legal somente ocorreu em nosso ordenamento jurídico no ano de 1965, com a edição da Lei federal 4.717/65 (LAP), num período histórico em que ainda não se cogitava da existência de interesses difusos.

A inexistência de uma caracterização doutrinária do fenômeno hoje chamado “*interesse difuso*” àquela época, porém, não nos leva à conclusão de que o bem tutelado pela LAP fosse um interesse privado ou individual.

À luz das conquistas científicas trazidas pelo Direito Processual Civil contemporâneo, é lícito afirmar que, mesmo à época em que a finalidade da ação popular era exclusivamente a proteção do patrimônio público pela via da anulação ou declaração de nulidade dos atos que lhe fossem lesivos, pioneiramente essa modalidade de ação coletiva já tutelava uma modalidade específica de interesse difuso.

Isto porque esse direito (à gestão do patrimônio público com observância dos preceitos que norteiam a moralidade administrativa) apresenta todas as características fixadas no art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor: é um direito transindividual (pois o direito a uma administração pública proba é de toda a coletividade), de natureza indivisível (uma administração pública idônea beneficia a todos e não há como pretender uma “*probidade parcial*”, que atenda apenas à parcela da coletividade), e seus titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (toda a coletividade).

O conceito de patrimônio público, para os fins previstos na LAP, sofreu uma nítida evolução legislativa e jurisprudencial. Com o advento da Lei n. 6.513/77, o art. 1º, § 1º, da LAP, passou a ter a seguinte redação: “Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

---

\* Procurador do Estado/SP. Doutor, Mestre e Especialista pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Ambiental da USP. Professor Convidado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Ambiental das Faculdades de Saúde Pública e de Direito da USP, da PUC/Rio, da PUC/SP e da PUC/PR.

Assim, à concepção mais estreita de patrimônio público enquanto mero valor econômico – um sinônimo de erário – passa a LAP, a partir de 1977, a contemplar também os bens descritos no art. 1º e seus parágrafos, do Dec.-Lei 25/1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Paralelamente a essa evolução legislativa, porém, também tivemos um avanço jurisprudencial, passando o conceito de patrimônio público a abarcar a qualidade do meio ambiente.

Podemos, portanto, afirmar que, quando do advento da Constituição de 1988, já era a ação popular utilizada para a proteção do meio ambiente natural e cultural.

02. O art. 1º, *caput*, da LAP, fixou a legitimação ativa para a propositura da ação popular: “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear (...)”.

É, portanto, necessário, provar a cidadania para ingressar em juízo. Esta condição de cidadão é comprovada com a apresentação do título eleitoral ou documento que a ele corresponda, conforme disposto no § 3º da LAP.

Neste aspecto, a Constituição Federal de 1988 não trouxe qualquer inovação processual. Assim, o art. 5º, inciso LXXIII, da Carta Republicana, inicia-se com a seguinte redação: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular (...)”.

O termo “*cidadão*”, constante do dispositivo constitucional, afasta conclusões apressadas no sentido de que a legitimação ativa para a propositura de ação popular ambiental é ilimitada.

É evidente que todos (cidadãos ou não) têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225, *caput*, da CF. No entanto, isso não significa que todos sejam parte legítima para propor ação popular. Apenas o cidadão pode ajuizá-la e, ao exercer esse direito de cidadania, age na qualidade de substituto processual de toda a coletividade.

Na verdade, a Constituição de 1988 aponta claramente para a meta da máxima participação no processo político. Seu art. 14, § 1º, dispõe que o alistamento eleitoral e o voto são:

I – obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II – facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos; e

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Desta forma, uma interpretação sistemática da carta constitucional nos levará à conclusão de que o direito de ação popular está inteiramente vinculado ao direito de voto.

Argumentam alguns autores que a Constituição Federal não poderia vedar aos estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos (art. 14, § 2º), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E, com base neste meio-argumento, concluem que não há absolutamente nenhuma restrição na definição da legitimidade ativa para a ação popular.



Ocorre que a ação popular não é o único instrumento processual para a defesa do meio ambiente.

Todos podem representar ao Ministério Público para que promova 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.

Todos podem, também, associar-se e, nos termos do art. 129, § 1º, da CF, c/c a Lei 7.347/85, propor a ação civil pública ambiental. Nesse sentido, da maior relevância são as regras constantes do art. 5º, incisos XVII a XXI, da CF, estabelecendo as principais garantias relativas à liberdade de associação.

03. Pode o eleitor menor de dezoito anos propor a ação popular desassistido?

O Código de Processo Civil estabelece que os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil. O eleitor menor de dezoito anos é considerado incapaz relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer, consoante disposto no art. 4º, inc. I, do Código Civil Brasileiro.

Aqui, há que se distinguir capacidade para ser parte de capacidade processual de estar em juízo.

A LAP limita-se a conferir ao cidadão o direito de ser parte para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo, por meio de ação popular.

Já a Constituição Federal dispõe que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular.

Ora, nem a LAP nem a CF tratam da capacidade processual de estar em juízo.

Há que se aplicar, portanto, as regras do CPC e do CC.

Sendo a incapacidade relativa, a lei a completará fazendo com que o eleitor menor de 18 anos, relativamente incapaz, seja assistido por seu representante legal<sup>1</sup>. Os pais ou tutores do autor popular não representam o autor, limitando-se a assisti-lo, isto é, a integrar a sua capacidade processual<sup>2</sup>.

Caso os interesses do autor popular colidam com os de seus pais ou tutores (e, no caso da ação popular, esta colidência pode limitar-se a mera divergência de opinião), o juiz lhe dará curador, nos termos do art. 9º, I, do CPC.

04. O art. 6º, *caput*, da LAP, relaciona quais são os sujeitos passivos da ação popular. A ação poderá ser proposta:

- a) contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º;
- b) contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão; e
- c) contra os beneficiários diretos do mesmo.

<sup>1</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990. Vol. I, pág. 271.

<sup>2</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1978. 1º Vol., p. 294.

Há que se destacar que necessariamente deverão ser arroladas as autoridades, funcionários ou administradores mencionados no *caput* do art. 6º.

Não há como prosperar uma ação popular ambiental ajuizada apenas em face da pessoa jurídica de direito público. Isto decorre tanto do disposto no § 1º do art. 6º, que excetua apenas a hipótese de não ser proposta a ação contra beneficiário inexistente, indeterminado ou desconhecido como do § 3º do mesmo artigo, que autoriza à pessoa jurídica que se abstenha de contestar o pedido ou mesmo atue ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Evidentemente, se apenas a União, o Estado ou o Município fossem arrolados para figurarem na condição de réus na ação popular, ou a possibilidade do exercício da faculdade prevista no § 3º do art. 6º restaria frustrada ou estaríamos diante de uma inusitada ação judicial de jurisdição contenciosa desprovida da triangularidade processual que lhe é intrínseca.

O § 1º do art. 6º estabelece: “Se não houver beneficiário direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.

No caso específico do combate à poluição pela ação popular ambiental, muitas vezes os poluidores constituem uma coletividade indeterminável de pessoas, v.g., os proprietários de veículos automotores.

Não sendo possível qualificá-los como beneficiários pela ausência de controle efetivo da poluição gerada por seus automóveis, conclui-se que nem sempre haverá beneficiários pelo ato que se pretende anular ou declarar a nulidade ou pela omissão que tiver ensejado a lesão.

Todavia, sempre que seja possível identificar o beneficiário do ato, será imprescindível arrolá-lo como réu na ação popular. E isto porque a Lei da Ação Popular busca, antes de mais nada, corrigir os atos que desvirtuam a correta Administração Pública. Assim, restaria evidentemente incompleta a prestação jurisdicional pretendida se o dano ambiental fosse reparado às expensas do próprio erário, com o conseqüente locupletamento ilícito do beneficiário direto do ato reputado nulo.

05. Os atos poderão ser nulos ou anuláveis. O art. 2º da LAP dispõe sobre os atos nulos. São os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) Incompetência, caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou. Ex: dispensa de realização de estudo de impacto ambiental para a construção de presídio de segurança máxima declarada pela Secretaria da Administração Penitenciária e não pelo órgão licenciador integrante do SISNAMA.

b) Vício de forma, consistente na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato. Ex: a realização dos estudos necessários ao processo de licenciamento de um aterro sanitário por equipe de profissionais legalmente habilitados, nos termos do

art. 11 da Resolução CONAMA 237/97, porém em área que não diz respeito diretamente ao empreendimento, como especialistas em paisagismo, sociólogos, assistentes sociais e arquitetos urbanistas constituiria evidente hipótese de observância irregular de formalidades essenciais à seriedade do ato de licenciamento.

c) Ilegalidade do objeto, que ocorre quando o resultado do ato importa violação de lei, regulamento ou outro ato normativo. Ex: licença para a construção de escola pública dentro de unidade de conservação de proteção integral, nos termos do art. 7º, § 1º, da Lei Federal 9.985/00.

d) Inexistência dos motivos, que se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. Ex: a destinação de verba de um Fundo gerido por um órgão da Administração Direta para projeto de educação ambiental que só poderia ser autorizada se o proponente tivesse, entre suas finalidades estatutárias ou legais, a defesa do meio ambiente. Caso fosse contemplado um proponente que tivesse, dentre seus objetivos estatutários, apenas, v.g., a defesa de crianças abandonadas, de nada valeria fundamentar o ato de concessão da verba para o projeto pela entidade com base na benemerência da entidade. A matéria de direito seria juridicamente inadequada para o resultado obtido.

e) Desvio de finalidade, que se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Ex: autorização para desmatamento e construção de estrada em área de preservação permanente, alicerçada em razões de utilidade pública ou interesse social, nos termos do art. 4º do Código Florestal, mas que, na realidade, oculta o objetivo de valorização patrimonial de um condomínio residencial fechado cujo lançamento ocorrerá após o término da obra pública.<sup>3</sup>

06. A ação popular tem por finalidade pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos administrativos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

O pedido na ação popular ambiental, portanto, é mais restrito do que na ação civil pública ambiental, não comportando a correção de atos legislativos ou judiciais ou ainda de atos administrativos lesivos a outras modalidades de interesse difuso (ao consumidor, ao gênero feminino, às pessoas portadoras de deficiência).

Também não caberia pedir, em sede de ação popular, o cumprimento de obrigação de fazer. Ensina Hugo Nigro Mazzilli: “na ação civil pública, o pedido pode ser mais amplo, pois não se limita à anulação do ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural”.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> De se ressaltar que muitas hipóteses permitem também o ataque ao ato ilícito pela via da ação de improbidade administrativa.

<sup>4</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 139.

Isto não significa, porém, que apenas um ato positivo possa ser atacado pela via da ação popular: ela também se presta a corrigir uma omissão ilícita da Administração Pública. Poder-se-ia, portanto, cogitar do ajuizamento, por um cidadão, de ação popular objetivando a invalidação de comportamento omissivo do Estado, do Município, do órgão ambiental (quando integrante da administração indireta), dos agentes públicos (Secretários Estadual e Municipal, Presidente do órgão ambiental) no que se refere à proteção da qualidade do ar no município, em razão da não-divulgação à população dos níveis de poluição e declaração do estado de atenção, alerta, emergência e crítico, conforme o caso, a fim de prevenir e conscientizar as pessoas, não adotando as medidas efetivas tendentes a diminuir os níveis de poluição.

De acordo com o saudoso jurista Geraldo Ataliba, em conferência intitulada “Ação Popular na Constituição Brasileira” [de 1969], por ato lesivo, não há que se cogitar tão-somente do “ato jurídico praticado por agentes diretos do Estado. Qualquer comportamento de todo e qualquer agente público que tenha como consequência causar lesão, prejuízo, dano ao patrimônio público, é evidente que pode ser alvo de Ação Popular, sob pena de ser esvaziado – senão total, pelo menos parcialmente – o instituto, com uma diminuição que amesquinhe o próprio preceito constitucional”.

Referido publicista entendia ser evidente que, embora a Constituição de 1969 falasse em atos lesivos, “também as omissões, também as gritantes, as terríveis, as reiteradas omissões das autoridades competentes para coibirem coisas que se façam, seja na esfera pública, seja na esfera privada, sujeita a controle e fiscalização etc., do Poder Público, também as omissões estão na categoria de atos lesivos que podem ser praticados pelas autoridades públicas e, portanto, alvo da Ação Popular”.<sup>5</sup>

Este aspecto processual parece estar hoje pacificado. Aliás, o próprio art. 6º, *caput*, da LP, prevê expressamente a hipótese de ataque à omissão da autoridade, dispondo que a ação popular será proposta contra quem houver, por omissão, dado oportunidade à lesão.

Nesse sentido, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A lesão ou ameaça de lesão pode resultar de ato ou omissão, desde que produza efeitos concretos; o que não se admite é a ação popular contra a lei em tese, a não ser que esta seja auto-aplicável ou de efeitos concretos (...)”.<sup>6</sup>

Possível, assim, cogitar de correção de determinado comportamento omissivo da Administração, sem que esta venha a ser caracterizada como obrigação de fazer. Não, porém, de obrigação de fazer que não guarde relação com a ripristinação do *statu quo ante* decorrente da declaração de nulidade do ato ou da omissão ilegal.

<sup>5</sup> RDP 76/114.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 683.

Há, porém, entendimento jurisprudencial que, no afã de buscar uma interpretação ampliativa dos termos da LAP, acaba por negar vigência ao seu art. 1º e, até mesmo, ao próprio art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal.

Na Apelação Cível n. 234.050.5/8-00, da Comarca de Presidente Bernardes, assim concluiu o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Os autores populares ajuizaram a presente ação porque desde o ano de 1997, os efluentes líquidos derivados da colega de esgoto da Penitenciária de Presidente Bernardes estão sendo lançados no curso d’água do Córrego Guaruaia, provocando dano ambiental, pedindo, por isso, que se determine fazer cessar a poluição, indenizando, ainda, o dano ambiental.

O art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal estabeleceu que ‘qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural...’.

A norma constitucional, ao se referir também ao meio ambiente como objeto de ação popular, ampliando, pois o disposto no art. 1º da Lei da Ação Popular, assumiu que constitui ato lesivo ambiental qualquer ato praticado com essa conseqüência pela Administração Pública e suas entidades. Incluiu, por isso, a obrigação de restaurar o meio ambiente ao estado anterior, interpretação que está em consonância com o disposto no inciso I, do art. 225 da Carta da República, segundo o qual, para assegurar a efetividade dessa proteção, incumbe ao Poder Público ‘preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais...’

Depois, a legislação federal proíbe qualquer tipo de poluição, com a correlata responsabilização e prevenção de danos (arts. 3º e 14, § 1º, da Lei Fed. Nº 6.938/81).

Significa, pois, que o dano ambiental exige uma reparação específica que ultrapassa o conceito de anulação de ato formal administrativo, reparação essa que consiste na prática de ato positivo, seja para reparar, seja para impedir o dano ambiental. Por conseguinte, não fosse possível essa tutela pela via da ação popular, a norma constitucional, que a incluiu como via de proteção ao meio ambiente, seria limitada, o que por certo não foi a visão do legislador constituinte.

Por isso, a nosso ver, *data venia* das doutas opiniões em sentido contrário e revendo-se o decidido no AI 140.381.5/8, em apenso – fls. 103/107 – o objeto da ação não pode ser limitado pelo disposto no art. 1º e nem a condenação ao disposto no art. 11 da lei da ação popular, no que se refere à ação que tenha por objeto dano ambiental”

(Julg. em 6/7/2005. Relator: Desembargador José Santana).

O acórdão, porém, como visto, ao negar vigência ao disposto no art. 1º da LAP, especificamente na passagem que estabelece que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos

lesivos” (no caso, ao meio ambiente), ataca o dispositivo legal justamente nos aspectos coincidentes com o disposto no art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal, *verbis*: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo (...) ao meio ambiente”.

Ademais, precipitou-se, *data venia*, o v. acórdão, na passagem acima transcrita, ao reportar-se ao disposto no art. 225, § 1º, inc. I, da Constituição Federal, para tratar de obrigação de fazer.

O § 1º do art. 225, da CF, relaciona as incumbências do Poder Público para o efetivo cumprimento do direito insculpido no *caput* do artigo: o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um direito material.

A satisfação desse direito material é perfeitamente possível em nosso ordenamento jurídico. Em sendo ele negado, deve-se fazer o uso da ação civil pública ambiental, também ela prevista na Constituição Federal, especificamente em seu art. 129, inc. III e § 1º. Este § 1º, aliás, dispõe: “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Ocorre que nem a Constituição nem a legislação ordinária prevêm a hipótese de ajuizamento de ação civil pública por pessoa física (cidadão). E o acórdão em referência simplesmente transformou a “ação popular ambiental” em modalidade de “ação civil pública ambiental” com legitimação ativa ampliada para abranger também o cidadão.

Sob a perspectiva processual, o precedente jurisprudencial acaba colocando em risco a própria segurança jurídica: se nem o constituinte nem o legislador ordinário entenderam conveniente conferir a legitimidade ativa ao cidadão para propor a ação civil pública, não pode o Poder Judiciário conferi-la através da transfiguração da ação popular, que tem natureza diversa, conquanto dela se aproxime em muitos aspectos.

07. Com base nestas breves ponderações, pode-se concluir que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, ao tratar da tutela judicial do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural e da moralidade administrativa pelo cidadão, não criou nova modalidade de ação popular, diversa daquela prevista na LAP: apenas confirmou uma tendência jurisprudencial que já começava a se consolidar, de se admitir esta alternativa processual para a defesa de modalidades de interesses difusos que poderiam não ser imediatamente observados pela leitura fria da lei vigente. E, com esta confirmação, guindou o direito de ação popular ambiental à condição de cláusula pétrea.

Como foi visto, existem diferenças substanciais entre a ação popular ambiental e a ação civil pública ambiental, diferenças que vão muito além da questão relativa à titularidade ativa. Confundi-las ou ignorá-las é empobrecer o Direito Processual Civil Coletivo e, em nome de um pseudo idealismo simplista, negar a segurança jurídica e o próprio estado de direito.

# **Tutela Inibitória Ambiental: Considerações Iniciais sobre a Prevenção do Ilícito Ambiental**

**Leonardo Papp\***

**Sumário.** 1) Introdução. 2) Responsabilidade civil e o papel das normas jurídico-administrativas ambientais. 2.1) A responsabilidade civil tradicional (subjetiva). 2.2) A responsabilidade civil objetiva. 2.3) Atuação preventiva/precaucional e insuficiência da responsabilidade civil. 2.4) Normas jurídico-administrativas em matéria ambiental: bases para a atuação preventiva e precaucional. 3) Tutela inibitória ambiental: uma tutela voltada contra o ilícito. 3.1) Noções introdutórias. 3.2) Questão de ordem: a confusão conceitual entre dano e ilícito. 3.3) Fundamentos da tutela inibitória ambiental. 3.4) Pressupostos da tutela inibitória ambiental. 4) Tutela inibitória ambiental: um modelo em teste. 5) Considerações Finais. Referências.

## **1) Introdução**

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço na proteção jurídica do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com um capítulo inteiramente dedicado ao tema, a partir do Carta Magna de 1988 a importância do bem ambiental definitivamente transcendeu a perspectiva meramente econômica (ou seja, recursos a serem livremente utilizados nos processos produtivos), sendo o meio ambiente sadio alçado à condição de direito fundamental do homem do presente e das futuras gerações.

Contudo, juntamente com o alargamento da tutela jurídica do meio ambiente, surgem novas demandas a reclamar a atuação do Estado, pois de nada adianta tão-somente prever a existência de direitos, mas não fornecer instrumentos necessários e suficientes para a sua implementação fática. Assim sendo, assume especial relevância a atuação do Poder Judiciário, devendo o exercício da função jurisdicional realmente assumir seu papel de palco privilegiado para a consecução dos direitos constitucionalmente assegurados. Para fazer frente a esses novos desafios, o direito processual não pode perder de vista sua ineliminável conexão com o direito material.

---

\* O autor é bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professor da Faculdade Metropolitana de Guaramirim (FAMEG) e do Centro Universitário de Jaraguá do Sul (UNERJ).

É dentro desse contexto que emerge a importância da tutela jurisdicional do ilícito ambiental. Ou seja, para além da preocupação com os danos causados ao meio ambiente, também é missão da atividade jurisdicional combater a mera violação às normas jurídicas de proteção ao meio ambiente, despontando a chamada tutela inibitória ambiental.

A partir desse cenário, o presente estudo visa a delinear as bases do regime jurídico-processual que orienta a chamada tutela inibitória ambiental, quando aplicada especificamente à garantia de cumprimento das normas jurídico-administrativas ambientais. Para tanto, inicialmente faz-se necessário analisar, ainda que brevemente, a tutela jurisdicional do dano ambiental, fulcrada no sistema da responsabilidade civil (desde a sua vertente tradicional, até a adoção da teoria objetiva pelo ordenamento jurídico pátrio). Após apresentar as suas principais características, verificar-se-á a insuficiência do sistema da responsabilidade civil para a efetiva tutela do bem ambiental.

Passa-se, então, a apresentar as bases da chamada tutela jurisdicional do ilícito (que atua paralelamente à tutela jurisdicional do dano) ambiental, como instrumento de garantia da observância das normas jurídico-administrativas que atuam na gestão dos riscos ambientais, na perspectiva de um macrocenário espacial e temporalmente considerado. Para tanto, procede-se à distinção entre as categorias do ilícito e do dano ambiental (e, por conseguinte, da ilicitude e da responsabilidade civil), passando pela definição dos fundamentos e dos pressupostos da tutela inibitória ambiental. Ao final, questiona-se a utilidade prática desse sistema de tutela jurisdicional do ilícito ambiental, a partir da aplicação dos postulados da tutela inibitória a uma situação corriqueiramente verificada na atuação prática do Direito Ambiental.

Com este trabalho, longe de ter a pretensão de esgotar o tema, pretende-se promover o debate acerca da atuação da chamada tutela inibitória ambiental, em busca da construção de instrumentos jurídico-processuais que possam atuar preventivamente, a fim de garantir a eficácia da implementação fática dos cânones consagrados no texto constitucional no que pertine a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## **2) Responsabilidade Civil e o Papel das Normas Jurídico-Administrativas Ambientais**

### **2.1) A responsabilidade civil tradicional (subjettiva)**

Na estrutura de um Estado Democrático de Direito a função jurisdicional assume papel fundamental para a própria legitimidade do ente público. Isso porque, ao mesmo tempo em que há vedação à autotutela, através da atividade jurisdicional o Estado assume o compromisso, perante toda a sociedade, de garantir a fruição dos direitos (materiais) assegurados pelo ordenamento jurídico.



Nesse sentido, deve-se ter em mente que a noção de prestar a tutela jurisdicional não se resume a meramente responder os pleitos levados à apreciação do Poder Judiciário, mas engloba tarefa mais complexa, qual seja, responder às lides de forma adequada e tempestiva, garantindo-se efetivamente a proteção aos direitos materiais positivados. Ou seja, “(...) se o processo é instrumento de realização do direito material, o resultado do seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquela que produziria a atuação espontânea das normas substanciais” (BARBOSA MOREIRA, 1994).

Paradoxalmente, porém, desde há muito se tem apontado que o direito processual é acometido por uma espécie de dupla defasagem, posto enfrentar constantemente a necessidade de se adequar ao direito material, o qual, por sua vez, também encerra importante grau de desconexão em relação à realidade, ou seja, ao mundo dos fatos (ARENHART, 2000, p. 17).

A situação descrita pode ser evidenciada com a análise do sistema tradicional da responsabilidade civil. Em razão de seu caráter eminentemente patrimonialista, a responsabilidade civil em seu viés tradicional conduziu à “suposição de que os bens podem ser adequadamente tutelados através da via ressarcitória, exatamente porque podem ser reduzidos a pecúnia” (MARINONI, 2001, p. 23).

Ou seja, tendo em vista um espectro de bens jurídicos com forte cariz econômico, ressoava com inquestionável naturalidade a proteção dos direitos materiais (apenas) através de técnicas indenizatórias, mensurando-se monetariamente o dano causado em razão de uma conduta (ilícita) repelida pelo ordenamento jurídico e atribuindo-se ao seu causador a obrigação/condenação de pagar a quantia determinada. Não bastasse isso, tal monetarização dos direitos ocorria em bases bastante estritas, eis que, como bem salienta BENJAMIN (1998, p. 12), “o paradigma tradicional da responsabilidade civil pressupõe a possibilidade do autor definir de maneira clara e precisa, quase matemática, a estrutura quadrangular dano-nexo causal-causador-vítima”.

Assim sendo, como requisitos para o pleito judicial de responsabilidade civil exigia-se a clara demonstração (I) da atitude culposa de agente(s) determinado(s), (II) repudiada pelo Direito (portanto, ilícita), (III) cuja conseqüência tenha sido a ocorrência de um dano (que sempre seria patrimonialmente avaliável) (IV) causado a pessoa(s) determinada(s).

Tais cânones também ressoaram no campo do direito processual. É dizer, fundado no dogma da certeza jurídica, para a responsabilização por danos causados em virtude de atos praticados em dissonância com o direito material, afigurava-se necessário enfrentar um processo (de conhecimento) voltado à certificação da verdade, o qual abriria ensejo ao manuseio de outro processo (de execução), este objetivando a realização prática do direito anteriormente afirmado. Trata-se da consagração da técnica processual fundada no binômio

sentença condenatória/execução forçada, tendo matiz eminentemente repressivo, na medida em que

(...) era necessário, pois, dentro desta concepção, haver primeiramente a violação ao direito, para somente após isto, haver espaço para a intervenção da jurisdição. A função preventiva, dentro deste paradigma, era excluída da jurisdição, 'porque a essa liga-se, em termos estruturais, a uma ampliação dos poderes de controle do Estado-juiz, que tende a comprimir a liberdade de autônoma regulamentação das relações jurídicas privadas' (ARENHART, 2000, p. 99).<sup>1</sup>

Não tardou, porém, para a dinamicidade do mundo dos fatos revelar a insuficiência do sistema tradicional da responsabilidade civil, conforme se passa a destacar.

## 2.2) A responsabilidade civil objetiva

A consolidação do sistema de responsabilidade civil deixou transparecer cada vez mais claramente a "(...) constatação de que a concepção tradicional, subjetiva, é insuficiente para resolver problemas de setores específicos da vida contemporânea, onde a atividade econômica cria o risco de dano, que deve ser indenizado pelos beneficiários dessa atividade" (AMARAL, 1998, p. 554).

Notadamente no que pertine à proteção jurídica do meio ambiente, a concepção tradicional da responsabilidade civil deixa transparecer de forma patente a sua ineficácia quando analisada à luz das peculiaridades do dano ambiental. Isso porque, no mais das vezes, os elementos definidores da responsabilidade civil tradicional não se coadunam com as especificidades do dano ambiental, entre as quais se destacam: (I) dificuldade de valorar economicamente (pelo menos de forma satisfatória) os danos causados; (II) dificuldade em determinar claramente as suas fontes, eis que pode surgir não de uma atividade determinada, mas sim da cumulação e da sinergia entre várias atividades degradantes; (III) a dificuldade na tarefa de determinar adequadamente todas as vítimas; e (IV) dificuldade para definir a extensão da conduta lesiva, seja espacial, seja temporalmente.

Razões para a inadequação da responsabilidade civil tradicional na proteção do meio ambiente também podem ser identificadas sob o prisma do direito processual. É dizer, o esquema fundado no binômio sentença condenatória/execução forçada também não se coaduna com as singularidades

<sup>1</sup> De mais a mais, pode-se constatar outras influências dos postulados liberais na atuação do processo civil clássico. Tanto é assim que facilmente encontrar-se-á relação entre as premissas básicas desse movimento (entre outras, a igualdade formal, a autonomia da vontade, a não-ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do *facere*) e os rumos tomados pelo processo civil em sua fase autonomista (a neutralidade do juiz, a ordinarização, a separação entre função cognitiva e função executiva, o dogma da *nulla executio sine titulo* e ainda a tipicidade dos meios de execução).

do dano ambiental, especialmente no que toca (I) ao tempo do processo, que pode acarretar a impossibilidade de restituição do *status quo ante*; e (II) à inocuidade de definir um valor em dinheiro para a condenação, que, longe de tutelar adequadamente o bem ambiental lesado, tão-somente atribui ao agente causador o direito de degradar o meio ambiente desde que esteja disposto a pagar (ainda assim, apenas após um moroso processo judicial) uma indenização para tanto.<sup>2</sup>

Em suma, pode-se concluir que, uma vez que “projetada para funcionar num cenário com uma ou poucas vítimas, regulando o relacionamento indivíduo-indivíduo, salvaguardando as relações homem-homem, de caráter essencialmente patrimonial, e não as relações homem-natureza, não teria mesmo essa responsabilidade civil grande utilidade na tutela do meio ambiente” (BENJAMIN, 1998, p. 8).

Visando a superar essas dificuldades, buscou-se reformular o sistema da responsabilidade civil em matéria ambiental, culminando na consagração da chamada teoria objetiva, o que se depreende do art. 14, § 1º, da Lei Federal 6.938/81, tendo como principais conseqüências: (I) irrelevância da intenção danosa; (II) irrelevância da mensuração do subjetivismo; (IV) irrelevância da licitude da atividade; (V) atenuação do relevo donexo causal, sendo suficiente que a atividade possa acarretar danos ecológicos para que se inverta o ônus da prova e se estabeleça a presunção (*iuris tantum*) de responsabilidade (SILVA, 1994, p. 215-216).

A essa nova feição da responsabilidade civil agregam-se instrumentos postos à disposição do direito processual, a fim de conferir maior efetividade, adequação e tempestividade à tutela jurisdicional (do meio ambiente), tais como a previsão das tutelas de urgência e a paulatina aceitação da classificação quínária dos provimentos judiciais (englobando as sentenças mandamentais e as executivas *lato sensu*), conjugada à propagação das técnicas específicas nas obrigações de fazer e de não fazer.

### **2.3) Atuação preventiva/precaucional e insuficiência da responsabilidade civil**

Com a adoção da teoria objetiva, certamente conferiu-se novo fôlego ao regime da responsabilidade civil em matéria ambiental, aproximando-o das

<sup>2</sup> Diga-se de passagem, aliás, que com o surgimento de direitos insuscetíveis de serem (verdadeiramente) compensados monetariamente, quebrou-se a espinha dorsal do sistema que concebeu a classificação trinária das sentenças, tal como denuncia MARONONI (2001, p. 38-39): “na verdade, por incrível que possa parecer, um sistema que trabalha exclusivamente com as três sentenças clássicas está dizendo que todos têm direito a lesar direitos desde que se disponham a pagar por eles [pois] (...) sabe o demandado que a única sanção que sofrerá, diante da prática de um ilícito, é a ressarcitória, o que lhe permite transformar, livremente, o direito do autor em tutela ressarcitória, que na maioria das vezes será prestada pelo equivalente em pecúnia.”

peculiaridades inerentes à tutela do bem ambiental. Contudo, não se pode ter a ilusão de que “(...) a utilização pelo Direito Ambiental de uma responsabilidade civil revitalizada resolverá, de vez, a degradação do planeta” (BENJAMIN, 1998, p. 10). Isso porque, muito embora tenha potencializado sua eficácia, a adoção da teoria objetiva e a inclusão de novas técnicas processuais não têm o condão de extirpar completamente a inadequação entre o sistema da responsabilidade civil e as peculiaridades do dano ambiental, especialmente no que pertine à demonstração do preenchimento dos requisitos causador-vítima-dano-nexo causal.

Aliás, não parece ser infundado afirmar que o regime de responsabilidade civil não ocupa papel de primazia no sistema constitucional de proteção ambiental, sendo que a necessidade de seu manuseio indica, em certa medida, o fracasso de outros mecanismos de tutela ambiental que, se atuassem de forma adequada no caso concreto, apresentariam mais condições de cumprir a tarefa de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações.

Tal assertiva encontra fundamento quando se tem em mente que a sociedade atual está fortemente marcada pela existência de riscos. Conseqüentemente, a proteção efetiva do meio ambiente reclama a constante “gestão de riscos”, o que somente se atinge de forma adequada por meio da implementação de instrumentos de viés preventivo.<sup>3</sup> Dentro desse contexto, assumem especial importância os chamados Princípio da Precaução e Princípio da Prevenção, cujos conteúdos estão conectados às noções de perigo abstrato e de perigo concreto, respectivamente, tal como anotam LEITE e AYALA (2002, p. 62): “(...) se pretendermos unificar semanticamente as categorias de risco e de perigo, pode-se considerar para a compreensão de nosso raciocínio que o princípio da prevenção se dá em relação ao perigo concreto, enquanto, em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida ao perigo abstrato”.<sup>4</sup>

Destinado aos casos em que se verificarem perigos abstratos, o Princípio da Precaução atuará diante de situações em que se constate a existência de uma atividade abstrata e supostamente capaz de causar dano grave ou irreversível ao meio ambiente, muito embora não haja comprovação científica acerca desses

<sup>3</sup> Pode-se afirmar que os mecanismos preventivos constituem a principal forma de atuação do Direito Ambiental na busca de seus objetivos, tal como indica MARTÍN MATEO (p. 93): *aunque el Derecho ambiental se apoye a la postre en un dispositivo sancionador, sin embargo, sus objetivos son fundamentalmente preventivos. (...) en el Derecho ambiental la coacción a posteriori resulta particularmente ineficaz, por un lado en cuanto que de haberse producido ya las consecuencias, biológica y también socialmente nocivas, la podrá tener una transcendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables, lo que es válido también para las compensaciones impuestas imperativamente.*

<sup>4</sup> A diferenciação entre precaução e prevenção, todavia, não é unânime na doutrina pátria, havendo quem defenda a aglutinação dos dois termos, tal como MILARÉ (2000, p. 118), que prefere “(...) adotar *princípio da prevenção* como forma simplificadora, uma vez que *prevenção*, pelo seu caráter genérico, engloba *precaução*, de caráter possivelmente específico”.

danos. Já o Princípio da Prevenção está diretamente relacionado a situações que envolvem perigos concretos; é dizer, constatando-se que dada atividade possível ou previsivelmente trará conseqüências danosas ao meio ambiente, devem ser adotadas as medidas aptas a evitar e/ou minimizar tais danos. Note-se que, na seara do Princípio da Prevenção, há conhecimento científico suficiente para determinar que a atividade é potencial ou efetivamente lesiva para o meio ambiente, atuando-se justamente para evitar a consumação dos resultados indesejados da atividade que já se sabe perigosa (LEITE, 2000, p. 48).

Saliente-se que a distinção entre as situações de precaução e de prevenção afigura-se deveras relevante, havendo na definição do campo de atuação autônoma do Princípio da Precaução, “mais do que um jogo de palavras, [pois] a assertiva é norteadada por uma política diversa da prevenção, porque se privilegia a intenção de não se correr riscos, até porque a precaução é tomada mesmo sem saber se existem os riscos [concretos]. Se já são conhecidos, trata-se de preveni-los”. (RODRIGUES, 2003, p. 150).

Ora, não se está olvidando que o regime da responsabilidade civil (com sua nova roupagem) possa (e deva!) se valer dos Princípios da Precaução e da Prevenção para atuar de forma preventiva/precaucional na tutela jurídica do meio ambiente. Contudo, certamente esta não é o instrumento mais adequado para veicular pretensões preventivas (em sentido amplo), tendo em vista que está indissociavelmente conectada à necessidade de demonstração de dano ou risco (abstrato ou concreto) de dano ao meio ambiente. É dizer, é ínsita à responsabilidade civil (inclusive com o sistema da teoria objetiva) a restrição da atuação jurisdicional à tutela preventiva do dano, engendrando todas as vicissitudes que já foram apontadas em relação ao dano ambiental.

Ou seja, mesmo que orientado pelos postulados da precaução e/ou da prevenção, quando fundada na responsabilidade civil, a discussão judicial não poderá prescindir da análise (I) dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil (mesmo que mitigados), (II) dos requisitos que autorizam a incidência do Princípio da Precaução (incerteza científica quanto à ocorrência de danos ambientais graves e irreversíveis), além de elucubrações acerca da tolerabilidade da conduta supostamente degradante (III) dos danos efetiva ou potencialmente causados, para a aplicação do Princípio da Prevenção, reforçando a discussão acerca da tolerabilidade, (IV) da possível (provável!) colisão do direito fundamental ao meio ambiente hígido com outros direitos fundamentais (iniciativa econômica, pleno emprego, redução das desigualdades regionais etc.) do mesmo modo assegurados pela Carta Magna. Para dirimir controvérsias envolvendo tais questões, no mais das vezes, esbarra-se na necessidade de se abrir uma complexa e morosa fase de dilação probatória, que em tudo conflita com a efetividade da tutela jurídica do meio ambiente.

De mais a mais, é necessário ter na devida conta que a atuação do sistema de responsabilidade civil em matéria ambiental – não obstante possa se revelar eficaz na tutela do meio ambiente num caso concreto – atua de forma pontual e, portanto, não é instrumento adequado para implementar a proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, assumindo a tarefa da “gestão de riscos” num macrocenário temporal e espacialmente considerado, o que reclama instrumentos jurídicos que integrem verdadeiras políticas públicas de atuação preventiva na proteção do bem ambiental.

#### **2.4) Normas jurídico-administrativas em matéria ambiental: bases para a atuação preventiva e precaucional**

Até o momento procurou-se demonstrar que a responsabilidade civil (não obstante a sua fundamental importância na proteção do meio ambiente) não é o instrumento jurídico adequado para a execução da tarefa de “gestão de riscos” ambientais na sociedade atual, através de instrumentos precaucionais/preventivos. Agudizando o raciocínio, parece acertado asseverar que este fenômeno não se resume à responsabilidade civil, podendo ser estendido à esfera judicial (seja civil, seja penal) como um todo.

Noutros termos, é no campo administrativo que se encontrarão instrumentos jurídicos mais consentâneos à implementação de políticas públicas destinadas à tutela do meio ambiente num macrocenário temporal e espacialmente considerado. Isso porque, com as notáveis e nefastas conseqüências da emergência do desenvolvimento tecnológico, “condicionar e conter a ação das pessoas físicas e jurídicas dentro dos limites definidos e ordenados tornou-se imprescindível para impedir que se fizessem predatórias e que acarretassem condições de convívio humano intolerável” (MELLO, 2001, p. 440). É dizer, a gestão de riscos ambientais reclama a operacionalização de uma ampla gama de mecanismos tendentes a organizar, regular, monitorar e fiscalizar os comportamentos que possam periclitir a incolumidade do bem ambiental. Essas tarefas, ao seu turno, estão relacionadas à realização de constantes análises técnicas, revelando-se a Administração Pública, pela própria natureza de suas funções, a esfera de atuação mais indicada para levar a efeito tais tarefas de forma diuturna.<sup>5</sup>

Como conseqüência, pode-se vislumbrar que a consecução das finalidades dos Princípios da Precaução e da Prevenção, para além da pontualidade

<sup>5</sup> Anote-se a existência de estratégias de proteção ao meio ambiente que devem prevalecer inclusive sobre a incidência dos instrumentos jurídico-administrativos de proteção ambiental. É o caso, notadamente, da instituição de políticas públicas e privadas de desenvolvimento da educação ambiental formal e informal (cf. LANFREDI, 2002). Contudo, a análise dessas estratégias extrapola os objetivos desse trabalho, motivo pelo qual não serão aqui apreciadas.

verificada na responsabilização civil, pode ser atingida de forma mais profícua através de instrumentos jurídicos que exigem constante monitoramento e fiscalização, cuja utilização se destina preponderantemente à estrutura administrativa. Estes instrumentos podem objetivar, por exemplo, a criação de condições para a efetiva análise dos riscos ambientais (concretos e abstratos), a fim de estipular parâmetros para determinar a (in)viabilidade de dado empreendimento, assim como para a apuração das medidas compensatórias/mitigatórias de danos previstos ou previsíveis, tal como ocorre com o processo administrativo de licenciamento ambiental. Além disso, embasado em critérios técnicos, através de instrumentos administrativos pode-se definir padrões ambientais, que contenham limites, por exemplo, à emissão de substâncias que comprovadamente causem degradação ao meio ambiente (atuando preventivamente), ou acerca das quais não se tenha certeza científica da inofensividade (atuando precaucionalmente). O âmbito administrativo também pode se valer de limitações administrativas ao direito da propriedade, atuando preventivamente na conservação de locais especialmente relevantes para o equilíbrio ecológico.

Destarte, pode-se afirmar que, em certa medida, as normas jurídico-administrativas ambientais<sup>6</sup> realizam a concreção dos postulados dos Princípios da Precaução e da Prevenção em situações consideradas relevantes para a consecução da gestão dos riscos ambientais.<sup>7</sup> Tal conclusão, aliás, é completamente convergente com a própria natureza das normas-princípio, eis que estas são “(...) fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem *a ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante” (CANOTILHO, p. 1087).

Duas ressalvas, porém, se fazem necessárias.

Em primeiro lugar, não se pode confundir a identificação da prevalência de instrumentos administrativos para a implementação da adequada gestão dos riscos ambientais (num viés preventivo e precaucional), com a ilusão de que tais riscos restarão definitivamente exauridos pelo simples cumprimento de

<sup>6</sup> A expressão “normas jurídico-administrativas ambientais” será utilizada neste texto para exprimir qualquer norma-regra veiculadora de um direito ambiental material que traz ínsita em seu conteúdo a necessidade de atuação do Poder Público (notadamente da Administração Pública) para a sua plena execução.

<sup>7</sup> Saliente-se que a tutela inibitória ambiental, como instrumento destinado ao combate de violações às normas jurídicas de proteção ao meio ambiente, também pode se fundamentar na direta violação a um dos Princípios norteadores do Direito Ambiental, independentemente da existência de uma regra jurídica tipificada (cf. TESSLER, 2003). Isso porque as normas jurídicas constituem gênero, do qual são espécies tanto as normas-regra, quanto as normas-princípio (CANOTILHO, p. 1086). Contudo, a aplicação da tutela inibitória ambiental à garantia de cumprimento dos Princípios de Direito Ambiental diretamente considerados demanda a análise de questões específicas, as quais transcendem os objetivos do presente texto.

normas jurídico-administrativas. Noutros termos, não se está a postular que os instrumentos administrativos têm a virtualidade de suplantar a existência de riscos ambientais (concretos e abstratos). Como afirma MORIN (1995, p. 12-13) “somos, portanto, obrigados a negociar com a incerteza”.

Contudo, a consideração, avaliação e a decisão acerca dessas incertezas (riscos) encontra foro privilegiado com a correta utilização dos instrumentos postos à disposição da Administração Pública, na medida em que atuam (através da fiscalização, do monitoramento, da organização de atividades etc.) num momento anterior à efetiva alteração degradante do meio ambiente.

Em segundo lugar, é imperioso destacar que ao se qualificar esses instrumentos com a expressão administrativos não se está excluindo ou minorando a relevância da atuação do Poder Judiciário na tutela jurídica do meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>8</sup> Pretender que o Poder Judiciário não se imiscua na aplicação desses instrumentos seria uma insanidade jurídica, uma frontal violação ao princípio da infastabilidade da jurisdição (que, entre nós, encontra supedâneo constitucional). Muito ao contrário, nesse cenário a tutela jurisdicional amplia o seu campo de atuação, podendo ser chamada a intervir sempre que as prescrições contidas em tais normas (ditas jurídico-administrativas) estejam na iminência de ser ou já se apresentem transgredidas. Esta dimensão (da atuação jurisdicional para a garantia do cumprimento das normas-regras ambientais) afigura-se completamente diversa daquela veiculada pelo sistema da responsabilidade civil, eis que não se está a tratar da tutela jurisdicional do dano ambiental, mas sim da tutela jurisdicional do ilícito ambiental.

Em suma, o sistema da responsabilidade civil em matéria ambiental exerce função de relevo na proteção jurídica do meio ambiente, continuando plenamente operante nos casos em que a tutela jurisdicional atuar (preventiva ou repressivamente) contra o dano ambiental. Todavia, a esse mecanismo (tutela jurisdicional do dano ambiental por meio da responsabilidade civil) agregam-se outras ferramentas processuais, agora destinadas à tutela jurisdicional (preventiva e repressiva) do ilícito ambiental, apresentando pressupostos, fundamentos e requisitos próprios e inconfundíveis. É justamente visando à efetiva tutela jurisdicional do ilícito (ambiental) que emerge a chamada ação inibitória, sobre a qual se passará a tratar.

<sup>8</sup> O mesmo se diga em relação à participação popular na defesa e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ou seja, a sociedade civil organizada pode e deve ocupar papel de destaque no que pertine às normas jurídico-administrativas, seja participando de sua elaboração (por meio de audiências públicas, exercendo pressão sobre os Poderes Legislativo e Executivo, através de assentos em entidades como o Conselho Nacional de Meio Ambiente etc.), seja provocando a atuação do Poder Judiciário sempre que se constatar o descumprimento de tais normas.



### 3) Tutela Inibitória Ambiental: Uma Tutela Voltada Contra o Ilícito

#### 3.1) Noções introdutórias

A partir das idéias lançadas até o momento pode-se formular a seguinte proposição: visando à defesa, à preservação e à promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Poder Judiciário, através da tutela jurisdicional, poderá atuar em duas dimensões diversas e autônomas, ora voltando-se (preventiva ou repressivamente) contra o dano ambiental, por meio do sistema da responsabilidade civil;<sup>9</sup> ora voltando-se (preventiva ou repressivamente) contra o ilícito ambiental, por meio da chamada tutela inibitória.<sup>10</sup>

Todavia, a formulação ora propugnada somente encontrará guarida em nosso ordenamento jurídico se se constatar a possibilidade de diferenciar e tutelar autonomamente os institutos jurídicos que estão na base da distinção proposta. Noutros termos, a coexistência do sistema da responsabilidade civil com o da tutela inibitória pressupõe a diferenciação entre os institutos jurídicos dano e ilícito<sup>11</sup> (e, por conseguinte, das noções de responsabilidade civil e de ilicitude). Isso porque,

estabelecida a distinção entre ilícito e dano, e fixadas as premissas para a tutela de uma e de outra situação, é possível concluir que ambas as figuras merecem tutelas específicas, que se amoldam a pressupostos próprios e conduzem a meios de proteção diferenciados. Note-se, de pronto, que esta classificação está, como parece ser intuitivo, calcada na dimensão da cognição judicial, fundamentalmente na necessidade ou não de se cogitar da figura do dano para autorizar a incidência da proteção jurisdicional (ARENHART, 2002, p. 110).

É disto que tratará o próximo tópico.

<sup>9</sup> Se analisada à luz da chamada classificação das tutelas aderentes ao direito material (MARINONI, 2000), a tutela jurisdicional destinada a reprimir o dano (ambiental) recebe a denominação tutela ressarcitória (ambiental), a qual se valeria do sistema da responsabilidade civil. Contudo, esmiuçar as diversas espécies de tutela que integram a classificação aderente ao direito material transborda os objetivos deste texto, fazendo-se a referência tão-somente para evitar confusões nomenclaturais.

<sup>10</sup> Neste trabalho, optou-se por congregiar sob a denominação “tutela inibitória” toda forma de combate ao ilícito, no plano judicial. Frise-se, todavia, que uma análise mais detalhada acerca das tutelas voltadas contra o ilícito, a partir de uma classificação das tutelas aderentes ao direito material, irá revelar a existência de outras espécies de tutela destinadas ao ilícito (MARINONI, 2000). Não obstante apresente-se pertinente, tal diferenciação não acarretaria maiores conseqüências para os objetivos do presente trabalho, pois o regime jurídico que incide sobre todas essas espécies de tutela (voltadas contra o ilícito) é bastante semelhante.

<sup>11</sup> Embora neste texto se esteja tratando diretamente de normas-regra, reafirme-se que, como ato contrário ao Direito, o conceito de ilícito também abarca as violações às normas-princípio, pois, como salienta BRAGA NETTO (2003, p. 70), “não só regras, mas também princípios constituem o conteúdo normativo diretor de comportamentos. Por conseguinte, lícitos ou ilícitos podem surgir do confronto das condutas com regras ou com princípios”.

### 3.2) Questão de ordem: a confusão conceitual entre dano e ilícito

Ainda fortemente influenciado pela concepção tradicional do Direito (material e processual), que tudo monetarizava e que tudo “resolvia” por meio de técnicas indenizatórias, ainda hoje se vive momento em que a distinção e a autonomia entre as figuras do ilícito e do dano não estão suficiente consolidadas. Tal como aponta MARINONI (2000, p. 27), “a confusão entre dano e ilícito é reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – através da suposição de que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, isto é, a *res* dotada de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento pelo equivalente do valor econômico da lesão”.

Deveras, essa confusão conceitual ainda pode ser facilmente constatada na doutrina pátria (especialmente a civilista). Basta analisar, mesmo superficialmente, a posição de alguns desses doutrinadores sobre o assunto, para perceber o que se está indicando: segundo Clóvis Bevilacqua, “todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado”; já para Sílvio Rodrigues, “poder-se-ia dizer que o ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem”; na lição de Caio Mário da Silva Pereira, “para o direito penal, o delito é fator de desequilíbrio social que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido”; por fim, para Orlando Gomes, “o ilícito civil somente adquire substantividade se é fato danoso” (OLIVEIRA, 2001, p. 8).

Como principal decorrência dessa confusão conceitual, tem-se a unificação entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil. É dizer, procedendo-se à ligação indissociável entre dano e ilícito perde-se de vista a possibilidade de ocorrerem danos injurídicos sem ilícito; e, do mesmo modo, olvida-se a possibilidade (necessidade!) de coibir o ilícito, independentemente da discussão acerca e da própria constatação de (risco de) dano.<sup>12</sup>

No que diz respeito especificamente à proteção jurídica do meio ambiente sadio, percebe-se facilmente as conseqüências nefastas dessa equivocada unificação. Ora, apegando-se à premissa de que a ilicitude é elemento inafastável da responsabilidade civil, poder-se-ia concluir que bastaria a observância das normas jurídico-administrativas ambientais para afastar qualquer possibilidade

<sup>12</sup> Muito embora esteja cogitando de situações diversas das analisadas neste estudo, PONTES DE MIRANDA (2000, p. 241) há muito já apontava esse caminho: “a tratção das obrigações por atos ilícitos, em separado e minudente, levou a doutrina a considerar os atos ilícitos como classe de fatos jurídicos, ao lado, e exaustivamente, dos atos jurídicos (lícitos) e dos fatos jurídicos *stricto sensu*. Bem tarde se percebeu que essa tricotomia não era exaustiva: há mais atos ilícitos e contrários a direito que os atos ilícitos de que provém a obrigação de indenizar. Por outro lado, há obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta”.

de compelir determinada pessoa (natural ou jurídica) à reparação de um dano causado ao meio ambiente, ante o não-preenchimento de um de seus requisitos.

Rematado absurdo! Como se demonstrou, as normas jurídico-administrativas desempenham importante tarefa na gestão dos riscos ambientais, porém não têm o condão de afastar completamente tais riscos, o que se constata notadamente ante a complexidade e a inter-relação inerentes aos bens que integram o meio ambiente, além das peculiaridades dos danos ambientais e da insuficiência e imprecisão do conhecimento científico que norteia aquelas normas.<sup>13</sup> Ao contrário, a consciência acerca da distinção entre ilícito e dano (ilicitude e responsabilidade civil) fundamenta a conclusão de que “ainda que a conduta do agente que causa o dano seja lícita, autorizada pelo poder competente, embora obedeça a normas técnicas para o exercício de sua atividade, se dessa atividade resulta prejuízo ambiental, tem ele a obrigação de indenizar” (NERY, 1992).

De outra banda, uma vez reduzido o ilícito a meramente um dos requisitos que integram a responsabilidade civil, “(...) identifica-se o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal conseqüência”, ou seja, o dano injurídico (MARINONI, 2000, p. 27). Do mesmo modo, se se tem em mira a efetividade da proteção jurídica do meio ambiente, não se pode concordar com essa conclusão, pois ela traz ínsita a idéia de desnecessidade de se pensar e implementar instrumentos processuais diretamente destinados à garantia do cumprimento das normas jurídico-administrativas ambientais, combatendo o ilícito, independentemente da discussão e constatação de (risco de) dano ambiental num caso concreto. Ou seja, a correta diferenciação entre ilícito e dano revela a possibilidade (necessidade!) de a tutela jurisdicional tratar autonomamente as (ameaças ou efetivas) violações das normas jurídico-administrativas ambientais<sup>14</sup> de forma adequada e tempestiva, a partir de pressupostos e com requisitos diversos dos exigidos para a prevenção/repressão do dano ambiental (este orientado pelos cânones da responsabilidade civil).

Com isso, a tutela jurisdicional assume uma nova dimensão na proteção do meio ambiente sadio, destinando a tutela inibitória para a garantia de cumprimento das normas jurídico-administrativas ambientais, cuja inobservância compromete, por si só, a efetividade dos instrumentos de gestão dos riscos ambientais, configurando conduta ilícita que deve ser jurisdicionalmente sancionada. Assim sendo, alça-se a tutela jurisdicional do meio ambiente a novos patamares,

<sup>13</sup> Essa posição paradoxal da Ciência foi bem apontada por SANTOS (2000, p. 58): “a expansão da capacidade de acção ainda não se fez acompanhar de uma expansão semelhante da capacidade de previsão, e, por isso, a previsão das conseqüências da acção científica é necessariamente muito menos científica do que a acção científica em si mesma”.

<sup>14</sup> As quais, em última instância e como se aventou anteriormente, conferem concreção aos Princípios da Precaução e da Prevenção na perspectiva de um macrocenário, otimizando a tarefa de “gestão de riscos” ambientais.

conferindo-lhe papel que vai muito além da pontual e esparsa tutela jurisdicional voltada contra o dano (fundada na responsabilidade civil), passando a preocupar-se com a conduta meramente ilícita.<sup>15</sup>

### 3.3) Fundamentos da tutela inibitória ambiental

Embora ainda em caráter incipiente, a distinção ilícito/dano torna-se ainda mais premente sob a égide do novo Código Civil. Segundo MARTINS-COSTA (2003), especialmente ao analisar a letra e o sentido do art. 187 desse novo diploma legal, “(...) foi cortada a automaticidade da ligação entre ilicitude e dever de indenizar, e entre ilicitude e dano”, chegando à mesma conclusão já apontada no tópico anterior, qual seja, a possibilidade de se provocar a atuação do Poder Judiciário independentemente da ocorrência de um evento danoso, combatendo-se tão-somente o ilícito, com especial importância para a tutela dos direitos da personalidade e dos direitos difusos (tal como é o meio ambiente hígido).<sup>16</sup>

Destarte, a possibilidade (necessidade!) da distinção ilícito/dano revela a existência de um sistema de tutela jurisdicional voltado especificamente para o combate aos atos ilícitos em matéria ambiental. Para além disso, a autonomia da ilicitude em relação ao sistema da responsabilidade civil traz à tona os próprios fundamentos (substancial e processual) da tutela inibitória ambiental.

De início, deve-se definir o fundamento substancial da tutela inibitória, para, somente após, chegar-se a seu fundamento processual, uma vez que “(...) o processo não cria direitos: apenas os reconhece e os torna efetivos. (...) O direito à prevenção do ilícito, assim como o direito ao ressarcimento dos danos, deve preexistir ao juízo, para que nele possa ser declarado e realizado” (SPADONI, 2003, p. 37). Assim sendo, pode-se indicar como possíveis fundamentos substanciais da tutela inibitória ambiental toda e qualquer norma de direito ambiental material, as quais não se resumem à obrigação de reparar os danos injurídicos causados ao meio ambiente. Para além da prevenção/repressão dos danos ambientais, o ordenamento jurídico pátrio consagra vários direitos materiais (difusos) em matéria ambiental, tal como ocorre com a prescrição de

<sup>15</sup> Enfatize-se que não se está propugnando a total inexistência de relação entre ilícito e dano. Deveras, ao voltar suas forças contra o ilícito ambiental, a tutela jurisdicional também está, em certa medida, atuando de forma a prevenir a ocorrência de um dano ambiental. Isso porque, o adequado funcionamento dos instrumentos destinados à gestão dos riscos ambientais tem por consequência reduzir as situações suscetíveis de ocasionarem danos ao meio ambiente, seja proibindo-as, seja limitando-as a determinados padrões, ou ainda condicionando-as à utilização de tecnologias capazes de suprimir/minorar as consequências danosas. Contudo, a coexistência (inclusive cronológica) entre conduta ilícita e dano injurídico não pode levar à confusão dos institutos, unificando ilicitude e responsabilidade civil.

<sup>16</sup> Lapidar é a conclusão da autora mencionada: “sem olhos para ver (a letra) e sem ouvidos para ouvir (o espírito) nada diremos ao artigo 187, e ele nada nos dirá. E continuaremos, resignadamente, a repetir que nada mudou, porque nada mudamos” (MARTINS-COSTA, 2003).

normas jurídico-administrativas destinadas a dar concreção aos Princípios da Precaução e da Prevenção já no momento da gestão dos riscos ambientais (numa fase anterior à efetiva alteração do meio ambiente), por exemplo, disciplinando o licenciamento, estabelecendo padrões e prevendo hipóteses de limitação à propriedade e à atividade econômica em virtude da importância do bem ambiental.

Em suma, sempre que se estiver diante de uma situação em que uma conduta contrária ao estabelecido nas normas jurídico-administrativas ambientais esteja na iminência de ser praticada, repetida ou de se estender no tempo, abre-se ensejo ao manuseio da tutela inibitória ambiental, para evitar a consumação, repetição ou continuação do ilícito ambiental, garantindo-se, via de consequência, a incolumidade de determinado direito ambiental material.<sup>17</sup>

Esclarecido o que se tem por fundamento substancial, passa-se à análise do fundamento processual da tutela inibitória ambiental, ou seja, busca-se identificar qual “(...) a base normativa, constitucional e infraconstitucional, que permite ao cidadão exercer a ação inibitória, possibilitando ao órgão jurisdicional, desenvolver um processo tendente à prolação de um provimento que tenha a potencialidade de prevenir a prática de um ato ilícito ameaçado” (SPADONI, 2003, p. 43).

Já se apurou que a expressão tutela jurisdicional não deve ser entendida meramente como a resposta dada pelo Poder Judiciário às lides que lhe são submetidas. Longe disso, somente haverá que se falar propriamente em tutela jurisdicional na medida em que a atuação do Poder Judiciário se demonstrar realmente tempestiva e adequada ao intento de assegurar o exercício de determinado direito material. De plano, afastou-se a noção – antes predominante – de que a tutela jurisdicional tempestiva e adequada poderia ser prestada através de mecanismos processuais puramente repressivos, voltados contra o dano e fincados na idéia de ressarcimento de perdas econômicas (disciplinado pelo esquema sentença condenatória/execução forçada).

É justamente na busca de provimentos judiciais tempestivos e adequados que surge a configuração atual do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, contemplado no art. 5º, XXXV, de nossa Carta Magna. Tal comando constitucional, ao determinar que é função do Poder Judiciário analisar e tutelar situações em que se verifique ameaça de violação a direitos, está, em última análise, consagrando em nosso sistema um princípio geral de tutela preventiva. Apenas reafirme-se o entendimento de que tal princípio está apto a atuar contra a ameaça da prática de um ilícito, sob pena de recair-se novamente na inaceitável confusão entre as figuras do ilícito e do dano.

<sup>17</sup> O mesmo se diga em relação aos princípios de Direito Ambiental, eis que se apresentam como espécie do gênero normas jurídicas, também constituindo seus comandos, portanto, fundamentos para a tutela inibitória ambiental, independentemente da existência de normas-regra que os concretize.

Diante desse cenário, portanto, chega-se à conclusão de que a própria inafastabilidade da jurisdição (e o princípio geral da tutela preventiva, dela decorrente) é o fundamento processual da tutela inibitória (ambiental) em nível constitucional. Esposando tal entendimento, MARINONI (2000, p. 67) defende que “é possível afirmar até mesmo que a inserção da locução ‘ameaça a direito’ na nova verbalização do princípio da inafastabilidade teve por fim deixar claro que a tutela preventiva é constitucionalmente garantida”.

No plano infraconstitucional, ao seu turno, o fundamento processual da tutela inibitória (ambiental) pode ser haurido dos comandos legais insculpidos nos arts. 461 e 461-A do CPC, os quais possibilitam que o magistrado maneje provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*.<sup>18</sup> Tal fundamento (processual) também pode ser encontrado na nova redação do art. 644 do CPC (conferida pela Lei 10.444/02) que, em completa harmonia com as características inerentes à tutela preventiva do ilícito através do cumprimento forçado das obrigações de fazer e de não fazer, praticamente abole os anacrônicos mecanismos de execução até então vigorantes no Livro II, Título II, Capítulo III do CPC.

É dizer, uma vez constatada a impossibilidade de conferir um valor econômico pelo desrespeito às normas jurídico-administrativas ambientais (verdadeiros direitos ambientais materiais), o direito processual, visando à efetividade da tutela jurisdicional, mune-se de instrumentos capazes de evitar a consumação, repetição ou continuação da conduta ilícita, compelindo o sujeito passivo a fazer ou não fazer o que por lei lhe é imposto (provimentos mandamentais), ou substituindo-se à atuação do próprio sujeito passivo (provimentos executivos *lato sensu*).

### 3.4) Pressupostos da tutela inibitória ambiental

Antes de se identificar quais são os seus pressupostos, não é demais reafirmar o alerta no sentido de que a concessão de tutela inibitória ambiental (seja em provimento final ou liminar) não está conectada à verificação de um dano ao meio ambiente no caso concreto. Isso porque a tutela inibitória volta-se contra o ilícito ambiental, estando apta a atuar preventivamente (seja para evitar a formação, continuação ou repetição de violação a direito material ambiental). Ora, conforme já se demonstrou, dano e ilícito são figuras distintas, sendo que o ordenamento processual pátrio confere a possibilidade de se tutelar

<sup>18</sup> A distinção entre provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* é assim realizada por PONTES DE MIRANDA (1961, p. 211): “na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência) nem que condene (enunciado de fato e valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione seu pensamento e o seu ato e que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o ‘mandado’. Na ação executiva quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que deveria ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito”.

autonomamente cada uma delas. Assim sendo, condicionar o cabimento da tutela inibitória ambiental à demonstração de risco, incerteza científica (base da precaução) ou mesmo dano constatado ao meio ambiente seria exigir pressuposto que em nada se relaciona com os objetivos dessa espécie de tutela.

Essas anotações preliminares já deixam transparecer quais são os verdadeiros pressupostos da tutela inibitória ambiental. Ou seja, na medida em que se compreende que esse instrumento processual volta-se para o futuro, atuando de modo preventivo à violação de um direito, independentemente da verificação do resultado danoso, pode-se concluir que para a concessão de tutela inibitória basta a demonstração de que uma conduta ilícita esteja em vias de ser consumada, repetida ou continuada no tempo. Noutros termos, são pressupostos da tutela inibitória ambiental tão-somente a ilicitude de certa conduta (violando norma jurídico-administrativa ambiental, por exemplo) e a ameaça de que esta ação ou omissão se realize.

Com relação ao primeiro desses pressupostos (ilicitude), deve-se enfatizar que não é necessária a demonstração de que o agente causador da conduta ilícita esteja agindo culposamente, pois, como salienta Cristina Rapisarda, “a ação inibitória, como se disse, volta-se para o futuro e assim fica excluída a possibilidade objetiva de valorar previamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro sobre o qual é destinado a incidir o provimento final de tutela” (MARINONI, ARENHART, 2000, p. 111). Por conseguinte, para a concessão da tutela inibitória ambiental não se apresenta necessária a discussão em relação a outros temas concernentes à atuação do sistema da responsabilidade civil, tal como a opção legislativa entre a teoria do risco criado ou do risco integral, não havendo que se cogitar, conseqüentemente, de “exclusão de ilicitude” em razão caso fortuito ou de força maior.

Ademais, a demonstração do preenchimento do pressuposto ilicitude também resta sobremaneira facilitado posto tratar-se de questão que – via de regra – versa exclusivamente sobre matéria de direito, prescindindo, no mais das vezes, de dilação probatória, pois “(...) o conceito de ilicitude de uma dada conduta se extrai da sua comparação (ainda que hipotética) com as regras existentes no ordenamento jurídico – as quais qualificam as condutas como lícitas ou ilícitas. Por esta razão, a noção de ilicitude da conduta, normalmente, não dependerá de prova, reduzindo-se, no mais das vezes, à análise de uma questão de direito (que, como cediço, não depende de prova)” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 113).

Por outro lado, maiores dificuldades se enfrentarão quando se pretende analisar, diante de cada caso concreto, o preenchimento do outro requisito necessário à concessão da tutela inibitória ambiental, qual seja, a ameaça de que a conduta ilícita seja praticada. Noutros termos, a comprovação da ameaça de

lesão a direito ambiental material, ao contrário do que se verifica com a demonstração da ilicitude da conduta, não comporta uma resposta prévia e definitiva do ordenamento jurídico, ficando a depender do sopesamento de diversas peculiaridades que se apresentam perante a situação fática levada à apreciação judicial. As conseqüências desse fenômeno foram brilhantemente apontadas por ARENHART (2000, p. 132): “de um lado, a excessiva tolerância com o requisito da ameaça conduzirá à expansão desmesurada da tutela inibitória, que passará a servir como paliativo para a mínima eficácia social das leis em geral, verificada em nossa sociedade, conduzindo à desfiguração do instituto. De outro lado, a exigência de demonstração irretorquível da ameaça poderá conduzir à necessidade de prova impossível, frustrando todas as expectativas da tutela preventiva”.

A solução desse impasse talvez perpassa pela aplicação analógica do entendimento que vigora em relação à demonstração da ameaça para a concessão de tutelas preventivas típicas, há muito disciplinadas em nosso ordenamento (tais como o mandado de segurança preventivo e o interdito proibitório). Dentro desse contexto, para que se considere satisfeito tal pressuposto que autoriza a concessão da tutela inibitória atípica (aqui incluída a que objetiva combater o ilícito ambiental), o requisito ameaça de lesão a direito deve ser analisado, tanto quanto possível, sob um prisma objetivo, não bastando um temor subjetivo de que a conduta tida por ilícita seja praticada.

Contudo, mesmo a definição do que seja ameaça objetiva é algo complexo. De todo modo, objetivamente considerado, pode-se afirmar que a pressuposta ameaça restará demonstrada quando o temor de que a conduta ilícita a ser praticada (repetida ou continuada) for real (traduzida por atos e fatos, e não por meras suposições) e atual (sendo justificável no momento em que se pleiteia a tutela).

Tal entendimento, aliás, encontra respaldo na jurisprudência pátria, já tendo decidido o STJ que “(...) na segurança preventiva, compete ao impetrante indicar a situação de fato (decisão administrativa) ou providência concreta executada pela Administração que importe ameaças a seu direito líquido e certo, considerando-se impróprias, para forcejar o cabimento do *mandamus*, meras suposições unilaterais do autor”.<sup>19</sup>

Ora, quando se pretende a concessão de tutela inibitória ambiental tendente a obstar a continuação ou a repetição do comportamento ilícito, a verificação da ameaça da conduta que viola direitos (ambientais materiais) resta facilitada, na medida em que a simples ocorrência pretérita de tal ilicitude já indica, no mais das vezes, com razoável grau de concreção, o risco (*rectius*, ameaça) de que tal ação (ou omissão) seja repetida ou se estenda no tempo.

<sup>19</sup> STJ, REsp 102.443/RS, Relator Ministro *Demócrito Reinaldo*, DJ de 16/12/1996.



Maiores dificuldades, porém, serão enfrentadas quando se estiver diante de um caso de tutela inibitória *tout court*, ou seja, que visa à prevenção do ilícito ambiental antes mesmo de sua primeira ocorrência. Sobre o assunto, cabe trazer à colação as lições de Frignani:

problema um pouco mais delicado é a possibilidade de se invocar a inibitória quando a atividade ilícita ainda não haja ocorrido; quando pois a conduta não se tenha aperfeiçoado, mas foram postos em prática apenas preparativos para o cometimento futuro. A nosso ver, a peculiaridade desta hipótese, em relação àquela precedentemente examinada, consiste no fato de que aqui a prova do perigo de cometimento de um ilícito é mais difícil, já que é extremamente árduo dar uma valoração *ex ante* da idoneidade dos meios empregados nos atos da perpetração do ilícito. Todavia, uma vez que se tenha como certa tal idoneidade e univocidade, não há dúvida de que o juiz possa emanar uma ordem inibitória. (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 122).

O cerne da controvérsia, portanto, reside justamente na prova da objetiva ameaça de que a conduta ilícita esteja na iminência de ser praticada (repetida ou continuada). Uma vez mais, a questão foi bem delimitada pelo professor ARENHART (1998, p. 143): “o caminho, aqui, abre-se em duas alternativas. Ou se mantém indene a exigência da prova da ameaça, correndo o risco de inviabilizar a proteção preventiva ao direito aqui examinado; ou, ao revés, se dispensa esta prova, tornando a presente ação praticamente isenta de necessidade probatória, e autorizando a solução imediata da controvérsia”.

Ora, não se pode olvidar que o direito probatório também sofreu influência da visão tradicional do processo civil – fundado, como visto, nas tutelas repressivas e ressarcitórias – na medida em que se considerava terem as provas apresentadas em juízo a função de reconstituir (tal e qual ocorreram) os fatos relevantes ao deslinde da controvérsia. Assim sendo, supunha-se que a avaliação das provas judiciais levariam inexoravelmente o juiz ao encontro da verdade (absoluta) em relação aos fatos apresentados na demanda e, por conseguinte, autorizariam o magistrado a dizer o direito (em última análise, o tornariam apto a decidir se houve ou não pretérita transgressão ao direito do autor e, em caso afirmativo, qual sanção deveria ser impelida ao réu).

Ocorre que adotar tal concepção de prova à exigência de demonstração da ameaça de que a conduta ilícita ao meio ambiente seja praticada (pressuposto da tutela inibitória ambiental) é, em última análise, obstar a utilização da própria tutela preventiva. Isso porque, como tal espécie de tutela volta-se para o futuro (prevenindo a consumação, repetição ou continuação do ilícito), condicionar a concessão da tutela inibitória à apresentação de elementos probatórios capazes de revelar a verdade e a certeza absoluta com relação aos fatos (ilícitos) futuros seria relegá-la à inefetividade, na medida em que se estaria exigindo, não raramente, a produção de prova impossível.

Talvez motivado por situações como a ora analisada, BATISTA DA SILVA (1998, p. 338) esclarece que “(...) verifica-se uma crescente tendência a considerar a prova judiciária como demonstração da verossimilhança da existência de uma dada realidade (...)”. De mais a mais, continua o mesmo autor, “(...) seria uma pura e pretensiosa ingenuidade imaginar que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos”, (1998, p. 339) posto que elementos estranhos ao objeto analisado inevitavelmente influenciarão as conclusões obtidas (notadamente elementos subjetivos, ligados às convicções e características pessoais do juiz).

Diante desse cenário, é imperioso aceitar que “(...) verdade e legitimidade não são conceitos absolutos, de validade plena e eterna. Ao contrário, resultam do consenso discursivo”, (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 285) compreendido este como a síntese a que chega o juiz ante os argumentos colacionados pelas partes no transcorrer do diálogo processual instaurado pelo contraditório (inclusive através de meios de prova), num processo eminentemente dialético.

Como consequência dessa nova compreensão em relação à certeza e à verdade que se atingem por meio do processo, resta modificada a própria definição de prova judicial, devendo esta ser compreendida como “(...) todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo” (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 292).

Essa nova concepção do direito probatório nos indica quais os critérios a serem adotados para a verificação do preenchimento do pressuposto ameaça de violação a direito ambiental material no caso concreto. É dizer, na medida em que se compreende que “(...) a prova não se destina a provar fatos, mas sim afirmações de fato (...)” (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 292), resta claro que a tutela inibitória ambiental deve ser concedida sempre que os elementos levados ao conhecimento do juiz se revelarem suficientes para convencê-lo de que existe a ameaça de violação a direito (sem que seja exigida a demonstração pretensamente certa e irrefutável de que a conduta ilícita de fato ocorrerá, sob pena de se exigir a produção de prova impossível).

#### **4) Tutela Inibitória Ambiental: Um Modelo em Teste**

Com o exposto até o momento, procurou-se esclarecer que a existência de instrumentos processuais voltados eminentemente ao combate da consumação, repetição ou continuação de uma conduta ilícita (paralelamente ao sistema da responsabilidade civil) afigura-se plenamente condizente tanto com os cânones da efetividade da tutela jurisdicional, quanto com os objetivos do Direito Ambiental (material). Avançando nessa seara, a partir da distinção entre ilícito e

dano, buscou-se definir os fundamentos e os pressupostos da chamada tutela inibitória ambiental, diferenciando-os daqueles que incidem sobre o regime jurídico próprio da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente.

Na seqüência da investigação proposta, é chegado o momento de colocar em teste o instrumento processual que se vem desenhando. Ou seja, passa-se agora perquirir acerca da aplicabilidade e da utilidade prática dessa tutela preventiva dos direitos ambientais materiais, especialmente quando comparada com o tradicional modelo de tutela jurisdicional, voltado contra o dano.

Para tanto, parte-se da análise de uma situação corriqueiramente levada à apreciação do Poder Judiciário, qual seja, o desenvolvimento de certa atividade empresarial sem o devido cumprimento das normas ambientais atinentes ao licenciamento ambiental.

Segundo MILARÉ (2001, p. 360), “como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que por meio dele busca a Administração Pública exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico”.

Pode-se facilmente perceber, destarte, que as regras relativas ao licenciamento ambiental constituem espécie daquilo que temos designado neste trabalho por normas jurídico-administrativas ambientais, na medida em que integram o quadro de instrumentos postos à disposição da Administração Pública para que esta implemente seu dever-poder na gestão dos riscos ambientais. Mais, pode-se mesmo afirmar que as normas atinentes ao licenciamento ambiental constituem uma das formas de concreção dos postulados dos Princípios da Prevenção e da Prevenção, na medida em que condicionam a autorização da instalação e da operação de um empreendimento potencial ou efetivamente poluente a considerações precaucionais (análise científica quanto à inofensividade da atividade) e preventivas (expurgando, minorando ou compensando danos previstos e previsíveis).

Pois bem. Imagine-se que uma fábrica obtenha do órgão competente Licença Ambiental de Operação (LAO),<sup>20</sup> a qual condiciona o funcionamento do empreendido à adoção de certas medidas que visem a evitar/minimizar os impactos

<sup>20</sup> Anote-se que o licenciamento ambiental é revestido de caráter complexo (embora seja ato uno), compreendendo três fases distintas, a saber: licença prévia, licença de instalação e licença de operação (vide art. 19 do Decreto Federal 99.274/90 e art. 8º da Resolução 237/97 do CONAMA). No exemplo apresentado, busca-se evitar a consumação de uma conduta ilícita tendente a violar as condições da Licença de Operação, a qual tem o fito de autorizar o efetivo funcionamento do empreendimento, desde que cumpridas as exigências constantes nas licenças anteriores. De todo modo, o mesmo raciocínio pode ser empregado a atos que estejam na iminência de consumir, repetir ou manter uma conduta que viole (ou seja, ilícita) quaisquer uma das licenças, ou melhor, quaisquer normas jurídico-administrativa ambiental.

de sua atividade no ecossistema (condicionante eminentemente preventiva). Aproximando-se a data marcada para a inauguração da fábrica, constata-se que os responsáveis não providenciaram o cumprimento de algumas das exigências apostas na LAO, resultando em séria ameaça de que as atividades se iniciem em desacordo com o estipulado pelo órgão competente.

Se analisado sob o prisma da tutela jurisdicional do dano (preventiva ou repressiva, pouco importa), a imediata atuação da máquina judiciária fica atrelada à demonstração de que o descumprimento de tais normas acarreta (risco de) dano ao meio ambiente. Ora, se a noção de (risco de) dano ambiental compõe o *thema decidendum* da lide, ao desenvolver sua atividade cognitiva o juiz enfrentará controversas acerca

(I) do rompimento do critério da tolerabilidade (para configurar a existência de risco ou de dano ambiental juridicamente reprovável),

(II) discussões acerca da incerteza científica das repercussões da atividade sobre o meio ambiente, que deve ser qualificada (grave e irreversível) para autorizar a incidência do Princípio da Precaução,

(III) ou questões relativas à colisão de direitos fundamentais. Diante desse cenário, não se pode olvidar que a solução de tais controversas exige o enfrentamento de uma fase de dilação probatória, sempre morosa e não raramente com conclusões vagas e conflitantes.<sup>21</sup>

Por outro lado, toda essa discussão é completamente inócua quando posta sob o enfoque da tutela jurisdicional do ilícito. Isso porque, na tutela inibitória ambiental, a atividade cognitiva do juiz se restringe à verificação da ameaça de consumação, continuação ou repetição da conduta ilícita, não compondo o *thema decidendum* da lide qualquer controvérsia acerca da comprovação (do risco) de danosidade de dita atividade empresarial ou de sua tolerabilidade. Não guardando qualquer relação com a figura do dano, não há que se falar em demonstração de incerteza científica, gravidade e irreversibilidade da suposta degradação ambiental causada pelo empreendimento, requisito para a atuação do Princípio da Precaução (quando veiculado na tutela jurisdicional do dano).

Importa apenas o fato de que, se efetivamente entrar em operação nessas condições, estará a empresa agindo de forma ilícita (em desacordo com a Licença expedida) e, via de consequência, violando um direito material ambiental, posto que restará maculado um importante instrumento de gestão dos riscos ambientais (concretizador, aliás, dos postulados precaucionais e preventivos).

<sup>21</sup> E nem se afirme que antecipação de tutela jurisdicional (preventiva ou repressiva) do dano seja suficiente para transpor os obstáculos apontados. Muito embora configure importante instrumento de proteção do meio ambiente, a tutela antecipara nos casos de tutela jurisdicional do dano (art. 273 do CPC) exige a comprovação de requisitos que também encontram-se estritamente relacionados à discussão do (risco de) dano ambiental, quais sejam, a prova inequívoca das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso em tela, havendo data marcada para a inauguração da empresa, a demonstração da inobservância dos requisitos constantes da LAO revela-se sobremaneira facilitada se comparada à necessidade de provar que o referido descumprimento causará danos ao meio ambiente. Assim sendo, afigura-se plenamente viável recorrer-se ao Poder Judiciário, sendo que, com base na tutela jurisdicional do ilícito, abre-se um extenso leque de medidas tendentes a evitar a consumação da conduta que afronte o direito ambiental material, tais como:

(I) ordenar, sob pena de multa, o não-início das atividades na data anunciada (obrigação de não fazer) e determinar a instalação dos equipamentos exigidos pela LAO (obrigação de fazer), valendo-se de provimentos mandamentais (a teor do art. 461, § 4º, do CPC);

(II) ou promover as medidas necessárias para assegurar o resultado prático equivalente à estrita observância da LAO, prescindindo da vontade dos réus, através de provimentos judiciais executivos *lato sensu*, sendo exemplos a interdição do empreendimento ou a nomeação de um interventor que garanta o cumprimento das determinações que integram a LAO (com supedâneo no art. 461, § 5º, do CPC).

Por fim, é ainda necessário que se aborde duas questões.

Em primeiro lugar, muito embora a tutela jurisdicional do ilícito configure uma espécie de tutela autônoma e de cognição exauriente,<sup>22</sup> nada impede que o juiz conceda a chamada tutela inibitória antecipada. Assim como no provimento final, a tutela inibitória antecipada não tem entre os seus requisitos qualquer elemento relacionado ao (risco de) dano ambiental. Portanto, fundada no art. 461, § 3º, do CPC, para a concessão da tutela inibitória antecipada basta a demonstração de que uma conduta ilícita está prestes a ser consumada, repetida ou estendida no tempo (preenchendo o requisito “relevante fundamento da demanda”) e que esta conduta ilícita poderá ser efetivada no transcorrer do trâmite processual (cumprindo o requisito “ineficácia do provimento final”) (cf. MARINONI, 2000b).

Em segundo lugar, eventual controversa acerca de possíveis conflitos de direitos envolvendo o meio ambiente sadio e outros direitos fundamentais (liberdade de iniciativa econômica, busca do pleno emprego, desenvolvimento nacional etc.) assume outra perspectiva quando analisada à luz da tutela jurisdicional do ilícito. Não mais importará a (des)necessidade de assumir determinada conduta em favor do meio ambiente, uma vez que essa decisão já foi tomada num plano anterior (legislativo ou regulamentar) no momento em que a norma jurídico-administrativa foi editada ou aplicada pela

<sup>22</sup> Entende-se por cognição exauriente o “(...) procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição” (WATANABE, 2000, p. 113)

autoridade competente.<sup>23</sup> Contudo, a harmonização dos diversos direitos constitucionalmente previstos deve nortear a escolha dos meios utilizados pelo magistrado para a efetivação da tutela inibitória (final ou antecipada), de modo a garantir a efetividade da tutela jurisdicional do ilícito ambiental com o menor sacrifício possível de outros direitos fundamentais que se apresentarem em colidência no caso concreto.

## 5) Considerações Finais

Retome-se, agora à guisa de conclusão, algumas das principais idéias lançadas no presente trabalho:

a) o sistema da responsabilidade civil tradicional (subjéctiva) não se apresenta adequado para prestar a tutela jurisdicional em matéria ambiental, posto estar norteadado por ideais patrimonialistas, privilegiando a atuação meramente repressiva;

b) embora desempenhe papel fundamental para a tutela jurídica do meio ambiente, o atual sistema de responsabilidade civil (objetiva) também se apresenta insuficiente para dar conta das especificidades do dano ambiental;

c) a consecução do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado passa pela operacionalização de atividades notadamente desenvolvidas pela Administração Pública ambiental, a fim de promover a adequada gestão dos riscos ambientais, inserida num marcocenário temporal e espacialmente considerado;

d) a gestão dos riscos ambientais é operacionalizada por meio de diversos instrumentos de regulação, controle, fiscalização, monitoramento, que encontram fundamento em normas jurídico-administrativas ambientais, as quais propiciam as condições necessárias para a concreção dos Princípios da Precaução e da Prevenção no momento em que ainda não ocorreu qualquer alteração no meio ambiente;

e) tendo em vista a importância da tarefa de gestão dos riscos ambientais, a tutela jurisdicional é alçada a um novo patamar, atuando na garantia da observância das normas jurídico-administrativas ambientais, por meio da tutela inibitória (que atua paralelamente ao sistema da responsabilidade civil por danos ambientais);

f) é possível (necessário) proceder à distinção entre as figuras do ilícito e do dano ambiental, o que demonstra a existência de danos injurídicos sem ilícito, além da atuação jurisdicional voltada contra o ilícito, independentemente da verificação de dano;

---

<sup>23</sup> Obviamente parte-se da premissa de que a norma jurídica que serve de fundamento substancial para determinado pleito de tutela inibitória ambiental está atuando validamente no ordenamento jurídico. O mesmo se diga em relação à atuação da Administração Pública na aplicação dessas normas (devendo respeitar os requisitos de competência, finalidade, legalidade etc.), sob pena de se transformar em arbítrio do legislador ou do administrador público a nobre missão constitucional de proteger e preservar o meio ambiente.

g) a partir da constatação da autonomia da ilicitude em relação à responsabilidade civil, pode-se vislumbrar a existência de tutela jurisdicional voltada contra o ilícito ambiental (tutela inibitória ambiental), independentemente da tutela jurisdicional voltada contra o dano ambiental;

h) a tutela inibitória ambiental destina-se a evitar a consumação, a repetição e a continuação de uma conduta ilícita, tendo como fundamento substancial quaisquer direitos ambientais materiais e como fundamento processual o princípio da inafastabilidade da jurisdição (no plano constitucional) e o comando do art. 461 do CPC (no plano infraconstitucional);

i) a discussão acerca do (risco de) dano ambiental não integrar os requisitos para a aplicação da tutela inibitória ambiental, a qual apresenta como pressuposto tão-somente a ameaça da ocorrência de um conduta ilícita (ou seja, violadora das normas jurídico-administrativas ambientais);

j) uma vez verificada a ameaça de consumação, repetição ou continuação de uma conduta ilícita, poderá o magistrado se valer de provimentos judiciais mandamentais e/ou executivos *lato sensu*, em decisão final ou em sede de tutela inibitória antecipada, sempre orientado pelo princípio da máxima proteção do meio ambiente com o menor sacrifício dos demais direitos fundamentais.

## Referências

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil – introdução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. *A tutela inibitória coletiva*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual* (3ª Série). Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- BENJAMIN, Antônio Herman. *Revista de Direito Ambiental – Vol. 9. Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina.
- LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política Ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Forense Universitária, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica* (arts. 461, CPC e 84, CDC). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. *A antecipação da tutela*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentário ao Código de Processo Civil – vol. 5, tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Manual do Processo de Conhecimento – a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Jornal Valor Econômico. O conceito de ilicitude no novo Código Civil*. São Paulo, 09/03/2003.
- MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. Madri: Trivium, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MORIN, Edgar. *Terra Pátria*. São Paulo: Sulina, 1995.
- NERY Jr, Nelson. *Responsabilidade Civil e Meio Ambiente* (in: Revista do Advogado). AASP, vol. 71, 07/92.
- OLIVEIRA, Flávio Luís de. *A natureza jurídica da tutela dos alimentos decorrentes do dever de sustento à luz da classificação das tutelas aderentes ao direito material*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado das Ações* (volume I). 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado: parte geral* (tomo II). Campinas: Bookseller, 2000.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental* (Vol. 1). São Paulo: Max Limonad, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da Razão Indolente*. Porto: Afrontamento, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 215-216.
- SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil* (volume I). 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.



SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na forma específica*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2000.



# A Atipicidade da Ação Civil Pública e o Sistema Processual Coletivo<sup>1</sup>

Marcelo Abelha Rodrigues\*

## 1. Delimitação do tema

Nesta exposição-tópico procuraremos enfrentar uma das celeumas mais sérias que giram em torno da Lei 7.347/85. Essa celeuma diz respeito à suposta criação (ou não) de uma ação típica pela LACP: a ação civil pública. Em outros termos, para que seja compreendido o que se quer expor, lança-se a seguinte pergunta elucidativa do problema: existe uma ação típica criada pela Lei 7.347/85? Se a ação civil pública é uma ação típica, então a ação proposta para a defesa dos direitos individuais homogêneos não seria uma ação civil pública? A ação de improbidade não é uma ação civil pública? A ação popular é ou não é uma ação civil pública? A ação civil pública é de titularidade só do *Parquet*?

## 2. Considerações preliminares

O estudo desse problema não tem por finalidade satisfazer pretensões meramente acadêmicas, senão porque traz importantes conseqüências práticas e importantes conclusões acerca de fenômenos como a conexão, a litispendência e até a carência de ação, notadamente o interesse de agir sob o ponto de vista da adequação da via eleita. Esses são apenas alguns exemplos de institutos do processo que são afetados pela celeuma que ora se evidencia. Mas é claro que a verificação da existência ou não da “tipicidade” da ação civil pública comporta antes um breve comentário sobre o que vem a ser o estudo da tipicidade das ações.<sup>2</sup> Vejamos.

\* Mestre e Doutor PUCC/SP. Professor da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado-ES

<sup>1</sup> Palestra Proferida (enxertada com bibliografia e citações) na Escola Superior de Advocacia – ESA (ES) em nov/2004.

<sup>2</sup> Sobre o tema ver Flávio Luiz Yarshell. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas. 1998; Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Vol. I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p.326; José Marcelo Menezes Vigliar. “Ação civil pública ou ação coletiva?”, in *Ação civil pública*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: RT. 2001, p. 400-417.

### 3. A tipicidade das ações no processo civil

Salvo exceções, nas quais não se inclui a ação civil pública, não existem ações típicas em nosso sistema processual, sendo tremendo e grave equívoco classificar, conceituar ou até mesmo denominar ações, seja pelo pedido imediato (condenatórias, constitutivas e declaratórias), pela cognição exercida (sumária), pelo procedimento (ordinária), pela titularidade ativa (popular), pela relação com outra demanda (acessória e principal), pelo tipo de processo (cautelar, conhecimento etc.), pela natureza do direito (pública ou privada) etc. e, ainda mais, pelo seu pedido mediato (despejo, consignação em pagamento, prestação de contas, possessórias etc.). Trata-se de resquício dos tempos em que a ação era vista sob o manto da teoria imanente, civilista, em que a ação era o próprio direito material violado, ou como diz a doutrina, “em pé de guerra”.

É importante que fique muito claro ao leitor que o nosso ordenamento adota o sistema de direitos e não de ações.<sup>3</sup> Ao contrário do Direito Romano, onde existia plena correlação entre a ação e o direito, o nosso sistema jurídico há tempos aboliu tal interpretação, donde se conclui que a “Actio” do direito romano tinha valor diverso da que tem a nossa “ação” atualmente, pois em Roma aquele que tinha “Actio” tinha também “direito” e “razão”.<sup>4</sup> Atualmente, o próprio sistema processual civil brasileiro prevê expressamente que o autor pode ter ação sem que tenha direito, bastando que preencha as suas condições (legitimidade *ad causam*, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido – arts. 3º e 267, VI, do CPC).

A ação não comporta uma “tipificação” específica, visto que esta tipificação resta reservada apenas e tão-somente para os direitos subjetivos. Tanto é assim que em nosso sistema prevalecem as máximas “*Narra me factum dabo tibi jus*” e “*iura notiv curia*”. Por isso é que conclui com notável clareza e precisão Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que “A atipicidade é a regra do direito vigente, no qual a referência às tradicionais figuras das ações concedidas para a defesa dos vários direitos subjetivos tem valor meramente exemplificativo e o autor é livre para compor a sua demanda como melhor lhe agrada, desde que o provimento pedido não seja inadmissível em abstrato (como seria [...] a prisão do devedor que não paga) e desde que presente em concreto o interesse de agir”.<sup>5</sup>

O monografista do tema e notável professor da USP Flávio Luiz Yarshell adverte que “não há como ‘descrever’ a ação que – para empregar o que foi examinado em tópicos precedentes – é essencialmente conceitual e funciona como ‘cobertura geral’ do sistema, apta a conduzir ao controle de alegações de lesão (ou ameaça) de direito”.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Vol. I, 3ª ed., p. 326.

<sup>4</sup> Ver, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Vol. I, 3ª ed., p. 336.

<sup>5</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Vol. I, 3ª ed., p. 348/349

<sup>6</sup> Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, Ed. Atlas, São Paulo, 1999, p. 58/59.

Em outra passagem, citando especificamente a Ação de Adjudicação Compulsória como prevista para a obtenção da declaração de vontade, adverte que “o desvio apontado (da tipicidade) não poderia deixar de se fazer presente em matéria de tutela específica em obrigações de prestar declaração de vontade”.<sup>7</sup> Conclui-se, pois, que julgando-se a parte titular de um direito, não é permitido se lhe impor determinado tipo de “ação” para a obtenção da tutela jurisdicional pleiteada, se outro meio lhe conferir idêntica proteção.

Feitas essas considerações, parece-nos claro advertir que a Lei 7.347/85 não criou uma ação típica, senão porque o poder de agir existe em todas as vezes que seja impulsionado por suposta lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF/88). O poder de agir existe, pois, desde que o Estado reservou para si a entrega da tutela jurisdicional.

Na verdade, parece-nos, seguindo a esteira do que foi afirmado por Flávio Luiz Yarshell, que “a esse propósito não se pode acoimar de equívoca a asserção de que a ação civil pública foi ‘instrumento’ criado para a tutela dos direitos e interesses difusos. Que ela criou um ‘canal’ de acesso ao Judiciário, para a tutela daquela modalidade de direitos e interesses, não há dúvida. É preciso, porém, observar que a criação desse ‘remédio’ não foi mais do que desdobramento – ou, até mais precisamente, um regramento – da garantia ‘geral’ da ação e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. E isso, repita-se, mediante a atribuição certa e determinada da titularidade do exercício da ação para a defesa de tais interesses e direitos”.<sup>8</sup>

O grande problema acerca da tipicidade da ação civil pública (e de tantas outras que são nominadas) é que temos o hábito (talvez fosse melhor dizer vício) de identificar o exercício da ação por nome próprio, personificando, assim, a ação.

Por isso fala-se em “ação sumária”, “ação ordinária”, “ação constitutiva”, “ação necessária”, “ação popular”, “ação de despejo”, “ação cognitiva”, “ações acessórias”, “ações incidentais”, “ações dúplices” etc. Esses nomes, vulgarmente utilizados, acabam por criar um mau hábito de personificar ou apelidar algo que pode ser definido como o poder de estimular o Poder Judiciário a resolver uma situação de conflito.

Mas até aí tudo bem, e nem se quer e nem se ousaria ter a pretensão de que todos esses nomes fossem extirpados do linguajar forense, até porque foram legitimamente construídos ao longo do tempo. Mas, é preciso separar o joio do trigo para que não incidamos em absurdos. Isso porque se o problema fosse reservado apenas à vulgarização do nome estaria ótimo, mas o que se vê na prática é a formação de uma cultura equivocada e involutiva, na medida em que se criam conceitos estanques e típicos para “ações” e, a partir daí, criam-se, às

<sup>7</sup> Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, Malheiros Editores, São Paulo, p. 109/110.

<sup>8</sup> Flávio Luiz Yarshell. *Op. cit.*, p. 105.

vezes subrepticiamente (como na medida provisória que altera a Lei 8.429) ou às escâncaras, barreiras ou obstáculos aos “canais” de acesso da sociedade à justiça, tudo por causa da falsa compreensão de que se o sujeito não se utilizar da ação adequada não terá interesse de agir, porque “inadequada a via processual eleita”.

Ora, o “nome”, o apelido, a roupa com que se veste a ação não pode ser óbice o acesso à justiça, sob qual argumento for, e especialmente o da carência de ação. Nada mais absurdo do que isso. Certamente que o autor popular não poderá ajuizar ação de responsabilidade civil por dano causado ao meio ambiente ainda que tenha dito tratar-se de uma ação popular, como o contrário também é verdadeiro, ou seja, poderá obter a tutela jurisdicional em demanda que visa anular ato da administração que seja lesivo ao meio ambiente, ainda que apelide a demanda proposta de ação civil pública. Certamente que o rótulo é apenas o rótulo e se não há correspondência deste com o conteúdo, certamente que o juiz deve-se valer do conteúdo, sob pena de exigir que todos saibam (e concordem com o pensamento dele) qual o nome de todas as ações existentes!<sup>9</sup>

Mas o problema de nominar as ações não para por aí, já que a prática afetará institutos outros do processo, impedindo que se lhes dê o rendimento que exigem, tais como a conexão e a litispendência. Ora, uma ação não é igual a outra porque tem o mesmo nome e nem diferente porque os nomes são distintos. Fosse assim, qualquer um poderia “dar uma finta” no juiz e assim “dríblá-lo” quanto à alegação de eventual duplicidade de lides pendentes ou de conexão de causas sob a alegação de que se tratam de demandas distintas quando na verdade, no seu âmago, são “gêmeas siamesas”.

#### 4. A atipicidade da “ação” civil pública

Visto isso - que será muito importante para quando estudarmos os institutos da conexão e da litispendência - tem-se que a “ação civil pública”, assim nominada pelo legislador, é na verdade um conjunto de regras processuais que permitem que os direitos difusos e coletivos (direito material que sempre existiu), possam ter uma tutela mais justa, mais compatível com a justiça social, permitindo a “possibilidade efetiva de tutela de direitos ou interesses difusos”.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> A crítica também foi feita por Vigliar: “Se é verdade que a “ação não tem nome” (ao menos, cientificamente, não deveria ter nome), mas ainda temos a necessidade de apelidar ou adjetivarmos determinados institutos, que utilizemos um nome mais adequado: ação coletiva”. Em outra passagem assevera o mesmo autor: “Uma constatação óbvia se faz necessária: (que decorre da anterior) a adjetivação *civil pública*, hoje em dia, nada, absolutamente nada mais representa: não indica o direito material que se tutela e tampouco indica *quem* ajuizou a demanda coletiva. Eis, então, um testemunho da impropriedade de se adjetivar o instituto da ação, como faziam os antigos processualistas, os *immanentistas* (no caso específico das demandas coletivas, portanto, além de imprópria é inútil a adjetivação).” O ensaio do notável jurista é de leitura obrigatória sobre o tema, com importantes dados e informações históricas que consagraram o nome “ação civil pública”. *Op. cit.*, p. 406.

<sup>10</sup> Flávio Luiz Yarshell. *Op. cit.*, p. 104.

Com a lei de ação civil pública “não surgiu a instituição de uma nova ação. Surgiu, em verdade, a explicitação da titularidade do poder ou direito de ação relativamente a tais direitos, fixando-se esse poder em entes determinados. Dessa forma, a “criação” da ação civil pública significou, de um lado, o reconhecimento de direitos e interesses tutelados no plano substancial. De outro lado, essa “criação” significou a atribuição do Poder de reclamar a tutela desses mesmos direitos e interesses a entes determinados e expressamente autorizados – dotados de “adequada representação” – de sorte a superar o obstáculo da indeterminação de sujeitos (titulares) no plano material”.<sup>11</sup>

Depois das lúcidas palavras do Prof. Flávio Luiz Yarshell, vê-se que a “ação civil pública” é toda e qualquer “ação” exercida para proteger direitos difusos e coletivos que siga o “regramento processual” previsto no “sistema processual coletivo”, que é resultante da soma do Título III do CDC com a Lei 7.347/85. Isso não quer dizer, portanto, que tais direitos e interesses só sejam tutelados com base no sistema processual coletivo, e menos ainda que, por exemplo, não possa haver identidade entre uma “ação civil pública” e um “mandado de segurança coletivo”, já que o critério da identificação da demandas não deve ser o nome que se lhe empreste o legislador, ou o juiz, ou o advogado ou o operador do direito.

Aceitar esse absurdo é causar um enorme prejuízo ao jurisdicionado que fica ao sabor de uma filigrana: a convergência entre o juiz, advogado e demais pessoas envolvidas na contenda de qual o nome adequado para a ação.<sup>12</sup> O que importa, enfim, não é a vestimenta com que está trajado o poder de agir, mas sim a norma jurídica concreta que o autor da demanda pretende que seja declarada ou efetivada. Se for a mesma para outros casos simultâneos, *ipso facto*, haverá duplicidade de lides pendentes. Se forem semelhantes haverá conexão entre elas, devendo o legislador buscar meios para evitar decisões contraditórias.

Ao fim deste tópico pretende-se que fique claro ao leitor que a lei de ação civil pública não cria, por mais paradoxal que possa parecer, a “ação civil pública”, enquanto ação típica, mas sim um conjunto de regras processuais que, associadas ao Título III do CDC, constitui o “sistema processual coletivo”.

<sup>11</sup> Idem, *ibidem*, p. 105.

<sup>12</sup> O que se comenta no texto é a fungibilidade entre as “ações propostas”, não porque se admitirá uma por outra, mas simplesmente porque como existe mais de um canal de acesso para a solução e proteção de um mesmo direito, certamente que a adoção de um, embora não seja vista ou tomada como “melhor” pelo magistrado, não pode ser tomada como errada e por isso indeferida pela pechar da falta de interesse. Haveria falta de interesse, por exemplo, quando o cidadão pretendesse utilizar-se das regras processuais existentes na LACP para tutela do meio ambiente, quando o sistema prevê, com restrições, a atuação do autor popular por intermédio da Lei 4.717/65. Só analisando o caso concreto e a situação exposta na demanda é que o juiz terá condições de rechaçar a demanda por falta de adequação da via eleita. Via eleita aí não é a ação, mas o conjunto de regras que o sistema coloca como única via à disposição do postulante à tutela jurisdicional. Nesse sentido parece ser o pensamento de José Marcelo Menezes Vigliar. “Ação civil Pública ou ação coletiva”, in *Ação civil pública*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: RT. 2001, p. 416.

Esse “sistema” formado pela LACP + Título III do CDC é o que poderíamos chamar de arcabouço processual padrão para tutela de interesses difusos e coletivos. Seria, pois, um conjunto de regras processuais que devem ser aprioristicamente aplicadas à tutela processual coletiva, salvo para os casos em que exista lei específica que regule forma especial de tutela coletiva desses mesmos direitos, tais como a Lei 4.717/65 (ação popular – AP), Lei 8.429/92 (Improbidade Administrativa - LIA), Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente – ECA).

O estudo da ação civil pública recai, portanto, para o conjunto de regras, técnicas e institutos processuais criados pelo Sistema Processual Coletivo e que se destinam à proteção e defesa dos direitos supraindividuais. Nesta sede, por delimitação de trabalho, analisaremos apenas os pertinentes à LACP, especialmente, portanto, aos direitos e interesses difusos e coletivos.

Muito obrigado!



# O Supremo Tribunal Federal e a Omissão Inconstitucional: A tarefa realizadora da Constituição e o Mandado de Injunção

Marcela Albuquerque Maciel<sup>1</sup>

## 1. A realização constitucional

A realização constitucional deve ser aqui compreendida conforme definida por José Joaquim Gomes Canotilho<sup>2</sup>, ou seja, tudo aquilo que se faz necessário para “tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais”, sendo esta realização uma tarefa não só dos Poderes do Estado, mas também de toda a sociedade.

Nesse contexto, cabe também aos cidadãos, que fundamentam na Constituição os seus direitos e deveres, uma mobilização política ativa, como sociedade civil, sem o que não há efetividade constitucional possível, podendo a participação atuante da cidadania ser considerada como verdadeira garantia sociopolítica dos direitos fundamentais<sup>3</sup>. Importante ressaltar ainda que, segundo Peter Häberle<sup>4</sup>, no Estado constitucional-democrático a legitimação democrática deixa de ser apenas uma delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais, desenvolvendo-se por meio de formas mais refinadas de mediação do processo político, principalmente por meio da realização dos direitos fundamentais. O povo deixa de ser apenas um referencial quantitativo que se manifesta apenas no momento da eleição, e passa ser um elemento pluralista para a interpretação que legitima o processo constitucional.

Entretanto, determinados agentes públicos, devido ao poder e influência que a própria Constituição lhes confere, têm uma parcela maior nessa tarefa e 3.

<sup>1</sup> Procuradora Federal junto ao IBAMA. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UniDF. Especialista em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental pela Universidade de Brasília - UnB. Professora do Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB. Associada do IBAP.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. revista. Coimbra, PT: Almedina, 1993a. p. 201

<sup>3</sup> HAGE, Jorge. A realização da constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Ano 5, nº 9, p. 111-142, 1997.

<sup>4</sup> HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

realizadora.<sup>5</sup> Entre tais agentes, destacam-se os “órgãos constitucionais que, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da Constituição”.<sup>6</sup> Assim, ao Poder Judiciário, em especial a suas instâncias superiores, caberia o dever de buscar pela realização dos direitos conferidos pela Constituição, o que deve nortear sempre a sua atuação. Neste aspecto, de enorme importância o princípio interpretativo da máxima efetividade, segundo o qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.<sup>7</sup>

A Constituição Brasileira de 1998 pode ser considerada como uma constituição dirigente, ou seja, é carregada de programaticidade, o que, entretanto, não a torna capaz de, “só por si, operar transformações emancipatórias”.<sup>8</sup> As constituições dirigentes não apenas organizam as clássicas atribuições do Estado, mas também impõem ao legislador e ao governante uma série de deveres e programas que vinculam a sua atividade, objetivando criar condições para a efetividade dos direitos fundamentais e para a realização de uma justiça substantiva e não apenas formal<sup>9</sup>. A grande questão referente às constituições dirigentes é como assegurar a realização de suas pretensões normativas, já que isso depende de uma atuação positiva do Estado.

A atribuição ao judiciário da função de controlar as omissões inconstitucionais dos poderes constituídos é uma das formas criadas para minorar o problema da omissão do sistema político em realizar a vontade constitucional, o que transfere aos tribunais uma competência positiva, em contraste com a apenas negativa de sua atuação tradicional.<sup>10</sup> O mandado de injunção, assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão constituem, deste modo, um meio de reação “contra a hipocrisia da *non decision* a nível de realização da Constituição e, em especial, do exercício dos direitos e liberdades constitucionais”,<sup>11</sup> e uma exceção ao dogma de que só a inconstitucionalidade por ação é suscetível de controle judicial.

Na doutrina brasileira muito se discute acerca da eficácia jurídica e eficácia social de uma norma, ou simplesmente eficácia, referindo-se à eficácia jurídica,

<sup>5</sup> HAGE, Jorge. *Op. cit.*

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* p. 202.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* p. 227.

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2001. p. XXIX.

<sup>9</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo tribunal federal – jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002

<sup>10</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – o direito à emanção de normas jurídicas e à proteção judicial contra omissões normativas. In: *As garantias do cidadão na justiça*. Organizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993b, p. 351-367. p. 257

e efetividade com relação à eficácia social.<sup>12</sup> Como esclarece Luís Roberto Barroso,<sup>13</sup> eficácia jurídica todas as normas constitucionais possuem, sendo imperativas e cuja inobservância enseja aplicação coativa, nem que seja através da responsabilidade política — restando superada a doutrina que admitia a existência de normas constitucionais não-aplicáveis —, enquanto que efetividade significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Com relação a essa questão da efetividade, conclui Barroso<sup>14</sup> de forma exemplar que “o Direito existe para realizar-se”.

A título de esclarecimento, nesse trabalho optou-se pela expressão “realização” não “efetividade” porque a primeira demonstra melhor a necessidade de participação e atuação de todos para que se consiga a aproximação entre o “dever-ser” normativo constitucional e o “ser” da realidade social.

Um dos obstáculos à realização constitucional é a chamada omissão inconstitucional, sendo o mandado de injunção, por exemplo, um instituto criado exatamente para tentar coibir a falta de efetividade da Constituição devido à inércia dos poderes constituídos, em especial do Poder Legislativo.

Passemos a analisar o que se pode entender por omissão inconstitucional, bem como o denominado direito à emissão de normas, para que seja possível, ao final, verificar-se o papel do Supremo Tribunal Federal na tarefa de realização da Constituição.

## 2. A omissão inconstitucional

A Constituição pode ser descumprida tanto por ação quanto por omissão. Com relação à violação devido a um comportamento comissivo, os ordenamentos jurídicos em geral — no ordenamento jurídico brasileiro temos o controle concentrado pela ação direta de inconstitucionalidade e o controle difuso pela via incidental, e ainda a polêmica e questionada arguição de descumprimento de preceito fundamental, cujo delineamento ainda não se firmou — prevêm mecanismos aptos a sanar a inconstitucionalidade.<sup>15</sup>

Quando se trata, entretanto, de uma inconstitucionalidade manifestada através de uma omissão, os ordenamentos jurídicos não estão aparelhados para

<sup>12</sup> HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo* – uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999; e SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 87

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*

sancionar e sanar a omissão ou inércia dos órgãos estatais.<sup>16</sup> Segundo Canotilho<sup>17</sup> há, inclusive, um dogma afirmado correntemente — que vem sendo derrubado pela moderna teoria constitucional — de que apenas a inconstitucionalidade por ação é suscetível de controle judicial, sendo que as Constituições brasileira de 1988 e a portuguesa de 1976, constituiriam exceções a esse dogma ao preverem formas de controle da inconstitucionalidade por omissão.

Segundo Barroso<sup>18</sup> os casos de inconstitucionalidade por omissão são diversos, entre os quais se destacam:

“a) a omissão do órgão legislativo em editar lei integradora de um comando constitucional; b) a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei maior; c) a omissão do Poder Executivo caracterizada pela não-expedição de regulamentos de execução das leis.”

Para os fins a que nos propomos no presente trabalho é necessária a análise mais detida do primeiro caso citado, o da omissão do Poder Legislativo, não só pelo fato de ser mais afeto à questão do mandado de injunção, mas também porque em relação aos outros dois existem outros mecanismos de sanar a omissão, como o mandado de segurança e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão que, nos casos de órgão administrativo, há a determinação para a adoção de providências no prazo de trinta dias. Importante ressaltar nesse ponto que em se tratando de regulamentos para a execução de leis, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a sua ausência “não pode produzir a consequência de frustrar a vontade da lei”.<sup>19</sup>

Os pressupostos fundamentais para a admissão da hipótese de que o legislador pudesse atuar inconstitucionalmente quando não cumprisse as imposições da constituição, segundo Canotilho,<sup>20</sup> são a superioridade formal e material das normas constitucionais relativamente à lei, a distinção entre poder constituinte e poder constituído e o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais. Segundo o mesmo autor,<sup>21</sup> a omissão legislativa inconstitucional significaria “que o legislador não ‘faz’ algo que positivamente lhe era imposto pela constituição”.

Deste modo, não se trata de omissão inconstitucional um mero “não fazer” por parte do legislativo, e sim de não fazer aquilo que estava constitucionalmente obrigado de forma concreta e explícita. Neste ponto, Jorge Hage<sup>22</sup> (1999) esclarece

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* (1993b)

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 160

<sup>19</sup> RTJ 71/614 *apud* BARROSO, 2002.

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* (2001)

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* (2001) p. 331.

<sup>22</sup> HAGE, Jorge. *Op. cit.* (1999)

que deve haver um dever específico de legislar sobre determinada matéria, e o não-cumprimento desse dever é que gera a omissão inconstitucional.

Com relação ao problema da inconstitucionalidade por omissão, a Constituição brasileira de 1988 — constituindo exceção, já que a generalidade das constituições dos Estados não possuem mecanismos referentes a esse problema — criou dois novos institutos com o objetivo de enfrentá-lo.<sup>23</sup>

O primeiro, que faz parte do controle abstrato, é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, prescrevendo o § 2º do art. 103 da CF/88 que:

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

A Constituição de 1988, “em termos criativos e inovatórios”,<sup>24</sup> criou ainda o mandado de injunção, objeto do presente trabalho, para o enfrentamento do problema da inconstitucionalidade por omissão, que foi definido no art. 5º, LXXI, da seguinte forma:

“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

O controle da omissão inconstitucional — do qual os dois institutos citados são exemplares —, segundo Marcos Gómez Puente,<sup>25</sup> teria surgido como uma ampliação do controle de constitucionalidade, que historicamente resultou de uma experiência negativa relativa à necessidade de expurgar do ordenamento jurídico leis que atentassem contra os valores e normas constitucionais. Se uma lei inconstitucional não pode prevalecer num ordenamento jurídico, também não poderiam persistir omissões e vazios inconstitucionais, que em certa medida podem ser até mais danosos por quase sempre dizerem respeito à não-realização dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. A jurisdição constitucional, surgida como uma garantia de submissão do poder constituído à vontade constituinte, deve representar não só um mecanismo de controle de medidas legislativas arbitrárias e contrárias aos valores constitucionais, mas também contra as omissões dessas medidas que seriam condição de realização desses mesmos valores.

<sup>23</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit*

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* (1993b) p. 359

<sup>25</sup> *apud* HAGE, Jorge. *Op. cit* (1999)

O direito à emissão de normas

Definido o que se entende por omissão inconstitucional por parte do legislador, resta saber se ao dever de legislar imposto pela Constituição corresponde um direito à emissão de normas por parte do cidadão.<sup>26</sup> Segundo Canotilho,<sup>27</sup> o reconhecimento desse direito à emanção de normas sofre contestações que sempre terminam por se fundamentar nas seguintes premissas: separação dos poderes e inexecutabilidade judicial desse direito. Importa ressaltar que a maior parte dessas críticas doutrinárias, existentes no direito comparado, são provenientes de Estados que não possuem em suas constituições mecanismos de controle da omissão inconstitucional, ou apresentam apenas formas de controle da omissão parcial, ao contrário da brasileira de 1988.

Com relação ao princípio da separação dos poderes, Ferreira Filho<sup>28</sup> esclarece que há uma tendência contemporânea em priorizar a função de controle e de fiscalização do parlamento em detrimento de sua função legislativa propriamente dita. Nesse contexto, acentua-se o papel de criação do direito pelo judiciário, função essa que, segundo Mauro Cappelletti,<sup>29</sup> faz parte de todo processo interpretativo, devendo-se discutir apenas o grau dessa criatividade, assim como seus modos, limites e legitimidade.

Quanto às críticas encontradas na doutrina acerca da criação do direito pelo Judiciário, de maior relevo para o presente trabalho são aquelas referentes à alegada falta de aparelhamento do mesmo para essa atuação normativa, assim como sua falta de legitimidade representativa e democrática.<sup>30</sup> Criticando a primeira alegação, Cappelletti<sup>31</sup> defende que as condições do legislativo nesse particular não são necessariamente melhores que a do Judiciário, o que importa é a definição de prioridades e alocação de recursos para esses fins. Já quanto à falta de legitimidade democrática do Judiciário, Jorge Hage<sup>32</sup> esclarece que a mesma é conquistada “pelo poder de persuasão, pelo convencimento de suas razões e da racionalidade das decisões”, assim como na “viabilização da participação das minorias no processo decisório social”. Cappelletti,<sup>33</sup> de outro modo, considera que a produção judiciária é democrática na medida que “vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais”, devendo o processo de seleção dos juízes ser o mais aberto possível, com acesso de todos aos tribunais e à educação, já que não há democracia sem a proteção dos direitos fundamentais, que não podem ser, inclusive, restringidos por uma maioria momentânea.

<sup>26</sup> HAGE, Jorge. *Op. cit.* (1999)

<sup>27</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* (2001)

<sup>28</sup> *apud* HAGE, Jorge. *Op. cit.* (1999)

<sup>29</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1ª ed. reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

<sup>30</sup> HAGE, Jorge. *Op. cit.* (1999)

<sup>31</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*

<sup>32</sup> HAGE, Jorge. *Op. cit.* (1999) p. 85

<sup>33</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.* p. 105

Deste modo, a separação dos poderes não é um obstáculo ao reconhecimento do direito à emissão de normas, em particular do correlato direito de ação perante os tribunais, como entendem alguns doutrinadores.

O próprio mandado de injunção previsto em nosso ordenamento jurídico seria um contraponto à crítica referente à inexecutabilidade do direito à emissão de normas, já que implicaria uma forma de atuação desse direito perante o Judiciário. Até mesmo Gilmar Ferreira Mendes,<sup>34</sup> que defende uma posição restritiva com relação aos efeitos do mandado de injunção, reconhece que:

“A adoção pela Constituição brasileira de instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador.”

A criação do mandado de injunção pela Constituição de 1988, como um instrumento processual específico para a atuação do direito à emissão de normas, torna, deste modo, inegável a configuração desse direito. Mas não é porque temos o mandado de injunção que o direito à legislação existe, ele existiria independentemente da criação desse instrumento.<sup>35</sup> O mandado de injunção seria, assim, em nosso ordenamento jurídico, a prova de que o direito à emanção de normas jurídicas por parte do cidadão não só existe, mas também deve ser exercitado.

O reconhecimento da existência de um direito à legislação ante a omissão inconstitucional do legislador, não se refere, entretanto, a um direito genérico e abstrato à emanção de normas.<sup>36</sup> Paralelamente ao dever específico do parlamento de legislar sobre determinadas matérias é que existiria o direito subjetivo público, ou procedimental, à regulamentação legal do direito subjetivo material cujo exercício esteja obstado pela falta de norma regulamentadora prevista para tanto. Deste modo, segundo Jorge Hage,<sup>37</sup> a Constituição de 1988, ao conceder um direito subjetivo novo cujo exercício esteja pendente de regulamentação, investiria o cidadão de duas espécies distintas de direitos: o direito subjetivo material e o direito subjetivo público à essa regulamentação legal.

#### **4. O STF, a realização constitucional e o mandado de injunção**

Como já se viu, a tarefa da realização constitucional cabe não só aos Poderes do Estado, mas a toda a sociedade.<sup>38</sup> Entretanto, aos agentes públicos a quem

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional* – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 292

<sup>35</sup> HAGE, Jorge. *Op. cit* (1999)

<sup>36</sup> HAGE, Jorge. *Op. cit* (1999)

<sup>37</sup> HAGE, Jorge. *Op. cit* (1999)

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit* (1993a)

a Constituição confere maior poder e responsabilidade, cabe uma parcela maior dessa tarefa.<sup>39</sup> Deste modo, ao Supremo Tribunal Federal, a quem foi destinado a guarda da Constituição, caberia uma grande parte dessa tarefa realizadora. Assim, a atuação do STF deve ser sempre no sentido de cumprir o seu dever de buscar pela efetividade dos direitos fundamentais consagrados e de impedir a violação dos preceitos constitucionais, seja por ação ou omissão.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, deve nortear sua atividade no cumprimento de sua tarefa na realização constitucional, aplicando sempre o princípio da máxima efetividade, o que, repita-se, implica atribuir a uma norma o sentido que maior eficácia lhe proporcione.<sup>40</sup> Qualquer atuação do STF que seja contrária à realização da Constituição é violadora de sua maior obrigação institucional, qual seja, a guarda da própria Constituição, que pode ser infringida não só por ação, mas também por omissão.

Segundo Alexandre de Moraes,<sup>41</sup> em relação aos efeitos do mandado de injunção, as posições doutrinárias dividem-se basicamente em duas: concretista e não-concretista. A posição concretista seria aquela segundo a qual o Poder Judiciário, ao julgar o mandado de injunção, poderia, através de uma decisão constitutiva, declarar a existência da omissão inconstitucional e ao mesmo tempo implementar o exercício do direito requerido, até a superveniente regulamentação. Essa posição apresenta variantes, como a chamada concretista geral, para a qual a decisão referente ao mandado de injunção teria efeito *erga omnes*, através de uma normatividade geral, e a concretista individual, quando a decisão produziria efeitos apenas entre as partes, ou seja, beneficiaria somente o autor do mandado de injunção. Essa posição concretista individual se subdividiria em mais duas, a direta e a intermediária. Pela concretista individual direta, o Poder Judiciário ao julgar procedente o pedido deveria implementar a eficácia da norma em questão. Pela posição concretista individual intermediária, o juiz deveria assinalar um prazo para que o Poder Legislativo elaborasse a norma regulamentadora e, apenas quando esse prazo se esgotasse, fixaria posteriormente as condições necessárias ao exercício do direito obstado pela omissão inconstitucional. Por fim, pela posição não concretista, a finalidade única do mandado de injunção seria o reconhecimento formal da omissão, dando-se ciência ao órgão omisso<sup>42</sup> (MORAES, 2000).

Relativamente ao mandado de injunção, entretanto, a principal orientação do Supremo Tribunal Federal — mesmo não sendo unânime — está relacionada com a posição não concretista, ou seja, de que apenas se deve comunicar a

<sup>39</sup> HAGE, Jorge. *Op. cit* (1997)

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit* (1993a)

<sup>41</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre de. *Op. cit*.



omissão ao poder ou órgão que a está dando causa, como se fosse o *writ* uma espécie de ação direta de inconstitucionalidade por omissão com legitimação mais ampla. Essa corrente é a que menos tem efeitos práticos, esvaziando o mandado de injunção de qualquer consequência efetiva no sentido de tornar viável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, que estão obstados ante a falta de norma regulamentadora. Deixou o STF, assim, de buscar pela máxima efetividade constitucional em grave ofensa ao seu principal dever institucional, qual seja, o de guardar a Constituição.

A orientação jurisprudencial do STF acerca do mandado de injunção privilegiou aspectos de cunho prático — pois, em análise aos votos proferidos nos acórdãos paradigma para a questão, como a questão de ordem no MI 107/DF, não foram raras as vezes em que as discussões dos ministros acabaram por se referir apenas a uma possível inviabilização do Tribunal devido ao acúmulo de processos — ao invés do jurídico. Foram acentuados os eventuais problemas práticos que poderiam surgir com a posição concretista do mandado de injunção, em detrimento dos resultados que seriam atingidos em face da omissão inconstitucional e da realização constitucional. Assim, essa orientação do STF é incompatível com a tarefa da realização da Constituição — a qual é incumbida em grande parte ao Tribunal —, vindo a desprever o mandado de injunção de qualquer efeito que pudesse fazer frente à omissão inconstitucional inviabilizadora do exercício dos direitos fundamentais consagrados.

É de se ressaltar, por oportuno, que o papel institucional do STF nunca foi tão grande e relevante como o que temos hoje com a Constituição de 1988, e talvez por isso nunca se tenha depositado nele tantas esperanças. Todavia, ao esvaziar um instituto elaborado pela Assembléia Constituinte em face da preocupação de não se tornarem efetivas as normas constitucionais, o STF — além de não cumprir o seu papel institucional — vem trazer descrença e desapontamento não só à comunidade jurídica, mas também a toda a sociedade.

Por outro lado, a posição do STF além de não ser unânime não é muito firme, tendo em vista as reticências de vários ministros com relação a ela, bem como a grande renovação nos quadros do tribunal ocorrida recentemente, o que pode implicar uma alteração do posicionamento da Corte. Além disso, até hoje não houve a regulamentação do instituto, o que pode vir a solucionar muitos dos problemas que temos atualmente com relação ao mesmo.

Não deve o mandado de injunção ser relegado ao esquecimento devido a sua trajetória de pouco sucesso até agora. Luís Roberto Barroso<sup>43</sup> chega a chamar o mandado de injunção de algo “que foi sem nunca ter sido”. Considero que não se deve deixar de lutar para que ele ainda seja algo. Seja um instrumento eficaz na viabilização dos direitos fundamentais, pois foi criado para tanto.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 247

E essa luta é também de todos nós, já que a tarefa da realização constitucional não é apenas dos que detém parte do poder estatal, mas também de todos que têm na Constituição a emanção de seus direitos e deveres.

A postura da doutrina, entretanto, tem sido a de deixar de demonstrar seu inconformismo, agindo de forma ora derrotista ora adesista, como se a posição do STF acerca do mandado de injunção fosse definitiva e impassível de mudança, o que não é verdade. Ao lado da inércia dos poderes constituídos, a acomodação da comunidade jurídica é também um grande empecilho à efetividade do mandado de injunção e, por consequência, da realização constitucional. Se não for mantida uma discussão crítica com relação à posição do STF, aí é que ela não será passível de alteração, pois o Tribunal não será nem mesmo instado a se pronunciar sobre o assunto e sobre novos argumentos.

Se o mandado de injunção puder, um dia, responder de forma eficaz frente à omissão inconstitucional, então estaremos mais perto do que nunca da realização da nossa tão promissora Constituição. E neste dia, então, saberemos o quanto foi importante lutar por ele.

## 5. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 6ª ed. revista. Coimbra, PT: Almedina, 1993a.

\_\_\_\_\_. Tomemos a sério o silêncio dos poderes público – o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra omissões normativas. In: *As garantias do cidadão na justiça*. Organizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993b, p. 351-367.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1ª ed. reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

HAGE, Jorge. A realização da constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Ano 5, nº 9, p. 111-142, 1997.

\_\_\_\_\_. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo – uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

- HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional* – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



# Inquérito Civil e Ônus da Prova na Ação de Improbidade Administrativa

Marcelo Buzaglo Dantas\*

**Sumário:** 1. O acórdão. 2. A hipótese *sub examine*. 3. Natureza jurídica e eficácia probatória do inquérito civil. 4. A inversão do ônus da prova. 5. Síntese conclusiva dos argumentos. 6. A possibilidade de determinação, de ofício, a que a prova fosse realizada. 7. A anulação do feito.

**Resumo:** Embora não submetidas ao contraditório e à ampla defesa, as provas colhidas no inquérito civil – mormente a documental – possuem eficácia em juízo quando inexistentes outras, de hierarquia superior. Se os réus reconhecem a veracidade do fato constitutivo da pretensão metaindividual deduzida na demanda e, ainda, suscitam fatos modificativos, que não são provados, os documentos que acompanham a inicial devem merecer exame do órgão julgador. Não é de se olvidar, ainda, que, respeitado o contraditório, o juiz pode determinar a produção de provas de ofício, ainda mais em se tratando de direitos indisponíveis, pertencentes à coletividade.

**Palavras-chave:** inquérito civil; contraditório; prova documental; valoração; ônus da prova; provas determinadas *ex officio*.

## 1. O Acórdão

Recurso Especial nº 644.994 - MG (2003/0215491-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Amílcar Campos Padovani

Recorrida: Maria Eduarda Bernardi

Recorrida: Iêda Ribeiro

Advogado: Ruy Xavier de Aguiar

Recorrido: Paulo Antônio Novais Ribeiro

---

\* Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-PR. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor da Escola do Ministério Público e Santa Catarina. Sócio-fundador e Diretor Científico da APRODAB – Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil.

Recorrida: Tereza Cristina Nascimento Rennó Ribeiro

Advogado: Tarquinio Garcia de Medeiros

Recorrida: Anamaria Brondi Mendes

Recorrido: Leandro Alves de Siqueira

Recorrido: Tomaz Antônio de Biasi

### **Ementa**

Processo Civil. Ação Civil de Reparação de Danos. Inquérito Civil Público. Natureza Inquisitiva. Valor Probatório.

1. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva.

2. “*As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório*” (Recurso Especial n. 476.660-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003).

3. As provas colhidas no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo julgador.

4. Recurso especial conhecido e provido.

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília, 17 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

*Ministro João Otávio de Noronha*  
Relator

Recurso Especial nº 644.994 - MG (2003/0215491-0)

### **Relatório**

O Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha:

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação civil de reparação de danos em face do deputado estadual Amílcar Campos Padovani e das seguintes pessoas: Paulo Antônio Novais Ribeiro, Tereza Cristina Nascimento Rennó Ribeiro, Maria Eduarda Bernardi Roman, Anamaria Brondi

Mendes (que também atende por Anamaria Alves de Siqueira), Leandro Alves de Siqueira, Iêda Ribeiro e Tomaz Antônio de Biasi.

A ação tem por causa mediata a irregularidade de repasses de verbas públicas – verbas de subvenção, formalizadas pelo deputado acima nominado – a entidades de assistência social e seu posterior desvio em benefício dos réus. Sustentou o Ministério Público a procedência da ação para que o Estado de Minas Gerais seja indenizado no valor de CR\$ 387.100.017,83, corrigido monetariamente. Requereu também a condenação dos réus às cominações previstas nos incisos I, II ou III do art. 12 da Lei n. 8.429, de 2.6.92, alternativamente.

Às fls. 45/53 dos autos, as rés Maria Eduarda Bernardi e Iêda Ribeiro responderam à ação afirmando que a peça vestibular não havia trazido nada de concreto contra elas, mas tão-somente com relação aos réus Paulo Novais e Amílcar Padovani. Às fls. 397/407, Amílcar Campos Padovani ofereceu contestação afirmando que os depósitos feitos em sua conta eram compensações, restituições, devoluções ou pagamentos de empréstimos feitos a seus funcionários.

Encontra-se, às fls. 430/435, a contestação de Paulo Antônio Novais Ribeiro e Tereza Cristina Nascimento Rennó Ribeiro, na qual sustentaram que os fatos contra eles apontados não constituem crime e que o repasse de valores ao deputado Padovani referia-se ao reembolso de adiantamentos feitos por ele às entidades filantrópicas. Afirmando ainda que os valores das verbas de subvenção estão devidamente contabilizados. Pugnaram pela improcedência da ação.

Às fls. 534/537, Leandro Alves de Siqueira e Anamaria Brondi de Oliveira contestam o feito, indicando que os fatos apontados na exordial não ocorreram no período em que eram administradores de uma das entidades beneficentes indicadas. No curso dos trâmites processuais, foi indeferida a produção de prova pericial ante a falta de depósito dos honorários do perito (fls. 709), tendo as partes, posteriormente, desistido da oitiva de testemunhas (fls. 740 e fls. 745/746).

O Juiz, julgando o feito, decidiu que o inquérito civil público, por não ter-se sujeitado aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, era imprestável. Com base nisso, a ainda dizendo que o autor não comprovou suas alegações por ter desistido da prova pericial, julgou a ação improcedente.

Inconformado, o Ministério Público aviou apelação. Encontra-se nas fls. 859/886 parecer da Procuradora do Estado, requerendo o provimento do recurso.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirmou a sentença e julgou prejudicado o recurso voluntário, ao entendimento de que o inquérito civil, não obstante válido, por ser inquisitivo, desserve como único meio de prova.

Houve oposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados. Assim, o Ministério Público interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, “a” da

Constituição Federal, indicando como vulnerados os arts. 535, II, e 300, 302, 333, II e 334, IV, todos do Código de Processo Civil, sustentando que os réus não infirmaram os documentos juntados com a peça vestibular, além de não terem impugnado especificamente os fatos e direitos nela apontados, e que deixaram de fazer prova do fato constitutivo de seus próprios direitos.

O Ministério Público também interpôs recurso extraordinário.

Os recursos foram contrariados apenas pelos réus Amílcar Campos Padovani (o deputado), Maria Eduarda Bernardi e Iêda Ribeiro. O recurso especial foi admitido por decisão de fls. 966/967, e o recurso extraordinário não. Deixou o recorrente de aviar agravo de instrumento. O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial para que o acórdão fosse anulado.

É o relatório.

Recurso Especial nº 644.994 - MG (2003/0215491-0)

#### **Ementa**

Processo Civil. Ação Civil de Reparação de Danos. Inquérito Civil Público. Natureza Inquisitiva. Valor Probatório.

1. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva.

2. “As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório” (Recurso Especial n. 476.660-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003).

3. As provas colhidas no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo julgador.

4. Recurso especial conhecido e provido.

#### **Voto**

O Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator):

Inicialmente, não conheço do recurso especial quanto à alegada vulneração do art. 535, II, do Código de Processo Civil, porquanto o não-acatamento das argumentações deduzidas pelo embargante teve como consequência apenas decisão desfavorável a seus interesses, uma vez que não sobejou no acórdão recorrido nenhuma omissão. No mais, o recurso especial refere-se a questões atinentes à produção de provas, merecendo conhecimento em face do pré-questionamento dos dispositivos legais que, embora não citados nominalmente no acórdão recorrido, têm inteira pertinência com o que foi nele decidido.



A ação civil de que ora se cuida – reparação de danos por ato de improbidade – foi julgada improcedente em primeiro grau, ao entendimento de que o inquérito civil que a instruiu é inválido por não ter sido produzido sob os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, concluiu-se que, sendo o inquérito inválido e não havendo outras provas, a ação era improcedente.

Já o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que o inquérito civil, regido pelo princípio inquisitivo, não tem que compreender o contraditório, e, como ato de investigação, não exige defesa. Todavia, exatamente por ter natureza inquisitiva, sustentou-se, no acórdão recorrido, que o inquérito não se presta como prova dos fatos que sustentam a ação proposta, *in verbis*:

“Sobre a questão, friso mais uma vez que, em que pese entender que o inquérito civil não é imprestável por não respeitar o princípio do contraditório, contrariamente ao posicionamento adotado pelo MM. Juiz *a quo*, resalto todavia que aquele procedimento, por ser inquisitivo, não se presta para ser utilizado como prova única nos autos suficientes à instauração do procedimento judicial” (fls. 896).

Observo que, em razão de tais entendimentos (sentença e acórdão), a prova constante dos autos, consubstanciada nos documentos que instruem o inquérito civil, não foi valorada, uma vez que nem sequer foi apreciada. Ocorre que os elementos constantes dos autos, observadas suas peculiaridades, indicam o equívoco de tal posicionamento e a necessidade de que essa prova seja devidamente apreciada, levando-me à conclusão de que o presente recurso merece ser provido.

Cabe destacar, primeiramente, que o inquérito civil é procedimento informativo e destina-se à formação da *opinio actio* do Ministério Público. Assim, ao buscar fundamentos para a propositura da ação civil, o Ministério Público coleciona uma série de documentos que demonstram, no mínimo, fortes indícios de ocorrência do ilícito, justificando, assim, a necessidade e o interesse na propositura da ação de improbidade. E, indiscutivelmente, tais documentos devem instruir a inicial da ação.

Rogério Pacheco Alves, em sua obra intitulada “Improbidade Administrativa”, 2 ed. p. 582/583, ao versar sobre a finalidade do inquérito civil, esclarece: “Tal aspecto, o de servir o inquérito como suporte probatório mínimo da ação civil pública, já havia sido notado por José Celso de Mello Filho quando, na qualidade de Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, assim se pronunciou no procedimento relativo ao projeto de que resultou a Lei 7.347/85:

O projeto de lei, que dispõe sobre a ação civil pública, institui, de modo inovador, a figura do inquérito civil. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente.

O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias. (grifos nossos).”

Os arts. 283 e 396 do Código de Processo Civil estabelecem que a petição inicial seja instruída com documentos indispensáveis à propositura da ação. Assim, embora o inquérito não constitua pressuposto à propositura da ação de improbidade (art. 8º, §§ 1º e 2º, da Lei 7.347/85), quando realizado, é de se esperar que contenha documentação suficiente para instruir o feito judicial. Portanto, o inquérito é válido e eficaz para o Judiciário, não havendo necessidade, *a priori*, de que seja repetido em juízo, possibilidade que, em se tratando de documentos, como no caso, nem sequer se apresenta razoável. Não obstante a desnecessidade de repetição das provas em juízo, certo que as colhidas no inquérito têm valor relativo se confrontadas com outras produzidas sob o manto do devido processo legal e dos demais princípios informadores do processo. Esta Turma já decidiu dessa forma em oportunidade pretérita, conforme dessume-se do seguinte precedente:

“Processo Civil. Ação Civil Pública. Inquérito Civil: Valor Probatório. Reexame de Prova: Súmula 7/STJ

1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento da ação civil pública.

2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório.

3. A prova colhida inquisitoriamente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las.

4. Avanço na questão probatória que esbarra na Súmula 7/STJ.

5. Recursos especiais improvidos” (REsp 476.660-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003).

*In casu*, observa-se que o Ministério Público, amparando-se no que foi apurado no inquérito civil público (fundamento mediato), propôs a presente ação de reparação de danos. Na inicial, apontou como fato delituoso a apropriação pelos réus das verbas de subvenção liberadas pelo Estado de Minas Gerais, por meio de suas diversas secretarias, a entidades filantrópicas, todas dirigidas por pessoas ligadas diretamente ao deputado Amílcar Padovani. Descreveu diversos créditos repassados a tais entidades e seus respectivos débitos, bem como posteriores créditos nas contas bancárias dos réus beneficiados. E, com o fim de comprovar os fatos constitutivos do direito perseguido, instruiu a inicial

com os documentos constantes desse inquérito, em atenção ao estabelecido nos arts. 283 e 396 e inciso I do art. 333, I, todos do Código de Processo Civil.

Por sua vez, o referido deputado, em sede de contestação, reconheceu que realmente houve os depósitos indicados; todavia, afirmou: “nada mais foram que compensações, restituições, devoluções ou pagamentos de empréstimos feitos pelo contestante diretamente aos seus funcionários” (fls. 406). Também os réus Paulo Antônio Novais Ribeiro e Tereza Cristina Nascimento Rennó Ribeiro afirmaram: “Tais transferências, referidas pelo Ministério Público com muito ênfase, destinaram-se, contudo, a reembolsar o Dep. Padovani de adiantamentos por ele feitos, por poucos dias (as subvenções estavam prestes a serem liberadas), às instituições suso indicadas, ...”. (fls. 433).

Ora, uma vez reconhecida a existência dos depósitos e/ou transferências para a conta do deputado, cujo montante era oriundo das entidades filantrópicas, haveria de os réus comprovarem que tais transações advieram de quitações feitas ao Deputado Padovani por “seus funcionários” (observe que se tais provas existem, não foram mencionadas nos julgamentos anteriores), uma vez que isso constitui fato impeditivo do direito do autor; porém, a parte ré não apresentou essa contraprova (juntou apenas exíguos documentos que não dizem respeito diretamente aos fatos controvertidos), de forma que nos autos constam, basicamente, os documentos juntados com a inicial.

Pois bem, nos termos do art. 333, I, do CPC, incumbe ao autor provar o fato constitutivo do direito perseguido, de forma que, a não-desincumbência adequada desse ônus pode acarretar a improcedência da ação. Contudo, nos termos do inciso II desse dispositivo legal (art. 333), compete ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito contra ele posto. E essa inversão do *onus probandi* verificou-se na presente ação, uma vez que dois dos réus (justamente os que teriam sido os maiores beneficiados dos ilícitos indicados na inicial) apresentaram exceções materiais, ao tempo em que os outros réus deixaram de infirmar os fatos aduzidos e impugnar a documentação trazida.

Veja-se doutrina de Fábio Tabosa, in *Código de Processo Civil Interpretado*, 2004, p. 1004:

“Coisa diversa, entretanto, é cogitar a parte não propriamente de negar o fato porventura afirmado pela outra, mas de afirmar um segundo fato ou circunstância, contemporâneo ou posterior àquele, que ao invés de excluir o primeiro tome por pressuposto sua realidade, mas que de alguma forma sobre ele interfira, impedindo a produção de seus efeitos naturais, modificando-os ou mesmo extinguindo-os (não por outro motivo, fala o art. 333, II, em limitações relativamente ao direito alheio, partindo-se pois de sua potencial existência, e por conseguinte da do fato que lhe serviu de base); nesses casos, o ônus da demonstração do aspecto secundário será da parte que o tenha alegado.”

Assim, servindo o inquérito como prova dos fatos constitutivos do direito perseguido pelo autor; não tendo havido nenhuma contraprova; não tendo os réus comprovado os fatos que apontaram como impeditivos; não tendo infirmado objetivamente os fatos contra eles indicados; e ainda: considerando que o Ministério Público instruiu a ação com 12 (doze) volumes de documentos; considerando que fez a correlação deles com os fatos narrados; que, não obstante o inquérito civil prescindia do contraditório, não precisa ser repetido em juízo, mormente em se tratando de documentos, todos esses elementos indicam a necessidade de que a prova existente nos autos seja devidamente analisada e valorada, pois:

“Pertence às partes a iniciativa de enunciar os fatos e de produzir as provas de suas alegações. Ao juiz cabe atribuir-lhes o valor que merecem, daí decidindo sobre a procedência ou improcedência do pedido. Por mais complexa que seja a norma jurídica a ser aplicada ou por mais complexa que seja a situação de fato não pode o juiz declinar da jurisdição. O juiz deve avaliar as provas e julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando o direito ao caso concreto.” (Vicente Grego Filho, p. 212, item 438.)

Há mais um fator que corrobora o entendimento de que as provas produzidas nos autos devam ser avaliadas. É que, uma vez produzidas, não importa por quem, incorporam-se ao processo.

Por fim, verifico que, no acórdão recorrido, sustentou-se que a desistência da prova pericial pelo Ministério Público fulminou a possibilidade de que fossem comprovados os fatos denunciados na peça vestibular.

Entretanto, o Ministério Público, embora tenha afirmado que pretendia produzir a prova pericial (fls. 576-v.), não sustentou essa pretensão. E, não obstante, na peça vestibular e em todas as contestações constar o protesto pela realização daquela prova, ela somente foi requerida expressamente pelos réus Paulo Antônio Novais Ribeiro e Tereza Cristina Nascimento Rennó Ribeiro, mediante a petição de fls. 579, de forma que o Ministério Público nem sequer tinha a faculdade de desistir de tal prova, uma vez que não a requereu. Na verdade, os réus acima indicados não fizeram o depósito dos honorários periciais, e, em razão disso, conforme consta da decisão de fls. 709, a realização da prova pericial foi indeferida pelo Juiz.

Ademais, impende ressaltar que o destinatário da prova é o próprio Juiz, que poderia ter determinado, de ofício, a produção de prova questionada (arts. 130 e 342 do CPC), se julgasse necessária, como pareceu pelo exposto nos fundamentos da sentença, acompanhada pelo acórdão recorrido. E por isso, não me parece razoável que o julgador sustente como

um dos fundamentos de sua decisão de improcedência da ação a falta da prova cuja realização foi por ele indeferida.

Por esses fatos, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para anular o acórdão e determinar que seja proferido outro julgamento, a fim de que se aprecie o mérito da lide, analisando-se e valorando-se toda prova constante do processo, mormente a que consta dos volumes anexos.

É como voto.

## 2. A Hipótese *Sub Examine*

Trata, a situação ora sob análise, de acórdão proferido em sede de recurso especial interposto contra aresto de apelação cível que confirmou sentença de improcedência dos pedidos formulados em ação de improbidade administrativa, ao argumento da insuficiência de provas.

Segundo consta do relatório, a única prova produzida pelo autor *da actio*, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, foi a juntada de documentos oriundos do inquérito civil, que a antecedeu. Diante disto, por se tratar de elementos probatórios colhidos sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, entenderam, o juízo *a quo* e o eg. Tribunal de Justiça local, que a pretensão não mereceria acolhida. Ainda mais que, *in casu*, o autor, embora intimado expressamente para efetuar o depósito antecipado dos honorários periciais, deixou de fazê-lo, o que teria levado à desistência da prova.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso especial, que acabou conhecido e provido, para o fim de anular o acórdão atacado, de modo que a prova existente nos autos fosse devidamente apreciada. Entendeu a c. Segunda Turma, do Superior Tribunal de Justiça, que, embora não sujeitas ao contraditório e à ampla defesa, as provas colhidas no inquérito civil – mormente a documental – somente devem ser afastadas quando haja outra, de hierarquia superior, em sentido contrário. Ademais, teria havido, na espécie, inversão do *onus probandi*, uma vez que os réus alegaram, em defesa, fatos impeditivos do direito defendido pelo autor, não tendo, contudo, desincumbido-se da respectiva prova. Além disso, os fatos primordiais em que se baseou o autor, não chegaram a ser impugnados, mas, ao contrário, foram mesmo admitidos. Por fim, entendeu-se que a prova pericial foi requerida pelos réus – e não pelo requerente – os quais, contudo, não efetuaram o depósito dos honorários do perito, o que levou à não-realização da prova – que, de resto, poderia mesmo ter sido determinada de ofício pelo juiz (CPC, arts. 130 e 342).

### 3. Natureza Jurídica e Eficácia Probatória do Inquérito Civil

Diga-se, inicialmente, que o inquérito civil é um instrumento criado pela Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 8º, § 1º e posteriormente erigido a nível constitucional (art. 129, III).<sup>1</sup>

A doutrina o conceitua nos seguintes termos:

“O 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 interesses 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 alguma ação civil pública”.<sup>2</sup>

Não se trata, pois, de processo administrativo, tendente à aplicação de penalidade ou sanção, mas de mero procedimento inquisitório, de natureza idêntica à do inquérito policial, destinado, apenas, à coleta de provas que possam embasar uma eventual ação judicial.

À vista disto, a doutrina majoritária tem se pronunciado no sentido da não-incidência, no âmbito do inquérito civil, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.<sup>3</sup> É que, não havendo litigantes nem acusados, seria de se afastar a aplicação do disposto no art. 5º, LV, da Lei Maior.

Ressalte-se, contudo, que, sendo possível, é de todo salutar que o presidente do inquérito permita a observância aos referidos preceitos, até como forma de melhor instruí-lo.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Edesio Fernandes critica o fato da legislação não haver disciplinado um procedimento para os inquéritos administrativos, o que faz com que os mesmos se tornem “incompletos, equivocados e desnecessariamente burocráticos” (Collective Interests in Brazilian Environmental Law. In: ROBINSON, David; DUNKLEY, John. *Public Interest Perspectives in Environmental Law*. West Sussex: Chancery Law, 1995, p. 126.

<sup>2</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985 – 15 anos)*. São Paulo: RT, 2000, p. 270. Do mesmo autor, v. também o completíssimo *O Inquérito Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>3</sup> Neste sentido, v., dentre inúmeros outros, NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: RT, p. 176 e *Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*: Revista Direito do Consumidor, vol. 1, p. 203. *A contrario sensu*, v. Paulo de Bessa Antunes, para quem “a natureza inquisitória do inquérito civil não corresponde ao modelo estabelecido pela Constituição de 1988” e “o perfil do inquérito policial não se presta para paradigma a ser aplicado ao inquérito civil” (*O Inquérito Civil (considerações críticas)*. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública (Lei 7.347/85 – 15 anos)*. Op. cit., p. 659-660).

<sup>4</sup> Neste sentido, José Emmanuel Burle Filho assinala que “é petição de princípio que o Ministério Público observe o contraditório e a ampla defesa quando promove o inquérito civil” (Principais Aspectos do Inquérito Civil como Função Institucional do Ministério Público. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública – Reflexões e Reminiscências após Dez Anos de Aplicação*. São Paulo: RT, 1995, p. 324). De forma um pouco mais restrita, mas nos mesmos termos, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “nada impede, é verdade, que o órgão que presida o inquérito civil atenda a pedidos formulados por interessados, mas se o fizer será apenas para melhor constituição dos dados do procedimento” (*Ação Civil Pública – Comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 176). Ainda, Hugo Nigro Mazzilli, para quem a aplicação do contraditório poderá ocorrer “sob juízo de conveniência do presidente do inquérito civil” (*Pontos Controvertidos sobre o Inquérito Civil*. Artigo citado, p. 282).

Nestes casos, por evidente, os elementos ali colhidos terão eficácia probatória plena. A propósito, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Direitos Coletivos prevê, em seu art. 23, § 1º, que, “*para o aproveitamento das peças informativas colhidas no inquérito civil, este deverá observar o contraditório*”.

A este respeito, absolutamente correto o entendimento sufragado no acórdão objeto desta análise, em cuja ementa constou o seguinte:

“Processo Civil. Ação Civil de Reparação de Danos. Inquérito Civil Público. Natureza Inquisitiva. Valor Probatório.

1. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva.”

Dito isto, é de se examinar qual a eficácia probatória dos elementos contidos no inquérito civil.

A nosso sentir, as provas colhidas durante o inquérito civil, ou mesmo os exames e perícias realizados por requisição do *Parquet*, desvinculadas de qualquer procedimento (LACP, art. 8º, § 1º, 2ª parte), não possuem eficácia plena. Esta circunstância decorre justamente do fato de não haverem elas sido colhidas sob a égide do contraditório e da ampla defesa, o que impede sejam consideradas em juízo – a não ser que ditas garantias constitucionais tenham sido observadas, por decisão do representante ministerial.

Neste particular, o acórdão sob exame decidiu, com base em precedente da própria Turma, que “‘as provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório’ (Recurso Especial n. 476.660-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003)”.

E, do corpo do aresto extrai-se que “*não obstante a desnecessidade de repetição das provas em juízo, certo que as colhidas no inquérito têm valor relativo se confrontadas com outras produzidas sob o manto do devido processo legal e dos demais princípios informadores do processo*”.

Da doutrina, colhe-se lição que parece corroborar o entendimento ora sufragado:

“Note-se, não se prega valor absoluto ao inquérito na instrução processual. A não-submissão do procedimento ao crivo do contraditório impede que se abrevie sistematicamente a fase processual prevista nos artigos 420 e ss. do Código de Processo Civil. Entretanto, ignorá-lo integralmente, como se tem presenciado, não lhe reconhecendo conteúdo probatório significativo, é um

equívoco a ser corrigido. Possível conciliar o interesse público motivador da instauração do inquérito civil, o próprio como elemento de prova e os postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório.”<sup>5</sup>

Em outras palavras, o que parece ter entendido a c. Corte é que, embora não tenha eficácia probatória absoluta, os elementos constantes do inquérito civil devem ser considerados, à falta de contra-prova produzida durante a instrução processual.

Ao que tudo indica, porém, o cerne da questão parece estar no meio de prova produzido na espécie, qual seja, a documental.

Com efeito, assinalou o e. Relator que “o inquérito é válido e eficaz para o Judiciário, não havendo necessidade, *a priori*, de que seja repetido em juízo, possibilidade que, em se tratando de documentos, como no caso, nem sequer se apresenta razoável”.

De fato, se se tratasse de prova pericial, parece-nos não haver dúvidas de que a mesma, tendo sido realizada no inquérito civil, sem a participação efetiva da parte contrária, necessariamente deveria ser repetida em juízo.

Mas, por ser a prova unicamente documental, entendeu a eg. Turma ser ela despicienda e mesmo inviável fosse repetida, dado que a sua realização se esgota em si mesma.<sup>6</sup>

Neste caso, acertado parece ter sido o entendimento constante do acórdão, uma vez que a prova documental, a exemplo das demais, possui eficácia probatória (CPC, arts. 364 e ss.), merecendo, portanto, análise por parte do órgão julgador.

Ressalte-se, apenas, a necessidade de exame de cada um dos documentos acostados à inicial da demanda, posto que a sua força probante varia conforme se trate, p. ex., de documento público ou particular (CPC, arts. 364-7 e 368 e ss.).<sup>7</sup>

De qualquer sorte, esta é matéria que refoge ao âmbito do presente comentário, posto que, além de não se dispor de maiores elementos quanto à natureza da prova documental produzida pelo *Parquet*, o acórdão remeteu a questão para ser apreciada pela Corte de origem.

<sup>5</sup> ALONSO JR., Hamilton. A valoração probatória do inquérito civil e suas conseqüências processuais. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública (Lei 7.347/85 – 15 anos)*. Op. cit., p. 258. No mesmo sentido, vide Édís Milaré, para quem “o que se apura no inquérito civil tem validade e eficácia em juízo, valendo, quando mais não seja, como início de prova material, com presunção de veracidade” (*Tutela Jurídico-Civil do Ambiente*. Revista Direito Ambiental, vol. 0, p. 42).

<sup>6</sup> A propósito, como bem lembra Luis Roberto Proença, “quanto à prova documental, assim, é realizado o contraditório *a posteriori*, isto é, não no ato da formação da prova, mas após a ciência das partes sobre a juntada do documento aos autos, não havendo, em tal procedimento, qualquer ofensa ao princípio constitucional” (*Inquérito Civil – Atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 109).

<sup>7</sup> Distinção esta “de grande relevo”, como bem mencionava Liebmann (*Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectos, 2003, Volume II, p. 117).



#### 4. A Inversão do Ônus da Prova

Segundo o acórdão ora comentado, o autor da ação “apontou como fato delituoso a apropriação pelos réus das verbas de subvenção liberadas pelo Estado de Minas Gerais por meio de suas diversas secretarias, a entidades filantrópicas, todas dirigidas por pessoas ligadas diretamente ao deputado Amílcar Padovani”. A prova de tais circunstâncias fáticas foram os documentos constantes do inquérito civil, que acompanhou a inicial.

Já quanto aos réus, assinalou o aresto que os depósitos foram reconhecidos, mas que se tratava de “compensações, restituições, devoluções ou pagamentos de empréstimos”. Chega-se, pois, à seguinte conclusão:

“Ora, uma vez reconhecida a existência dos depósitos e/ou transferências para a conta do deputado, cujo montante era oriundo das entidades filantrópicas, haveria de os réus comprovarem que tais transações advieram de quitações feitas ao Deputado Padovani por ‘seus funcionários’ (observe que se tais provas existem, não foram mencionadas nos julgamentos anteriores), uma vez que isso constitui fato impeditivo do direito do autor; porém, a parte ré não apresentou essa contraprova (juntou apenas exíguos documentos que não dizem respeito diretamente aos fatos controvertidos), de forma que nos autos constam, basicamente, os documentos juntados com a inicial.

Pois bem, nos termos do art. 333, I, do CPC, incumbe ao autor provar o fato constitutivo do direito perseguido, de forma que, a não-desincumbência adequada desse ônus pode acarretar a improcedência da ação. Contudo, nos termos do inciso II desse dispositivo legal (art. 333), compete ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito contra ele posto. E essa inversão do *onus probandi* verificou-se na presente ação, uma vez que dois dos réus (justamente os que teriam sido os maiores beneficiados dos ilícitos indicados na inicial) apresentaram exceções materiais, ao tempo em que os outros réus deixaram de infirmar os fatos aduzidos e impugnar a documentação trazida.”

Dois aspectos merecem aqui ser destacados.

O primeiro deles refere-se à circunstância de que o fato principal que originou a demanda – depósitos de valores de subvenções – tornou-se incontroverso. De fato, ao confirmarem a existência de ditos depósitos, os réus nada mais fizeram do que “admitir a veracidade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”, o que configura confissão (CPC, art. 348).<sup>8</sup> Poder-se-ia mesmo falar em não-atendimento ao ônus de impugnação específica, insito no art. 302, *caput*, do mesmo Estatuto.

<sup>8</sup> Para Carnelutti, a confissão é prova privilegiada, que “feita pela parte ao juiz deve ser em todo caso acreditada por este” (*Instituições do Processo Civil*. São Paulo: Classic Book, 2000, volume I, p. 314).

Assim, o fato constitutivo do direito defendido pelo autor independe de prova, a teor do disposto no art. 334, II e III, também do CPC. Colacione-se, a respeito, a lição de Canelutti, em obra tornada clássica:

“Tampoco se habla de prueba a propósito de los hechos sobre los cuales media afirmación concorde de las partes; y es justo que no se hable de ella, porque también aquí falta toda función de comprobación del juez: responde así a la exactitud de las palabras y de los conceptos, el que se excluya del número de los hechos a probar los hechos admitidos, y de la lista de los medios de prueba la admisión. El uso de la palabra prueba se limita a los procedimientos instituidos por el juez para la comprobación de los hechos controvertidos (afirmados y no admitidos): aquí el concepto se adapta perfectamente al vocablo según su significado esencial.”<sup>9</sup>

Logo, segundo o mestre, não havendo controvérsia sobre determinado fato, não há o que se provar.

Deste modo, mesmo para aqueles que, como nós, não admitem seja atribuída eficácia probatória absoluta aos elementos colhidos no inquérito civil (v., a propósito, o item anterior), não há como negar a desnecessidade de tais provas, ante a admissão expressa, pelos réus, da ocorrência do indigitado fato.

De outro lado, há a aventada inversão do *onus probandi*. Não é de se olvidar que, inexistindo provas do fato constitutivo do direito do autor, o réu não necessita provar o fato impeditivo, que suscitou. Com efeito, somente na hipótese de haver provas dos fatos alegados pelo autor é que exsurge, para o réu, o ônus de provar o que ele, demandado, alegou em contraposição.

Com a palavra, Chiovenda:

“Enquanto, por conseguinte, o autor não provou os fatos que representam o fundamento de sua demanda, o réu pode limitar-se a negar pura e simplesmente, sem obrigação de provar. Não se deve dizer que os fatos negativos não se podem provar, e, sim, que a simples negação dos fatos afirmados pela outra parte não impõe qualquer ônus da prova. Mesmo em caso de negação indireta, isto é, de afirmação de um fato incompatível com o alegado pelo autor (*negatio per positionem*), não tem o réu, para o momento, de provar o fato que ele alega; porquanto, se bem afirme um fato autônomo, o faz para negar o fato constitutivo do direito do autor e não apenas para opor-se a seus efeitos jurídicos”.<sup>10</sup>

Assim, não produzindo o autor qualquer prova dos fatos que aduz, a mera negação, pelo réu, é suficiente a que a demanda seja julgada improcedente. Parece ter sido este o entendimento sufragado nas instâncias ordinárias.

<sup>9</sup> *La Prueba Civil*. Tradução de Nicéto Alcalá-Zamorra y Castillo. 2ª edición. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 43.

<sup>10</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 449.

Contudo, como já referido, na hipótese, os réus não negaram a existência do fato constitutivo do direito cuja defesa é realizada pelo *Parquet* (depósitos), mas, ao contrário, expressamente o reconheceram, o que o tornou incontroverso. Ocorre que, apesar disto, os requeridos aduziram outro, impeditivo, consubstanciado na circunstância de que ditos depósitos teriam sido efetuados como forma de saldar dívidas existentes para com um dos litisconsortes, supostamente o beneficiário do ato (Lei n. 8.429/92, art. 3º). Isto, ao que se sabe, não restou comprovado. Houve, aí sim, inversão do *onus probandi*, que não foi satisfeito pelos demandados.

E, mesmo que se alegue que a presunção que se forma, tanto no caso do silêncio do réu, como no da confissão, é sempre relativa<sup>11</sup> – com o que não se pode deixar de concordar – ainda assim, o fato é que, ao que tudo indica, os réus não se desincumbiram do ônus de infirmar aquela presunção, o que seria curial.

Aliás, conforme consta, os demandados, embora houvessem expressamente requerido a produção de prova pericial, deixaram de efetuar o depósito antecipado dos honorários periciais, como deveriam (CPC, art. 19, *caput*), o que levou ao indeferimento da sua realização, pelo juízo monocrático.

Daí o acerto do aresto, também neste particular.

## 5. Síntese Conclusiva dos Argumentos

Diante de todo o exposto até aqui, o e. Relator concluiu, de modo preciso, o seguinte:

“Assim, servindo o inquérito como prova dos fatos constitutivos do direito perseguido pelo autor; não tendo havido nenhuma contraprova; não tendo os réus comprovado os fatos que apontaram com impeditivos; não tendo infirmado objetivamente os fatos contra eles indicados; e ainda: considerando que o Ministério Público instruiu a ação com 12 (doze) volumes de documentos; considerando que fez a correlação deles com os fatos narrados; que, não obstante o inquérito civil prescindia do contraditório, não precisa ser repetido em juízo, mormente em se tratando de documentos, todos esses elementos indicam a necessidade de que a prova existente nos autos seja devidamente analisada e valorada...”.

Alguns comentários merecem ser aqui tecidos, o que faremos, de modo isolado, a fim de facilitar a compreensão:

a) inquérito como prova: consoante o que restou assentado acima, o inquérito, por não se submeter aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não possui valor como prova. *In casu*, o que ocorreu foi que, em virtude da ausência de outros elementos capazes de se contrapor aos fatos aduzidos na inicial, o recurso restou provido. Não, porém, *data venia*, por servir o inquérito como meio de prova.

<sup>11</sup> Sobre o tema, v. SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As Provas no Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

b) não houve contraprova nem tampouco comprovou-se os fatos impeditivos opostos ao direito deduzido pelo autor: de fato, aqui, assiste absoluta razão ao e. Relator e à eg. Turma, na medida em que os demandados deixaram de observar o disposto no art. 333, II, do CPC, que lhes atribui o ônus de provar tais circunstâncias de fato.

c) os fatos constitutivos não foram infirmados pelos réus: o que, como já dito, levou à desnecessidade da produção de provas pelo autor, consoante o disposto no art. 334, do CPC.

d) a juntada de 12 (doze) volumes de documentos: com a devida vênia, a quantidade de documentos acostados à inicial não impressiona, por si só. O que realmente importa, em tais situações, é o seu conteúdo – que, ao que parece, na hipótese, realmente demonstra a prática dos atos atacados na demanda. É que vem se criando uma situação bastante inusitada no foro, no sentido de se fazer acompanhar, a inicial de ações coletivas como as que tais (improbidade, popular, civil pública), um sem número de documentos, muitos dos quais de valor probante deveras discutível. Trata-se de atitude atentatória ao direito de defesa e mesmo à eficaz condução do processo pelo juiz, que, muitas vezes, vê-se obrigado a examinar uma infinidade de peças que não possuem qualquer influência na solução da controvérsia que lhe é submetida. Por tais motivos, entendemos que o número de documentos juntados, por si só, não serve de argumento à procedência da demanda.

e) desnecessidade de se repetir, em juízo, as provas colhidas no inquérito: com efeito, como se trata apenas de prova documental – e não pericial, o que, repita-se, modificaria, por completo, a conclusão – seria despropositado exigir-se fosse ela repetida, até por razões de ordem lógica.

## **6. A Possibilidade de Determinação, de Ofício, a que a prova fosse realizada**

Uma última circunstância é ainda apontada pelo e. Relator do acórdão ora em análise. Trata-se do fato de terem os pedidos sido julgados improcedentes por insuficiência de provas, quando o próprio juízo poderia ter determinado a realização da perícia.

Não se trata, aqui, de qualquer espécie de ofensa ao princípio dispositivo, nem tampouco às regras sobre o ônus da prova, antes mencionadas. Como bem salienta Liebmann, “o Estado, embora não tenha interesse no objeto da controvérsia, não pode porém ficar indiferente ao modo como o processo se desenrola e se conclui”.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Op. cit., p. 92.

De fato, reza o art. 130, do CPC pátrio, que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.<sup>13</sup>

Assim, ao mesmo tempo em que compete ao juiz impedir a indevida procrastinação do feito, deve ele, se for o caso, adotar providências para que os fatos litigiosos sejam esclarecidos a contento.

Em relação a direitos indisponíveis, por razões óbvias, esta máxima já se tornou praxe. De fato, de longa data já assinalava James Goldschmidt que, “nos processos sobre questões matrimoniais e relativos ao estado de família e nos procedimentos sobre interdição e declaração de morte, dominam outros princípios, de maneira geral, estando neles o juiz obrigado a averiguar por si a verdade”.<sup>14</sup>

O mesmo se diga, permitimo-nos acrescentar, em se tratando de direitos da coletividade, em que a matéria submetida à apreciação judicial é também de direito indisponível. Ora, se o autor da ação coletiva revela-se ineficiente na comprovação dos fatos constitutivos do direito metaindividual que está a defender, parece-nos que o magistrado, a quem compete a direção dos trabalhos, pode perfeitamente suprir esta falha.<sup>15</sup>

É justamente esta circunstância que justifica, em outras hipóteses, a inversão do *onus probandi*, expressamente consagrada no ordenamento jurídico pátrio em sede de tutela dos consumidores (CDC, art. 6º, VIII)<sup>16</sup> e, segundo se sustenta, para todo e qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.<sup>17</sup>

Ainda mais quando se trata de probidade administrativa, em que as máximas da experiência comum muitas vezes permitem ao juiz aquilatar, de modo apropriado, a forma como se sucederam as circunstâncias de fato. Desde que, nunca é demais lembrar, sejam observados o contraditório e a ampla defesa.

No caso concreto, ao que se pode apreender, havia verossimilhança nas alegações do Ministério Público, o que, por si só, já seria motivo para uma

<sup>13</sup> Em sede de tutela jurisdicional de interesses metaindividuais, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos prevê, em seu art. 11, § 3º, que “o juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório”.

<sup>14</sup> *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2003, Tomo I, p. 295. Em idêntico sentido, v. SCHONKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Campinas: Editora Romana, 2003, p. 276.

<sup>15</sup> Sobre o tema, v., por todos, MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *A Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 234-6. V. tb. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 343-7.

<sup>16</sup> Observadas determinadas peculiaridades, o mesmo parece ocorrer em França e Espanha, consoante demonstra a doutrina destes países, respectivamente: CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la Consommation*. 4e édition. Paris: Dalloz, 1996, p.455. ESTÉVEZ, José B. Acosta. *Tutela Procesal de Los Consumidores*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, S.A., 1995, p. 93-7.

<sup>17</sup> Cfe. LEONEL, Ricardo de Barros. Op. cit., p. 343. A este respeito, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, pretende solucionar de vez a questão, disciplinando a matéria, de modo aprofundado, no art. 11, §§ 1º e 2º.

melhor averiguação dos fatos. Assim, ainda que nenhuma das partes tenha antecipado o valor dos honorários periciais, o próprio juízo poderia ter determinado a realização da prova, cabendo, neste caso, ao autor, o respectivo depósito (CPC, art. 19, § 2º).<sup>18</sup>

Cuidando do tema, com precisão, assinalou Calamandrei:

“Poderíamos dizer que, enquanto o juízo negativo acerca dos fatos deduzidos em prova não pode nunca prejudicar (isto é, jamais pode ser suficiente para provocar a rejeição da demanda de prova), o juízo positivo acerca da verossimilhança dos mesmos pode em certos casos ser útil (isto é, pode bastar para dar acesso à admissão de uma prova do contrário inadmissível)”.<sup>19</sup>

Trazendo-se a lição do mestre para a hipótese ora em comento, pode-se concluir que a verossimilhança das alegações deduzidas pelo *Parquet* seria suficiente a que o juiz determinasse a realização da prova pericial – e não a rejeitasse por ausência de impulso das partes, como acabou ocorrendo *in casu*.

Deste modo, também aí, correto o entendimento sufragado no aresto em análise.

## 7. A Anulação do Feito

Consoante se pode perceber, o provimento do recurso destinou-se à “anular o acórdão e determinar que seja proferido outro julgamento, a fim de que se aprecie o mérito da lide, analisando-se e valorando-se toda prova constante do processo, mormente a que consta dos volumes anexos”.

À vista disto, é de se indagar: não seria possível a reforma, desde logo, do acórdão de origem, para, afastando-se a causa de nulidade, julgar-se procedente os pedidos formulados na *actio*? Seria o caso de se aplicar, por analogia, o disposto no art. 515, § 3º, do CPC?<sup>20</sup> Afinal, a causa já se encontrava em condições de pronto julgamento.

Em que pese esta solução parecer mais adequada, no caso concreto, ao que tudo indica, ela não seria possível de ser seguida. É que, para que pudesse dar provimento ao recurso julgando procedente a ação, a c. Turma teria de examinar a prova produzida nos autos, o que encontra óbice na Súmula 7, da mesma Corte.<sup>21</sup>

Restou, portanto, a única possibilidade viável, que era justamente aquela adotada pelo acórdão, ou seja, determinar a realização de novo julgamento, a fim de que fosse examinada a matéria de fundo discutida na demanda.

<sup>18</sup> Em que pese o disposto no art. 18, da LACP e no art. 87, do CDC.

<sup>19</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003, volume 3, p. 290.

<sup>20</sup> Pela interpretação extensiva do dispositivo, v. JORGE, Flávio Cheim. *A Nova Reforma Processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 144-6. Sobre o cabimento em sede de recursos especial e extraordinário, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 4ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 163.

<sup>21</sup> “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

# **Código Modelo de Processos Coletivos**

## **Instituto Ibero-Americano de Direito Processual**

### **Capítulo I Disposições gerais**

**Art 1º.** Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; e

II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

**Art 2º.** Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado; e

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n.ºs I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

§ 2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;  
b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e

e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 3º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no § 4º do artigo 3º.

**Art. 3º.** Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

IV – as pessoas jurídicas de direito público interno;

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

VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;

VII – os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais; e

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

§ 1º. O requisito da pré-constituição pode 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.

§ 2º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 3º. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

§ 5º. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.



## Capítulo II Dos provimentos jurisdicionais

**Art. 4º.** Efetividade da tutela jurisdicional - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

**Art. 5º.** Tutela jurisdicional antecipada - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e

I – haja fundado receio de ineficácia do provimento final; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.

§ 1º. Não se concederá a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a menos que, num juízo de ponderação dos valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante.

§ 2º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 3º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º. Se não houver controvérsia quanto à parte antecipada na decisão liminar, após a oportunidade de contraditório esta se tornará definitiva e fará coisa julgada, prosseguindo o processo, se for o caso, para julgamento dos demais pontos ou questões postos na demanda.

**Art. 6º.** Obrigações de fazer e não fazer - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

§ 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

§ 4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

**Art. 7º.** Obrigações de dar - Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

**Art. 8º.** Ação indenizatória - Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, administrado por um Conselho Gestor governamental, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo e poderá intervir nos processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos interesses ou direitos do grupo, categoria ou classe.

§ 2º. O Fundo manterá registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 3º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 4º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas.

§ 5º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

### Capítulo III

#### Dos processos coletivos em geral

**Art. 9º.** Competência territorial - É competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

**Art. 10.** Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

§ 1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

§ 2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

**Art. 11.** Audiência preliminar - Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no § 1º do artigo 12.

**Art. 12.** Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o

ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir a deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

§ 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

**Art. 13.** Julgamento antecipado do mérito - O juiz decidirá desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de produção de prova.

*Parágrafo único.* O juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção de prova, sempre que isso não importe prejulgamento direto ou indireto do litígio que continuar pendente de decisão, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos nos autos principais e a parte antecipada em autos complementares.

**Art. 14.** Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória - Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor promova a liquidação ou execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

**Art. 15.** Custas e honorários - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

§ 1º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

§ 3º. Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 4º. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

**Art. 16.** Prioridade de processamento – O juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

**Art. 17.** Interrupção da prescrição – A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

**Art. 18.** Efeitos da apelação – A apelação da sentença definitiva tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

**Art. 19.** Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º. A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º. A execução provisória permite a prática de atos que importem alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º. A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

#### Capítulo IV

### **Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos**

**Art. 20.** Ação coletiva de responsabilidade civil - Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art. 4º), ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

*Parágrafo único.* A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, o juiz poderá determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

**Art. 21.** Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes.

§ 1º. Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste Código

notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado a fim de que cumpram o disposto no *caput* deste artigo.

§ 2º. Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, ou estiver preclusa a decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar nova informação pelos meios de comunicação social, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste código, para efeito do disposto no parágrafo anterior.

§ 3º. Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

**Art. 22.** Sentença condenatória - Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

§ 1º. Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva

§ 2º. Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

§ 3º. O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

**Art. 23.** Liquidação e execução individuais - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados à ação coletiva.

*Parágrafo único.* Na liquidação da sentença, que poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, caberá a este provar, tão-só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

**Art. 24.** Execução coletiva - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados a ação coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

*Parágrafo único.* A execução coletiva far-se-á com base em certidão das decisões de liquidação, da qual constará a ocorrência, ou não, do trânsito em julgado.

**Art. 25.** Do pagamento. O pagamento das indenizações ou o levantamento do depósito será feito pessoalmente aos beneficiários.

**Art. 26.** Competência para a execução. É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

**Art. 27.** Liquidação e execução pelos danos globalmente causados - Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 3º promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

*Parágrafo único.* O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento.

**Art. 28.** Concurso de créditos - Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 6º e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

*Parágrafo único.* Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

§ 2º. O produto da indenização reverterá para o fundo previsto no artigo 6º.

## Capítulo V

### Da conexão, da litispendência e da coisa julgada

**Art. 29.** Conexão - Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

**Art. 30.** Litispendência - A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.

**Art. 31.** Relação entre ação coletiva e ações individuais - A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 33) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.

*Parágrafo único* – Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de ação coletiva com o mesmo fundamento, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso da demanda individual ser rejeitada.

**Art. 32.** Conversão de ações individuais em ação coletiva. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra

o mesmo demandado, com o mesmo fundamento, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

**Art. 33.** Coisa julgada - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, 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.

§ 1º. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de (2) dois anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.

§ 2º. Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.

§ 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

§ 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

**Art. 34.** Relações jurídicas continuativas - Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

## Capítulo VI

### Da ação coletiva passiva

**Art. 35.** Ações contra o grupo, categoria ou classe - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do § 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.

**Art. 36.** Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.



**Art. 37.** Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

*Parágrafo único* – Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

**Art. 38.** Aplicação complementar às ações passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

## Capítulo VII

### Disposições finais

**Art. 39.** Princípios de interpretação - Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

**Art. 40.** Especialização dos magistrados - Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados.

**Art. 41.** Aplicação subsidiárias das normas processuais gerais e especiais - Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil e legislação especial pertinente.

**Agosto de 2004**



## Superior Tribunal de Justiça

**Recurso Especial nº 598.281 - MG (2003/0178629-9)**

**Relator:** Ministro Luiz Fux

**R. p/Acórdão:** Ministro Teori Albino Zavascki

**Recorrente:** Ministério Público do Estado de Minas Gerais

**Recorrido:** Município de Uberlândia

**Advogados:** Ellen Rosana de Macedo Borges e outros

**Recorrido:** Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda.

**Advogada:** Alice Ribeiro de Sousa

### **Ementa**

Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Dano Moral Coletivo. Necessária vinculação do dano moral à Noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a Noção de Transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso Especial Improvido.

### **Acórdão**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros-Relator e *José Delgado* (voto-vista), negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro *Teori Albino Zavascki*. Votaram com o Sr. Ministro *Teori Albino Zavascki* (voto-vista) os Srs. Ministros *Denise Arruda* (voto-vista) e *Francisco Falcão* (voto-vista).

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro *Luiz Fux*, Relator.

Brasília, 02 de maio de 2006.  
*Ministro Teori Albino Zavascki*  
Relator

**Recurso Especial nº 598.281 - MG (2003/0178629-9)****Relatório**

**Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator):** Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (fls. 486/496), com fulcro no art. 106, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

“Ação Civil Pública. Danos ao Meio Ambiente. Reparação.

Procede o pedido formulado em ação civil pública, uma vez comprovado nos autos que houve prejuízo ao meio ambiente, sendo de se responsabilizar os agentes que, por ação ou omissão, tenham lesado o meio ambiente, os quais devem reparar o dano.” (fls. 458)

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados, consoante julgado de fls. 476/477.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em suas razões recursais, sustenta que o acórdão hostilizado violou o disposto nos arts. 1º da Lei 7.347/85 e 14, § 1º, da Lei 6.938/81, uma vez que entendeu pela impossibilidade de condenação de dano moral coletivo em sede de ação civil pública na qual se discute a reparação de danos ao meio ambiente.

**Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**

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

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou

reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente omissis”

**Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**

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

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - (VETADO).

**Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**

Art. 88. O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso: Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

.....

V - por infração da ordem econômica.”

O Município de Uberlândia, em contra-razões às fls. 502/507, pugna pela manutenção do acórdão hostilizado, ao fundamento de que:

“(…)Consectário lógico, dano moral possui caráter individual, sendo inadmissível aceitar-se que cada componente da coletividade sinta o dano na mesma intensidade. Bem por isso, quando o dano apurado em ação civil pública for causado a um indivíduo, que comprove ter sido lesado em seus valores pessoais, não há dúvida de que possível será a condenação em danos morais.

Ademais, não se pode olvidar que o Ministério Público ao propor a ação, requereu o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer, no que já foi atendido. Assim, considerando-se que o art. 3º da Lei 7.34/85 determina que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, dessume-se que, de qualquer modo, seria impossível a condenação em danos morais coletivos, porquanto o Município foi obrigado a cumprir obrigação de reparar o meio ambiente (...)” (fls. 506/507)

O recurso foi admitido no Tribunal *a quo*, consoante despacho de fls. 511/512.

É o relatório.

**Recurso Especial nº 598.281 - MG (2003/0178629-9)**

Ação Civil Pública. Danos ao Meio Ambiente. Danos Material e Moral.  
Art. 1º da Lei 7.347/85.

1. O art. 1º da Lei 7.347/85 dispõe:

“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;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica.”

2. O meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional.

3. O advento do novel ordenamento constitucional - no que concerne a proteção ao dano moral - possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.

4. No que pertine a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6º, VI, do CDC.

5. Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando atuar ilícito contra o patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido.

6. Deveras, os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental.

7. O dano moral ambiental caracteriza-se quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.

8. Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés,

relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.

9. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado.

10. Sob o enfoque infraconstitucional a Lei 8.884/94 introduziu alteração na LACP, segundo a qual passou restou expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei.

11. Outrossim, a partir da Constituição de 1988, há duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, gerando a possibilidade de o cidadão responder pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro.

12. Recurso especial provido para condenar os recorridos ao pagamento de dano moral, decorrente da ilicitude perpetrada contra o meio ambiente, nos termos em que fixado na sentença (fls. 381/382).

### **Voto**

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso pela alínea “a”, do permissivo constitucional, uma vez que a matéria restou devidamente pre-questionada.

Segundo noticiam os autos, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública, em face do Município de Uberlândia e de Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda. Objetivando a imediata suspensão das atividades relativas aos loteamentos dos Bairros Jardim Canaã I e II, ao fundamento de que os laudos técnicos, realizados pelo Ibama e, posteriormente, por Professores da Universidade Federal de Uberlândia revelam de forma inequívoca a responsabilidade dos réus pela degradação ambiental, decorrente da construção e ocupação das referidas áreas pelos mencionados loteamentos.

O Juiz Singular julgou procedente o pedido, consoante sentença, *verbis*:

“(…)

Assim, pelo exposto, julgo procedente o pedido inicial, para acolher o pedido suplementar, ou seja, condenar as requeridas na obrigação de fazer consistentes em adotar medidas mitigadoras para que o solo não continue sofrendo o processo erosivo que carrega em si também a destruição de matas e de nascentes de água, bem como impossibilitar que os novos moradores do local se utilizem deste de forma a contribuir para a degradação ambiental,

tomando as providências sugeridas no laudo de fls. 136, fixo o prazo de 60 (sessenta) dias, para o início dos trabalhos, bem como a apresentação de projetos e plano de trabalho, para ser aprovado e/ou examinado pelo perito oficial; condeno, também em dano moral, 'pelo descaso e pela ilicitude da conduta dos réus para com o Meio Ambiente da Comarca de Uberlândia', que fixo em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos réus. Condeno, também, os requeridos nas custas processuais e honorários que fixo em 20% (vinte por cento), sobre o valor, dado à causa; nos honorários periciais, já sugeridos no valor de R\$700,00 (setecentos reais), fls. 288, com correção monetária desde a data da proposta e juros legais a partir desta data, o referido valor é estendido, individualmente, também, para cada um dos peritos que trabalharam na fase do inquérito civil público, ou melhor, R\$700,00 para o Prof. Giovani Salviano Melo e o mesmo valor para o Prof. Luiz Nishiyama." (fls. 381/382)

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede de reexame necessário, reformou a sentença para excluir a condenação em danos morais, ao fundamento de que:

"(...)

A condenação dos apelantes em danos morais é indevida, posto que dano moral é todo o sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou aos seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral. "o artigo 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), apenas determina que nos casos de ocorrência de dano moral ou patrimonial causados nas hipóteses relacionadas, a ação reger-se-á pelos dispositivos da LACP, não cabendo a interpretação inversa, com o fim de tornar o dano moral indenizável em todas as hipóteses descritas nos incisos I a V do artigo 10 da referida lei. Por certo, quando o dano apurado em ação civil pública for causado a um indivíduo, que comprove ter sido lesado em seus valores pessoais, não há dúvida de que possível será a condenação em danos morais... *omissis*" (fls. 462)

*In casu*, à controvérsia cinge-se a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por dano moral em sede de dano ambiental.

O art. 1º, da Lei 7.347/95, assim dispunha:

**Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**

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

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;



## IV - (VETADO).

Atualmente o art. 1º da Lei 7.347/95, com a novel redação dada pelo art. 88 da Lei 8.884/94, prevê:

**Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**

Art. 88. O art. 1º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso: Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

.....

V - por infração da ordem econômica.”

Com efeito, originariamente, o objeto da lei que disciplina a Ação Civil Pública versava, apenas, os danos causados ao meio ambiente, consumidor e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Contudo, a legislação sofreu significativas mudanças, no sentido de ampliar o objeto da ação *sub examine*, para abranger a responsabilidade do infrator pelos danos morais causados a quaisquer dos valores e direitos transindividuais amparados pela referida legislação.

Deveras, o meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional. Conseqüentemente, a preocupação precípua do julgador, nestes casos, é em evitar o dano ao meio ambiente, direito elevado e protegido a nível constitucional, não podendo ser dada interpretação judicial que venha a restringir essa proteção.

A respeito do tema, ressalta a Dra. Vera Lucia R.S. Jucovsky, Juíza Federal do TRF da 3ª Região, em sua brilhante monografia sobre os instrumentos de defesa do meio ambiente, publicada na Revista TRF-3ª Região, Vol. 39, que a Constituição Federal cuidou de preservar o ambiente, pois requer o estudo do impacto ambiental para licença de empreendimentos que possam ter relevantes reflexos negativos na natureza. Destaco o seguinte trecho da obra citada:

“Destarte, reconhecendo o direito à qualidade do meio ambiente como manifestação do direito à vida, produziu um texto inédito em Constituições em todo o mundo, capaz de orientar uma política ambiental no país e de induzir uma mentalidade preservacionista. Com efeito, considerando o meio ambiente ‘bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida’, impôs ao Poder público, para assegurar a efetividade desse direito, a incumbência de ‘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.’”

Importante destacar, também, que a tutela ambiental está alçada à categoria de garantia constitucional, vinculando-se aos fundamentos e princípios insculpidos no art. 225 da Constituição Federal:

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

Deveras, a interpretação sistemática dos preceitos do art. 1º da Lei 7.347/95, com a novel redação dada pelo art. 88 da Lei 8.884/94, revela a plausibilidade da pretensão do recorrente - condenação ao pagamento de danos morais coletivos em sede de ação civil pública.

Ademais, frise-se, a Constituição Federal e a Lei 7.347/95 estabelecem a possibilidade de reparação civil por danos morais causados ao meio ambiente, além do dever de indenizar os danos patrimoniais.

Em sede pátria, a doutrina especializada não discrepa do entendimento acima inaugurado no sentido da indenizabilidade por danos morais em sede de danos ambientais. Neste sentido, destaca Hugo Nigro Mazzilli, *in* A defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, 2003, p. 131/132, *litteris*:

“Os danos morais e patrimoniais originariamente, o objeto da LACP consistia na disciplina da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Mas, como já anotamos a legislação subsequente ampliou gradativamente o objeto da ação civil pública. Diante, porém, das inevitáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a ação civil pública da Lei 7.347/85 também alcançaria ou não os danos morais, o legislador resolveu explicitar *a mens legis*. A Lei 8.884/94 introduziu uma alteração na LACP, segundo a qual passou a ficar expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei. São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato - é o que dispõe a Súm. 37, do Superior Tribunal de Justiça. E, nos termos de sua Súm. 227, a pessoa jurídica também pode sofrer dano moral. *omissis*” (p. 132-132)

No mesmo diapasão, manifesta-se Eduardo Lima de Matos, Dano ambiental: Uma Nova Perspectiva de Responsabilidade Civil, *in* Grandes Temas da Atualidade, Forense, 2002, *verbis*:

“ (...)

Nas últimas cinco décadas degradou-se o meio ambiente muito mais que nos últimos cinco séculos, devido ao aumento extraordinário da produção industrial, do consumo e das necessidades coletivas.

A velocidade em todo este processo levou as comunidades a conviverem com um problema muito sério, o aumento das agressões ambientais em todo planeta Terra.

Independentemente do continente ou da condição econômica do país, de uma forma ou de outra, todas as pessoas perpetraram danos ao meio ambiente nas últimas cinco décadas.

Desta forma, foram registrados danos ao meio ambiente em quase todas as nações nas últimas cinco décadas, uns passíveis de reparação a partir da recomposição do bem lesado, outros totalmente irreversíveis, exigindo do sistema jurídico uma solução que seja educativa e, ao mesmo tempo, reparatória.

É preciso destacar que todo o sistema de proteção ao meio ambiente deve atuar para evitar o dano, ou seja, impedir que ocorram degradações ambientais, pois existe a possibilidade de que algumas delas sejam totalmente irreversíveis.

A reparação civil do dano não é o objetivo maior. Pelo contrário, todo poder de polícia ambiental deve ser utilizado para que o dano não exista. Porém, seria muita utopia achar que não acontecerão mais danos ambientais, eles com certeza ocorrerão e o ordenamento jurídico terá que ter a resposta para quando isto acontecer.

É importante ressaltar que, em algumas situações, mesmo existindo o uso do poder de polícia, o meio ambiente será danificado de forma permanente, restando apenas a aplicação do instrumento da reparação do dano nas suas diversas formas.

A Constituição de 1988 estabeleceu que a responsabilidade poderá ser civil, criminal e administrativa, atingindo pessoas físicas ou jurídicas, e de forma objetiva, como se depreende do artigo 225, § 30.

No entanto, o ponto a ser analisado neste artigo é a responsabilidade civil por dano moral (ou extrapatrimonial) I em matéria ambiental, ou seja, a responsabilidade civil por dano moral ao ambiente, uma vertente agasalhada pelo ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na Constituição de 1988 e na Lei 7.347/85.

A responsabilidade civil, em matéria ambiental, tem nuances próprias com o objetivo de garantir a proteção e defesa do meio ambiente, aspecto abordado neste artigo que tem a finalidade de esclarecer como se efetiva a responsabilidade civil por dano moral ao meio ambiente.

### **1. Da responsabilidade civil**

A responsabilidade civil diz respeito a algum dano perpetrado ao meio ambiente que decorre de agressões a este bem de uso comum do povo de forma geral, ou, mais especificamente, a um dano extrapatrimonial conforme LEITE (1999), ou seja, um dano moral ambiental.

A adoção da responsabilidade civil passou por diversos estágios e, no seu início, se fazia necessária a prova da culpa do agente para reconhecimento do dever de indenizar.

Esta postura individualista passou a sofrer modificações a partir do caso da menina Agnes Blanco, ocorrido em Bourdeaux, no ano de 1873, quando foi estabelecido o dever de indenizar objetivamente por parte do Estado, dando início à formação de um teoria publicista, como bem leciona DI PIETRO:

A partir daí começaram a surgir teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, desdobrada, por alguns autores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral (1993, p. 358).

A adoção deste tipo de responsabilidade veio influenciar toda uma nova postura em matéria de prestação de serviço público, pois, a partir deste entendimento, o Estado - Administração Pública - passou a responder objetivamente pelos atos de seus agentes. O Professor ALONSO, leciona:

O princípio da responsabilidade objetiva é o da equidade, para que se imponha o dever de reparação do dano e não somente porque existe responsabilidade. Aquele que obtém o lucro em determinadas situações deve responder pelos riscos e desvantagens (2000, p. 40).

Na verdade, a evolução da responsabilidade civil veio desaguar num sistema que procura atender às exigências da vida moderna, dado o aumento considerável das possibilidades de concretização de um dano ambiental.

Uma concepção anterior, individualista, atendia a um padrão de vida de uma época em que inúmeras atividades não existiam, reduzindo desta forma a possibilidade de riscos para toda coletividade. Nesse sentido, afirma ALONSO: A convivência do homem com o perigo, aproximando-o do risco, aumenta a possibilidade de vir ele a sofrer danos de ordem moral e ou material, cuja culpa, na maioria das vezes, torna-se muito difícil averiguar e identificar (2000, p. 38).

Com a industrialização, o aumento progressivo da produção e consumo geraram a ocorrência de novos danos tanto a pessoas como ao meio ambiente. A velocidade destes danos vem preocupando toda a comunidade científica, tanto que o Direito Ambiental construiu um sistema de responsabilidade civil voltado a garantir a integridade do meio lesado.

Desta forma, é importante fazer um breve retrospecto histórico, procurando identificar, no Direito Ambiental brasileiro, a evolução do instituto da responsabilidade civil desde os primeiros documentos legais que passaram a consagrá-la independentemente da existência de culpa, um breve histórico até às normas mais recentes.

O Decreto 79.347/77 referendou um acordo internacional, do qual o Brasil foi signatário, regulando a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente por derramamento de óleo, reconhecendo o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa.

No mesmo ano, surge a Lei 6.453/77 que disciplinou os danos ocasionados por acidentes nucleares. Especificamente, no artigo 4º da referida norma, vem estabelecida a responsabilidade civil, independentemente da existência de culpa.

Alguns anos depois, mais precisamente no ano de 1981, foi sancionada e promulgada a Lei 6.938 que, no artigo 14, § 1º, admite a responsabilidade civil em matéria ambiental, independentemente da existência de culpa.

A Lei 7.347/85 estabeleceu a forma de se responsabilizar as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, por danos morais ou patrimoniais ao meio ambiente.

Este instrumento é a ação civil pública, uma das maiores conquistas da cidadania brasileira.

A Constituição de 1988, em alguns dispositivos, também consagra este entendimento, como, por exemplo, no artigo 21, XXIII, “c”, quando estabelece a responsabilidade por danos nucleares, também independentemente da existência de culpa. No artigo 225, § 2º, no que diz respeito às atividades mineradoras, a Carta Magna reconhece desde logo a lesividade dessa atividade, determinando a reparação dos danos, independentemente também da existência de culpa.

Desta maneira, foram citadas algumas normas ordinárias e a própria Constituição de 1988, estatutos que consagram a responsabilidade civil, independentemente da existência de culpa, em matéria ambiental. Breve histórico, pois o presente trabalho não comporta uma maior digressão no tema.

Após estas citações, é interessante e necessário esclarecer para o leitor, afinal, o que representa a responsabilidade civil em matéria ambiental, independentemente da existência de culpa.

Significa que, quando ocorre um dano ao ambiente, basta identificá-lo, como também seu autor e o nexó causal entre a ação e a lesão. Não interessa se o autor do dano estava pautando sua conduta dentro dos padrões ambientais estabelecidos pelos órgãos de gestão ambiental, se, por exemplo, adotou medidas mitigadoras além das recomendadas; nada exclui sua responsabilidade, pois o risco da atividade conduz a imputação do dever de reparar o meio ambiente degradado.

A Constituição de 1988 estabeleceu a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos, bem como dos concessionários e permissionários de serviço público, ampliando desta forma o leque daqueles que devem responder diretamente pelos atos de seus agentes. Esta norma visa resguardar os direitos do cidadão que fica vulnerável a diversos tipos de danos causados pela gigantesca máquina do Estado.

No que diz respeito ao meio ambiente, a Constituição de 1988 também estatuiu a responsabilidade civil objetiva do tipo risco integral, ou seja, ela incidirá sobre o agente causador do dano, independentemente da existência de culpa.

Desta forma, está efetivamente incluído no ordenamento jurídico pátrio a responsabilidade civil objetiva, independentemente da existência de culpa, em matéria ambiental a partir da Constituição de 1988 e nos demais documentos legislativos citados anteriormente.

Nesta linha de pensamento, cabe registrar mais uma vez que a reparação do dano não deve ser o objetivo dos órgãos de controle ambiental, embora, às vezes, a única solução é a reparação do dano, pois a prevenção ou precaução não logrou êxito.

A adoção desta vertente de responsabilidade visa proteger o bem de uso comum do povo que é o meio ambiente, pois se trata de um bem coletivo e não vinculado a nenhuma pessoa específica, seja jurídica ou física, pública ou privada.

Ora, na verdade, o meio ambiente é um bem de todos. A Constituição de 1988 universalizou o direito ao ambiente equilibrado e, como a condição de vulnerabilidade do bem a um dano é muito grande, somente através de um sistema de reparação rigoroso é possível tentar garantir a integridade deste bem de uso comum a todos.

Interpretações atuais devem levar em conta a nova ordem constitucional que se instalou no País, restaurando o Estado Democrático de Direito e privilegiando o interesse público em detrimento do interesse particular, um dos princípios basilares do Direito Administrativo Brasileiro.

O princípio constitucional implícito de que o interesse público é superior ao interesse particular está presente em diversos dispositivos da Carta de 1988 e deve ser utilizado para interpretação das normas relativas ao meio ambiente.

Destarte, o meio ambiente, como bem difuso de todos, deve ser preservado ou conservado e, quando danificado, reparado de forma objetiva, sem necessidade de apuração da existência de culpa.

A Constituição e as demais normas ordinárias estabeleceram este tipo de responsabilidade que impõe, como consequência, o seguinte: existindo o dano, basta identificar o autor ou autores e o nexo causal, pois não existirão excludentes da responsabilidade.

Inclusive, nem o caso fortuito e a força maior podem afastar o dever de reparar o meio ambiente. Por exemplo, se um raio atinge um tanque de óleo que explode e polui uma determinada área, este evento natural não exime o empreendedor do dever de reparar, posto que o fato primordial é que ele é detentor da atividade e responde pelo risco dos danos que ela pode causar.

Outro não é o ensinamento de MILARÉ: Essa postura do legislador, considerando objetiva a responsabilidade por danos ao meio ambiente, atende satisfatoriamente às aspirações da coletividade, porquanto não raras vezes o poluidor se defendia alegando ser lícita a sua conduta, porque estava dentro dos padrões de emissão traçados pela autoridade administrativa e, ainda, tinha autorização ou licença para exercer aquela atividade. Muito embora isso não fosse causa excludente de sua responsabilidade já colocava dúvida na consciência do julgador, o que muitas vezes poderia redundar em ausência de indenização por parte do poluidor (2000, p. 339).

E não poderia ser diferente, uma vez que, se fossem admitidas todas as excludentes, o bem de uso comum do povo não estaria protegido como desejou o Constituinte. Como bem leciona Antônio Hermam V. Benjamim em diversas palestras, *in dubio pro ambiente*, esta é a interpretação que deve prevalecer, voltada a garantir efetivamente o bem de todos.

O espírito da lei é coibir as agressões ao meio ambiente com um sistema rigoroso que determina a reparação quando ocorrer um dano, independentemente de culpa. Esse sistema visa incentivar a proteção ambiental, pois todos que exercem atividades têm consciência do alcance do dispositivo inserido no artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81.

Isto não significa que o ambiente está totalmente protegido, mas, porém, que os operadores do Direito, notadamente os que operam com o Direito Ambiental, possuem um instrumento precioso para buscar a reparação do meio quando se efetiva um dano.

A imposição da reparação civil, na forma aventada, funciona como um sistema educativo, estabelecendo uma punição exemplar para aqueles que atentarem contra o meio ambiente, como também uma forma de garantir a recomposição do bem lesado e, quando não for possível, a indenização pecuniária que será revertida em alguma atividade ligada ao ambiente.

A doutrina e a jurisprudência são copiosas na sustentação desta corrente que visa, em última análise, proteger e defender o meio ambiente, como determina a Constituição de 1988.

Com o propósito apenas de ilustrar o presente trabalho, cabe observar uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

*omissis*

## **5. Dano moral ambiental**

O Professor José Rubens Morato Leite, da Universidade de Santa Catarina, vem defendendo, em artigo recente de seu livro, a possibilidade de ocorrer um dano moral ao ambiente (ou extrapatrimonial, no entendimento do Professor), concomitantemente à concretização de um dano patrimonial.

“Ao lado do dano patrimonial, existe o dano essencialmente moral. Convém, desde logo, definir o que venha a ser esta lesão de natureza diversa dos prejuízos de ordem meramente patrimonial. Inúmeros conceitos nos são dados pela doutrina, tanto nacional quanto estrangeira. Poucos, entretanto, alcançam a profundidade de José Aguiar Dias, escolhido no magistério do italiano Minozzi, para quem o dano moral ‘não é dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado’, (1999, p. 64).

O professor Artur Oscar de Oliveira DEDA, no seu magistério afirma: Nosso entendimento é que não se deve fundar a distinção dos danos em morais e patrimoniais, na índole das direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica, de acordo com a teoria de Minozzi, sustentada por Aguiar Dias.

Dano moral, portanto é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física - dor sensação, como a denomina Carpenter — nascida de uma lesão material; seja a dor moral - dor sentimento - de causa imaterial. Essa compreensão, entretanto, não é predominante, hoje, na doutrina e na jurisprudência (2000, p. 8).

Em primeiro plano deve ser invocado o disposto no artigo 225, § 3º, que determina a reparação dos danos perpetrados contra o meio ambiente, tanto no plano administrativo, como penal e civil.

O texto constitucional é claro, as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os agentes às penalidades estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio. Todas as condutas ou atividades, pois o legislador constituinte não delimitou, assim quem causar lesão ao meio ambiente será compelido à reparação do dano e às demais penalidades estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio.

No artigo 5º, incisos V e X, está reconhecido o dever de indenizar quando ocorrer um dano moral. Esta norma foi fundamental porque sela de uma vez por todas o entendimento anterior à Constituição de 1998 que não admitia a cumulação de danos morais com patrimoniais. Nesta esteira de pensamento, leciona LEITE:

“Os efeitos decorrentes das normas constitucionais antes referidas fizeram-se sentir tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Destarte, o entendimento antes predominante deu lugar à nova concepção, segundo a qual é possível repararem-se tanto os danos materiais quanto os morais, de forma independente e autônoma” (2000, p. 282)

A partir da Constituição de 1988, existem duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, separadamente, ou seja, pode o cidadão responder



pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro. Não bastasse a Lei das Leis ter assegurado claramente o dever de indenizar no aspecto do dano moral, reza a Lei de Ação Civil Pública, *in verbis*:

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;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; e

V - por infração da ordem econômica.

O artigo 10, da Lei 7.347, estatuiu o dever de indenizar por danos morais causados ao meio ambiente, não deixou dúvidas, reza claramente sobre o dever de indenizar por danos morais e patrimoniais.

Então, deve-se de pronto deixar claro que tanto a Constituição Federal como a Lei 7.347/85 estabelecem a possibilidade de reparação civil por danos morais causados ao meio ambiente, além do dever de indenizar pelos danos patrimoniais. Nesta linha de pensamento leciona PACCAGNELLA:

O dano moral ambiental vai aparecer quando, além (ou independentemente) dessa repercussão física no patrimônio ambiental, houver ofensa ao sentimento difuso ou coletivo (1999, p. 46).

Um exemplo típico da região Nordeste pode ser trazido à baila para caracterizar esta corrente defendida, entre outros, pelo Professor Leite e Paccagnella. O Rio São Francisco, o Velho Chico como é carinhosamente conhecido, recebe anualmente diversos turistas que se dirigem às suas margens apenas com a finalidade de admirá-lo e contemplá-lo, agradecendo ao Criador por tamanha beleza natural.

A estas pessoas não interessa o valor econômico da água, das atividades ali exercidas e aquelas outras que indiretamente são beneficiadas com a existência do Velho Chico. Na verdade, estas pessoas buscam apenas contemplar a beleza e formosura desse rio de integração nacional.

É importante citar, como exemplo, o caso da Professora Maria Tereza Sadeck que, quando esteve em Sergipe fazendo uma pesquisa sobre o Ministério Público, ficou emocionada e contemplou extasiada a beleza do Velho Chico, como estivesse em um momento ímpar na sua vida.

A partir deste exemplo, é possível caracterizar a ocorrência de um dano moral ambiental que atinge toda coletividade. Ora, levando em consideração

que o malsinado projeto de transposição do Rio São Francisco que descumpra as normas da Lei 9.433/97 - siga adiante e culmine em produzir um dano irreversível ao Velho Chico.

Não será apenas o dano patrimonial que se levará em conta, nem as conseqüências econômicas para toda a Região Nordeste, haverá também um dano moral, pois as pessoas não poderiam mais contemplar, meditar e admirar o Velho Chico, seria uma dor e uma irreparável perda.

Então ocorreria a reparação civil voltada à recuperação do ambiente ou indenização pecuniária se a primeira hipótese não fosse mais possível, e também deveria ser concretizada uma reparação pelo dano moral ambiental causado a toda coletividade Nordestina. Esta reparação tem previsão legal no Brasil, como bem lembrado pelo Professor Argentino Gabriel A. STIGLITZ que afirma o seguinte:

“En Brasil, las reformas a la ley 7347 (sobre *acción* civil pública para tutela de los intereses difusos), incorporan *la noción* de daño moral colectivo (art. I). dentro del sistema resarcitorio diseñado” (1995, p. 77).

Não se pode olvidar que o meio ambiente é de todos. A Constituição de 1988 universalizou este direito, afirmando ainda que é um bem de uso comum do povo. Desta maneira podem coexistir um dano patrimonial e um moral. Esta corrente milita em favor de um ambiente sadio e equilibrado.

Outro não é o entendimento esposado por Ricardo Luís Lorenzetti, O Direito e o Desenvolvimento Sustentável - Teoria Geral do Dano Ambiental Moral, in Revista de Direito Ambiental nº 28, RT, p. 139/149, *litteris*:

“(...) o surgimento dos problemas relativos ao meio ambiente tem produzido um redimensionamento de nossa forma de examinar o direito, já que incide na fase das hipóteses, de apresentação dos problemas jurídicos. Não suscita uma mutação disciplinar mas epistemológica: trata-se de um princípio organizativo do pensamento retórico, analítico e protetor que se vincula com a interação, com os enfoques holísticos. O ambiente não é um simples acúmulo de elementos, pois estes estão equilibradamente inter-relacionados, como um “macrobem coletivo.”

O novo paradigma leva ao surgimento do um “direito privado coletivo”.

Assinala Benjamin que a questão ambiental tem inúmeras facetas, entre as quais identifica o trabalho analítico, que serve para estudar o meio ambiente e sua deterioração, e a proteção, que procuram mecanismos eficientes para evitar a degradação e melhorar a qualidade do meio ambiente. Frequentemente manifesta que o que interessa, em essência, ao direito, é a proteção ambiental. 1 A idéia de “defesa”, defesa do consumidor, defesa processual, 2 são aplicações do princípio protetivo; é preciso admitir o direito privado como proteção dos bens coletivos.

## **2. O direito privado coletivo**

No direito privado, os instrumentos jurídicos são concebidos como elaboração do indivíduo: o testamento e o contrato são expressão da vontade, a responsabilidade civil representa uma sanção pela prática de um ato ilícito; concede-se pouca atenção aos bens coletivos; os grupos não são sujeitos de direito.

O direito privado atual modifica seu enfoque.

Em uma sociedade de massa, a atuação do indivíduo não é indiferente no que diz respeito aos demais indivíduos e aos bens públicos. A consciência desta inter-relação nos obriga a focar o problema do direito privado de outra maneira. Há necessidade de superar a noção de “sujeito isolado” para chegar a uma idéia de “sujeito situado”

Situar o sujeito, importa estabelecer um modo de relação com os demais indivíduos e com os bens públicos, o que nos leva às regras institucionais que fixam os parâmetros mínimos dessa organização.

O direito privado não é indiferente à organização da sociedade e começa a observar o sujeito sob esta perspectiva.

Com a denominação direito privado coletivo queremos nos referir a um fenômeno ainda não sistematizado. O direito privado sempre se baseou em um sujeito ou em duas subjetividades com interesses comuns ou opostos. Na situação atual isso muda, porque o “coletivo” causa regulação jurídica ou pode ser objeto delas. É preciso uma tutela jurídica diferenciada; trata-se de problemas que demandam instituições e instrumentos próprios.

O direito privado individual regula a esfera íntima e a esfera privada do indivíduo: a individualidade pessoal, dano à pessoa, à imagem, à honra, à intimidade, aos direitos da pessoa, à liberdade, à igualdade, à segurança, aos contratos, aos bens individuais.

O direito privado coletivo regula a esfera social, e esta compreende aqueles atos que realiza o indivíduo situado na ação coletiva.

## **3. Os bens coletivos: o meio ambiente**

Posicionamos o direito a um meio ambiente sadio na esfera social do indivíduo, já que tem primazia hermenêutica a preservação dos bens públicos.

A regra da “primazia hermenêutica” é substancial. No regime constitucional brasileiro vigente, a proteção do meio ambiente, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (CF, art. 225), quando é confrontada com o direito de propriedade, é logicamente antecedente (inexiste direito de propriedade sem salvaguarda ambiental)

Este problema era considerado desde os direitos reais como uma “restrição ao domínio”, em um conflito entre a propriedade industrial, a agrária e a individual, subsidiando-se a primeira.

Contrariamente, hoje se considera como uma lesão à pessoa em um conflito entre o indivíduo e a organização pós-industrial, protegendo-se o primeiro. Isto se nota claramente em sistemas como o anglo-saxônico, que continuou a utilizar o conceito de moléstias. Destas restrições ao uso da propriedade evoluiu-se ao *public nuisance*, que é uma espécie de delito que obstrui ou causa dano ao público ou a uma classe ou grupo de pessoas em exercício de seus direitos. Mais que o desenvolvimento deste instituto interessa-nos ver o tipo de bens protegidos: moléstias ao “razoável conforto” derivadas de barulhos produzidos por um festival de roele, provocadas por obstruções à saúde pública, ou à segurança, chegando-se a vinculá-lo à proteção do meio ambiente.

Os conceitos de “esfera da individualidade pessoal” e “direitos de atuação sobre bens públicos escassos” reformulam a temática ambiental, produzindo uma “subjefitização” dos bens coletivos.

Como bem coletivo, pode distinguir-se entre o “macrobem” constituído pelo meio ambiente global e “microbens”, que são partes do meio ambiente global: a atmosfera, as águas, a fauna, a flora. Os microbens podem ser apropriados parcialmente e ser objeto de propriedade privada. Nestes casos, a poluição importa também a lesão de um direito subjetivo.

Como bem público de uso comum, o meio ambiente pode ter qualificações mais ou menos extensas.

Uma primeira tendência, que é a mais difundida, inclui apenas os bens naturais. Isto tem dado lugar a diferenças entre estes e os culturais, sendo os primeiros os que não contam com a intervenção do homem. Com este fundamento tem sido desenvolvido um capítulo referente ao ressarcimento do dano aos recursos naturais (*resource damage*).

Outras noções ampliam o conceito incluindo também os bens culturais, como o patrimônio histórico. Outra versão mais extensa abarca problemas de política social, como a pobreza e a qualidade de vida em geral. Finalmente, outros concluem no conceito de qualidade de vida, compreendido pelo conjunto de coisas e circunstâncias que rodeiam e condicionam a vida do homem. Assinala-se que o objetivo fundamental da norma ambiental é lograr e manter a qualidade de vida.

A Constituição argentina inclina-se pela tese ampla. Em tal sentido, considera objeto de proteção os recursos naturais, os patrimônios natural e cultural (art. 41, segunda parte).

Depois desta breve referência, poderíamos distinguir entre definições materiais, que tomam em conta um catálogo mais ou menos amplo de bens, e outras formais, que aludem diretamente ao princípio organizativo do paradigma ambiental. Um exemplo claro, é a Lei brasileira (6.938/81, art. 3º, I) quando diz que entende por meio ambiente o conjunto de condições, leis,

influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite reger a vida em todas suas formas. Não se menciona diretamente um tipo de bem, mas o sistema organizado que possibilita a vida.

Em termos jurídicos, do nosso ponto de vista, a lesão ao meio ambiente supõe dois aspectos:

O primeiro é que a ação deve ter como consequência a alteração do princípio organizativo; isto é, alterar o conjunto. De tal maneira excluem-se aquelas modificações ao ambiente, que não têm tal efeito substantivo. Este critério serve para delimitar aqueles casos em que a atividade produtiva, transformando o meio ambiente, não resulta lesiva. Desta forma, a ação lesiva comporta uma “desorganização” da lei da natureza.

O segundo aspecto é que essa modificação substancial do princípio organizativo repercute naqueles pressupostos do desenvolvimento da vida. O meio ambiente relaciona-se então com a vida, em sentido amplo, compreendendo os bens naturais e culturais indispensáveis para sua subsistência.

O bem ambiental é suscetível então de uma definição formal e relativa.

No primeiro sentido, porque pode ser apreendido como a alteração do princípio organizativo da natureza. No segundo, porque adquire significação enquanto afeta outro bem jurídico protegido, qual seja a vida em todas suas formas.

O meio ambiente, qualificado como bem público de uso comum, apresenta algumas características:

- indivisibilidade dos benefícios: posto que o bem não é divisível entre aqueles que o utilizam. Isso atrai como consequência a proibição da apropriação privada individual e o caráter difuso da titularidade;

- princípio da não-exclusão de benefícios: já que todos os indivíduos têm direito ao meio ambiente, inclusive as gerações futuras. É de todos e não é de ninguém, preocupando-se por cuidá-lo na crença que outros o farão e se desfrutará igualmente. Esse efeito *free rider* requer incentivos à ação protetora.

#### **4. Responsabilidade coletiva**

Em matéria de responsabilidade civil, fala-se de um “declínio da responsabilidade individual”, para destacar o fato de que o fenômeno imputativo se descola do indivíduo para o grupo. Neste contexto intervém a “teoria dos danos coletivos”, que podem revestir formas ou expressões variadas e especiais como o caso do dano ecológico.

Faz-se, igualmente, referência ao dano causado coletivamente e sofrido por grupos.

Quando se fala de grupos na responsabilidade coletiva, faz-se referência aos grupos de risco ou de autoria anônima. São tais os casos em que os danos a terceiros são causados por um grupo de vizinhos, ou uma equipe de médicos, ou de fabricantes, ou de caçadores, sem que se possa saber quem é o autor. O problema aqui são os grupos que atuam em uma sociedade massificada, e que produzam riscos para terceiros. Estes riscos derivam de um relaxamento da atividade inibitória do sujeito pelo só fato de agir em grupo, ou ainda pelo princípio de confiança que deposita nos demais.

Os grupos podem sofrer danos, como tais, e dar origem a pretensões ressarcitórias.

Na medida em que se reconhecem bens coletivos, há também um dano dessa categoria derivado da lesão desse bem. A titularidade da pretensão ressarcitória não é individual porque o bem afetado não o é; é grupo no caso em que se tenha concedido a um grupo a legitimação para atuar ou, ainda, que se houve difusão.

No plano da legitimação para agir, estamos habituados a que se concedam ações individuais como reconhecimento de um interesse individual, seja um direito subjetivo ou um interesse legítimo ou de fato, não reprovado pela lei.

Podem existir também muitos indivíduos interessados na mesma coisa. Por exemplo, quando um aposentado reclama o reajuste de sua pensão, e o juiz lhe dá a razão, podem existir milhares de pessoas na mesma situação, como tem acontecido na Argentina. Por isso é razoável que se dite um acórdão que sirva para todos os casos semelhantes, conferindo-lhe efeitos *erga omnes* à coisa julgada. Com isso se economiza um gasto inútil de atividade jurisdicional. O interesse é individual, a legitimação é individual, mas há homogeneidade, objetiva entre todos eles, e é suscetível de uma única decisão.

Além disso, pode existir um interesse que não seja de um indivíduo, mas de um grupo como tal. O interesse grupal importa à corporação, não aos indivíduos que a compõem. Por isso o titular é o grupo e pode acionar como tal.

No interesse individual, plurindividual e grupal, há uma relação direta com seu titular. Este vínculo assemelha-se à mesma noção difundida no direito privado patrimonial: desfrute sobre um bem ou uma coisa, calcada sobre o modelo do domínio; há uma relação de imediatismo.

Contrariamente, há outros interesses que importam à sociedade em seu conjunto ou ainda a uma generalidade indeterminada de sujeitos. Estes são os transindividuais gerais, que podem referir-se a toda a comunidade ou a um grupo, com maior ou menor grau de coesão em função do interesse, mais ou menos determinado.

A titularidade é difusa, porque não há um vínculo direto entre uma pessoa a esse tipo de interesse. Não há nada que se assemelhe ao vínculo de domínio, ao seu imediatismo. É característico dos interesses difusos, sua individualidade: se são gerais e não há relação de imediatismo no desfrute, não há possibilidade de dividir seu gozo.

Em virtude disto, designa-se a um representante, o Estado, e se dá a esse interesse geral o caráter de público. O titular é a comunidade, o legítimo é o Estado, o interesse é público.

Em razão das insuficiências do Estado neste campo, legitima-se genericamente aqueles que usam ou gozam deles. Surge assim a titularidade difusa.

É importante esclarecer que esta co-titularidade não surge de um contrato, nem de uma obrigação legal, mas de um contato social, ou, de fato, cuja proximidade é reconhecida pelo legislador como suposto de fato da co-titularidade. Contrariamente, nos interesses coletivos, naqueles em que há um grupo, existe uma relação jurídica, não de fato, que fundamenta a co-titularidade.

Finalmente, por razões de organização, legitimam-se agrupamentos, que se consideram mais eficazes que os indivíduos, para atuar neste meio.

Podemos fazer a seguinte tentativa classificatória:

- a) interesse individual: o interesse é individual, a legitimação também, e é diverso de outros interesses; cada titular inicia uma ação e obtém uma decisão;
- b) interesses plurindividuais homogêneos: o interesse é individual, a legitimação é individual, mas o interesse é homogêneo e suscetível de uma única decisão. Cada titular exerce uma ação individual, e pode obter uma decisão (seria desejável que tivesse efeito *erga omnes*);
- c) interesse transindividual coletivo: o titular do interesse é o grupo, resulta legitimado. Promove uma ação, e seus efeitos obrigam o grupo;
- d) interesse transindividual difuso: que importam à sociedade em seu conjunto ou a uma generalidade indeterminada de sujeitos;
- e) interesse público: legitima-se o Estado para a defesa de um interesse geral.

Os interesses do direito “coletivo” foram conceituados como “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular, grupo, categoria ou classe de pessoas ligada entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (CDC, art. 81, par. un.).

A Lei argentina 24.240 de proteção dos consumidores e usuários confere ação às associações de consumidores, constituídas como pessoas jurídicas, quando os interesses dos mesmos resultem afetados ou ameaçados (art. 52). A Lei 10.000/86 da Província de Santa Fé permite a defesa de “valores da comunidade” e estabelece um recurso que procede “contra qualquer decisão, ato ou omissão de uma autoridade administrativa provincial, municipal ou comunal ou de entidades ou pessoas privadas em exercício de funções públicas, que, violando disposições da ordem administrativa local, lesionarem interesses simples ou difusos dos habitantes da província”. A Constituição argentina faculta ao defensor do povo e às associações que persigam esses

fins, a interpor ação de amparo contra qualquer forma de discriminação, no relativo a direitos que protejam o meio ambiente, a concorrência, o usuário e o consumidor e os direitos de incidência coletiva em geral (art. 43).

A responsabilidade civil atual apresenta duas áreas: a tutela resarcitória e a tutela inibitória. Um caso de tutela inibitória é a Lei da Ação Civil Pública, 7.347/85, art. 11, que afirma que na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária.

## 5. Dano moral

Segundo entendimento generalizado na doutrina, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, de outro. A caracterização do dano moral tem sido deduzida na doutrina sob forma negativa, na sua contraposição ao dano patrimonial; assim, “quando ao dano não correspondem as características de dano patrimonial, estamos em presença de dano moral”.

O dano moral é susceptível de uma definição positiva: lesão aos direitos personalíssimos, o mais amplamente; lesão aos direitos fundamentais, individuais ou coletivos.

A noção restritiva do dano moral começou a ser expandida.

O agravo moral em seu sentido originário no século XIX, é uma sanção diante de um comportamento doloso do autor. De tal maneira surge quando a causa fonte do crédito indenizatório é delitual. Logo, a doutrina começou a interpretar que o dano moral é o gênero, e que o agravo moral é uma de suas espécies.

O dano moral começou a ser aplicado fora dos delitos e dos quase-delitos. A partir da admissibilidade do dano moral nos contratos, abre-se um importante capítulo. Poderíamos assinalar diferentes pontos:

- o ressarcimento do dano derivado do descumprimento da prestação comprometida que é o caso de maior resistência da admissibilidade do ressarcimento;
- o de interesse extrapatrimonial comprometido na prestação de conteúdo patrimonial, que se tem admitido com frequência;
- o dos danos sofridos pela pessoa com motivo, ou com ocasião da celebração ou cumprimento de um contrato. Este suposto é indiscutível.

O requerimento da tipicidade do dano moral para admitir sua reparação, foi se desvalorizando.

O Código Civil alemão em seu art. 253 dispunha que, em se tratando de um prejuízo que não fosse pecuniário, só poderia se exigir a reparação em dinheiro.

*omissis*



## 6. Dano moral coletivo ressarcitório e punitivo

Anos atrás, indicou-se a possibilidade jurídica do dano moral coletivo, assinalando que muitos tocam a categorias de pessoas: usuários de telefones, a comunidade habitacional de um prédio, os consumidores de uma publicidade desleal, que poderiam ver afetados sentimentos grupais.

Um avanço muito importante neste tema foi dado pelo art. 43 da Constituição argentina, ao reconhecer a legitimação para agir das associações com fins de deduzir o amparo quando há lesão de direitos que protegem o ambiente, a concorrência, os direitos de incidência coletiva em geral.

Na Argentina admitimos a possibilidade da reparação do dano moral coletivo.

No Brasil, a Lei 7.347, art. 1.º, diz: “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (...) ao meio ambiente (...)”.

No suposto da lesão dos bens coletivos, e o meio ambiente, o dano moral admite uma função ressarcitória e punitiva.

O criticável na tese punitiva dentro desta matéria foi que pretendia ser excludente com relação a uma finalidade reparatória, e restritiva, ao permitir somente alguns casos específicos de ressarcimento. Consolidada a tese ressarcitória, revaloriza-se progressivamente a possibilidade de utilizar a indenização como pena, recorrendo-se à tese anglo-saxônica do dano punitivo. “Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a pena”.

O que nos interessa pôr em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, para a destruição da razão econômica, que permitiu que o dano se ocasionara. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína este negócio e permite a prevenção.

Na concepção punitiva, não se reclama dinheiro como preço nem como reparação, mas como satisfação exigida do culpado, *a vindicta*, a pena.

O dano moral é uma sanção por algo imoral.

Na Argentina, as *Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, disseram: “*Es prudente establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas la existencia de un dafio resarcible individual o colectivo causado por el sancionado* (‘De lege ferenda’, punto 6)”. No Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, art. 1622. Dafio a intereses de incidencia colectiva. En el caso de dafio a intereses de incidencia colectiva corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador, sin perjuicio de las demás responsabilidades. Si la reposición es total o parcialmente imposible, el responsable debe reparar el **dafio** mediante otros

bienes que satisfagan intereses de incidencia colectiva equivalentes a los afectados. Están legitimados para accionar el damnificado directo, el defensor del pueblo, el Ministerio Público y las asociaciones que propenden a la defensa de esos intereses y están registradas conforme a la ley especial.”

O advento do novel ordenamento constitucional - no que concerne a proteção ao dano moral - possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.

No que pertine a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na: art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6º, VI, do CDC.

Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando lesão ao patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido.

Deveras, os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental.

O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.

Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.

Deveras, o dano moral individual difere do dano moral difuso e *in re ipsa* decorrente do sofrimento e emoção negativas.

Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo.

Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado.

Sob o enfoque infraconstitucional a Lei 8.884/94 introduziu uma alteração na LACP, segundo a qual passou a ficar expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei.

Outrossim, a partir da Constituição de 1988, existem duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, separadamente, ou seja, pode o cidadão responder pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro.

*Ex positis*, dou provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para condenar os recorridos ao pagamento de dano moral, decorrente da ilicitude da conduta dos réus para com o Meio Ambiente, nos termos em que fixado na sentença (fls. 381/382).

É como voto.

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO

### PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2003/0178629-9

REsp 598281 / MG

Número Origem: 228251502

Pauta: 08/06/2004

Julgado: 08/06/2004

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. João Francisco Sobrinho

Secretária

Bela. Maria do Socorro Melo

#### **Autuação**

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Município de Uberlândia

Advogados: Ellen Rosana de Macedo Borges e outros

Recorrido: Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda.

Advogada: Alice Ribeiro de Sousa

Assunto: Ação Civil Pública - Dano ao Meio Ambiente

#### **Certidão**

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro-Relator dando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro *Teori Albino Zavascki*. Aguardam os Srs. Ministros *Denise Arruda*, *José Delgado* e *Francisco Falcão*.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 08 de junho de 2004

*Maria do Socorro Melo*

Secretária

**Recurso Especial nº 598.281 - MG (2003/0178629-9)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Município de Uberlândia

Advogados: Ellen Rosana de Macedo Borges e outros

Recorrido: Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda.

Advogada: Alice Ribeiro de Sousa

**Voto-vista**

Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Dano Moral Coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso Especial improvido.

**O Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki:**

1. Trata-se de recurso especial apresentado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, nos autos de ação civil pública movida pelo ora recorrente em face do Município de Uberlândia e de empresa imobiliária visando à paralisação da implantação de loteamento e à reparação dos danos causados ao meio ambiente, além de indenização em dinheiro a título de danos morais. O TJ/MG, em reexame necessário, determinou a exclusão da indenização por danos morais fixada pela sentença em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada réu, à consideração de que “dano moral é todo sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou a seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade passa ser sujeito passivo do dano moral. O art. 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) apenas determina que nos casos de ocorrência de dano moral ou patrimonial causados nas hipóteses relacionadas a ação rege-se-á pelos dispositivos da LACP, não cabendo a interpretação inversa, com o fim de tornar o dano moral indenizável em todas as hipóteses descritas nos incisos I a V do art. 1º da referida lei. Por certo, quando o dano apurado em ação civil pública for causado a um indivíduo, que comprove ter sido lesado em seus valores pessoais, não há dúvida de que possível será a indenização por danos morais” (fls. 462). Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente, em que afirmava a reparabilidade do dano moral coletivo causado pela lesão ao meio ambiente (fls. 476-478).

No recurso especial, o Ministério Público, amparado na alínea *a* do permissivo constitucional, aponta ofensa aos arts. 1º da Lei 7.347/85 e 14, § 1º, da Lei 6.938/81, sustentando, em síntese, que (a) o art. 1º da Lei 7.347/85 prevê a possibilidade de que a coletividade seja sujeito passivo de dano moral;

(b) sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) difuso e pertencente à coletividade de maneira autônoma e indivisível, sua lesão “atinge concomitantemente a pessoa no seu *status* de indivíduo relativamente à quota-parte de cada um e, de forma mais ampla, toda a coletividade” (fls. 490); (c) no caso concreto, o acórdão reconheceu expressamente a ocorrência do dano ambiental, razão pela qual não poderia negar o pedido de indenização por dano moral coletivo; (d) o STJ, em hipótese relativa à prática de ato de improbidade administrativa, decidiu ser a ação civil pública meio idôneo para a reparação de dano moral ou patrimonial; (e) a quantia a ser paga a título de dano moral tem dupla finalidade: reparar a lesão ao meio ambiente e coibir práticas ilícitas. Pleiteia “seja restabelecida a condenação imposta na sentença e elevado o valor da indenização a título de dano moral coletivo para a importância de R\$ 250.000,00 para cada recorrido” (fls. 496).

O relator, Min. Luiz Fux, deu provimento ao recurso especial, em acórdão cuja ementa abaixo se transcreve:

“Ação Civil Pública. Dano ao Meio Ambiente. Danos Material e Moral. Art. 1º da Lei 7.347/85.

1. O art. 1º da Lei 7347/85 dispõe:

(*omissis*)

2. O meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional.

3. O advento do novel ordenamento constitucional - no que concerne à proteção ao dano moral - possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.

4. No que pertine a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6º, VI, do CDC.

5. Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando atuar ilícito contra o patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido.

6. Deveras, os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental.

7. O dano moral ambiental caracteriza-se quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da

comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.

8. Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.

9. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado.

10. Sob o enfoque infraconstitucional a Lei 8.884/94 introduziu alteração na LACP, segundo a qual passou restou expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei.

11. Outrossim, a partir da Constituição de 1988, há duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, gerando a possibilidade de o cidadão responder pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro.

12. Recurso especial provido para condenar os recorridos ao pagamento de dano moral, decorrente da ilicitude perpetrada contra o meio ambiente, nos termos em que fixado na sentença (fls. 381/382).”

Pedi vista.

2. O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral — como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo.

Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando “a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” (Clayton Reis, *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado” (Yussef Said Cahali, *Dano Moral*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237).

Nesse sentido é a lição de Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: RT, que refuta a assertiva segundo a qual “sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano moral ambiental” (José Rubens Morato Leite, Dano Ambiental: do individual ao extrapatrimonial, 1ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 300, apud Rui Stoco, op. cit., p. 854):

“No que pertine ao tema central do estudo, o primeiro reparo que se impõe é no sentido de que não existe ‘dano moral ao meio ambiente’. Muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas.

A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único.

Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, aqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.

(...)

A Constituição Federal, ao consagrar o direito de reparação por dano moral, não deixou margem à dúvida, mostrando-se esmerada sob o aspecto técnico-jurídico, ao deixar evidente que esse dever de reparar surge quando descumprido o preceito que assegura o direito de resposta nos casos de calúnia, injúria ou difamação ou quando o sujeito viola a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, incisos V e X), todos estes atributos da personalidade.

Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis.

Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo.

(...)

Dúvida, portanto, não pode resumir de que a natureza e o meio ambiente podem ser degradados e danificados.

Esse dano é único e não se confunde com seus efeitos, pois a meta optada é o resguardo e a preservação, ou seja, a reparação com o retorno da natureza ao *statu quo ante*, e não a indenização com uma certa quantia em dinheiro ou a compensação com determinado valor.

Convém lembrar que a Magna Carta busca objetivo maior ao estabelecer que ‘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’ (art. 225).

De modo que, não sendo possível a recomposição imediata do dano causado ao meio ambiente, a condenação ao pagamento de multa e de um valor que seja suficiente para aquela futura restauração não exsurge como objetivo principal, mas apenas meio para alcançar a meta estabelecida pela Constituição da República.

(...)

Do que se conclui mostrar-se impróprio, tanto no plano fático como sob o aspecto lógico-jurídico, falar em dano moral ao ambiente, sendo insustentável a tese de que a degradação do meio ambiente por ação do homem conduza, através da mesma ação judicial, à obrigação de reconstituí-lo, e, ainda, de recompor o dano moral hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas.” (p. 855-857)

3. Ao contrário, portanto, do que afirma o recorrente — segundo o qual o reconhecimento da ocorrência de dano ambiental implicaria necessariamente o reconhecimento do dano moral (fls. 494) —, é perfeitamente viável a tutela do bem jurídico salvaguardado pelo art. 225 da Constituição (meio ambiente ecologicamente equilibrado), tal como realizada nesta ação civil pública, mediante a determinação de providências que assegurem a restauração do ecossistema degradado, sem qualquer referência a um dano moral.

Registre-se, por fim, não haver o autor sequer indicado, na presente ação civil pública, em que consistiria o alegado dano moral (pessoas afetadas, bens jurídico lesados etc.). Na inicial, a única referência ao dano moral consta do pedido, nos seguintes termos: “requer ainda a condenação dos réus ao pagamento de quantia em dinheiro, a título de danos morais, art. 1º da Lei 7.347/85, a ser oportunamente arbitrado por V. Exa., em face da ilicitude da conduta praticada pelos agentes” (fls. 9). Ora, nem toda conduta ilícita importa dano moral, nem, como bem observou o acórdão recorrido, se pode interpretar o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública de modo a “tornar o dano moral indenizável em todas as hipóteses descritas nos incisos I a V do art. 1º da referida lei” (fls. 462).

4. Pelas razões expostas, com a devida vênia do relator, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.



## CERTIDÃO DE JULGAMENTO

### PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2003/0178629-9

REsp 598.281/MG

Número Origem: 228251502

PAUTA: 08/06/2004

Julgado: 16/11/2004

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. João Francisco Sobrinho

Secretária

Bela. Maria do Socorro Melo

#### **Autuação**

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Município de Uberlândia

Advogados: Ellen Rosana de Macedo Borges e outros

Recorrido: Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda.

Advogada: Alice Ribeiro de Sousa

Assunto: Ação Civil Pública - Dano ao Meio Ambiente

#### **Certidão**

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro *Teori Albino Zavascki* negando provimento ao recurso especial, no que divergiu do voto do Sr. Ministro-Relator, pediu vista a Sra. Ministra *Denise Arruda*. Aguardam os Srs. Ministros *José Delgado* e *Francisco Falcão*, ausente, ocasionalmente, nesta assentada.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 16 de novembro de 2004

*Maria do Socorro Melo*

Secretária

Recurso Especial nº 598.281 - MG (2003/0178629-9)

**Voto-vista**

Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Responsabilidade Civil pelos Danos Materiais e Morais. Lei 7.347/85. Desprovemento do Recurso.

1. A lei de regência autoriza responsabilizar quem produza lesão ao meio ambiente, por danos materiais e/ou morais, pois todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF).

2. Ainda que seja possível responsabilizar o causador do dano pelos prejuízos materiais e morais, a responsabilidade pelo dano moral coletivo e difuso (inciso IV do art. 1º da LACP) há de estar fundada não só no sentido moral individual, mas especialmente na aceção de prejuízo à coletividade (em face da pulverização de vítimas ou indeterminação delas), por força da sua indivisibilidade.

3. De qualquer sorte, o prejuízo difuso e coletivo deve estar evidenciado nos autos. Se o prejuízo moral não estiver demonstrado, estando a questão indefinida pelas instâncias ordinárias e ausente a indicação de violação do sentimento coletivo da comunidade local, a conclusão inafastável é de desacolhimento da pretensão externada pelo recorrente.

4. Recurso especial desprovido.

**A Exma. Sra. Ministra Denise Arruda:**

1. Cuida-se de recurso especial ofertado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, objetivando a desconstituição de julgado proferido pelo c. Tribunal de Justiça do mesmo Estado, que entendera inviável a condenação por dano moral coletivo, em matéria ambiental, em virtude de degradação ao meio ambiente provocada por loteamento localizado no Município de Uberlândia.

Ar. sentença proferida em primeiro grau de jurisdição (fls. 374/382) condenou o Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda. em obrigação de fazer "... consistentes em adotar medidas mitigadoras para que o solo não continue sofrendo o processo erosivo que carrega em si também a destruição de matas e de nascentes de água, bem como impossibilitar que os novos moradores do local se utilizem deste de forma a contribuir para a degradação ambiental" (fls. 381), tomando as providências indicadas no laudo de fls. 136, no prazo de sessenta (60) dias para o início dos trabalhos, bem como a apresentação de projetos e plano de trabalho, para serem aprovados e/ou examinados pelo perito oficial; condenou também as partes requeridas, cada uma, ao pagamento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dano moral, "pelo descaso e pela ilicitude da conduta dos réus para com o Meio Ambiente da Comarca de Uberlândia", responsabilizando-as pelo pagamento

de honorários periciais e custas processuais, bem assim por honorários fixados em vinte por cento (20%) sobre o valor dado à causa (fls. 382).

O e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apreciando a sentença em reexame necessário e apelação, houve por bem reformar o julgado em reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários.

O v. acórdão foi assim ementado:

“Ação Civil Pública. Dano ao Meio Ambiente. Reparação.

Procede o pedido formulado em ação civil pública, uma vez comprovado nos autos que houve prejuízo ao meio ambiente, sendo de se responsabilizar os agentes que, por ação ou omissão, tenham lesado o meio ambiente, os quais devem reparar o dano.” (fls. 458)

Os embargos de declaração ofertados pelo autor foram rejeitados (fls. 476). O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu recurso especial, alegando violação do art. 1º da Lei 7.347/85 e art. 14, § 1º, da Lei 6.038/81, em face do entendimento de impossibilidade de condenação em dano moral coletivo em sede de ação civil pública, na qual se discute a reparação de danos ao meio ambiente. Em contra-razões, o Município de Uberlândia se manifesta pela manutenção do acórdão impugnado.

O eminente Ministro-Relator Luiz Fux, apreciando o recurso especial, deu-lhe provimento, fazendo consignar na ementa:

“Ação Civil Pública. Dano ao Meio Ambiente. Danos Material e Moral. Art. 1º da Lei 7.347/85.

1. O art. 1º da Lei 7.347/85 dispõe:

‘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;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V – por infração da ordem econômica.’

2. O meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional.

3. O advento do novel ordenamento constitucional – no que concerne à proteção ao dano moral – possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.

4. No que pertine a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6º, VI, do CDC.

5. Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando atuar ilícito contra o patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido.

6. Deveras, os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental.

7. O dano moral ambiental caracteriza-se quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo – v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, que como v.g., a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.

8. Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.

9. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado.

10. Sob o enfoque infraconstitucional a Lei 8.884/94 introduziu alteração na LACP, segundo a qual restou expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei.

11. Outrossim, a partir da Constituição de 1988, há duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, gerando a possibilidade de o cidadão responder pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro.

12. Recurso especial provido para condenar os recorridos ao pagamento de dano moral, decorrente da ilicitude perpetrada contra o meio ambiente, nos termos em que fixado na sentença (fls. 381/382).”

A seguir, pediu vista dos autos o Ministro Teori Albino Zavascki, que, divergindo do Relator, negou provimento ao recurso especial, assim sintetizando seu entendimento:

“Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Dano Moral Coletivo. Necessária Vinculação do Dano Moral à Noção de Dor, de Sofrimento Psíquico, de Caráter Individual. Incompatibilidade com a Noção de Transindividualidade (Indeterminabilidade do Sujeito Passivo e da Indivisibilidade da Ofensa e da Reparação). Recurso Especial Improvido.”

Em face da divergência, pedi vista dos autos.

2. A divergência que os autos revelam diz respeito à possibilidade de ressarcimento, em face de ocorrência de dano ambiental, não só pelos prejuízos materiais, claramente identificáveis e passíveis de recuperação em sede de obrigação de fazer, mas também de danos morais ou extrapatrimoniais, em face de prejuízos a interesses coletivos e difusos, lesionados pela atuação nociva ao meio ambiente, por ação e omissão dos apontados réus.

Como se vê nos autos, a sentença, sem maior fundamentação nesse tópico, limitou-se a afirmar: “... condeno, também em dano moral, ‘pelo descaso e pela ilicitude da conduta dos réus para com o Meio Ambiente da Comarca de Uberlândia’ que fixo em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para cada um dos réus” (fls. 382). Note-se que tal indicação, ou seja, descaso e ilicitude da conduta dos réus, foi o fundamento da condenação pelos prejuízos materiais.

Entretanto, o c. Tribunal do Estado de Minas Gerais, em acórdão da lavra do Desembargador Antônio Hélio Silva, veio a afastar a condenação em danos morais, asseverando: “A condenação dos apelantes em danos morais é indevida, posto que dano moral é todo o sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou aos seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral. (...) Por certo, quando o dano apurado em ação civil pública for causado a um indivíduo, que comprove ter sido lesado em seus valores pessoais, não há dúvida de que possível será a condenação em danos morais.” (fls. 462).

Se de um lado a r. sentença se omitiu em fundamentar a condenação por dano moral, o v. acórdão do Tribunal *a quo* mencionou a inviabilidade de tal condenação, por não ocorrer, no caso, lesão a direito da personalidade, de caráter individual, afastando a aludida condenação, pela ausência de lesão a valores pessoais da coletividade.

Dá a irresignação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em sede de recurso especial, alegando violação do art. 1º da Lei 7.347/85, e pleiteando o provimento do recurso especial para que, reformado o acórdão, “... seja restabelecida a condenação imposta na sentença e elevado o valor da indenização a título de dano moral coletivo para a importância de R\$ 250.000,00 para cada

recorrido” (fls. 496).

A mesma divergência verificada em primeiro e segundo grau de jurisdição se apresenta no recurso especial, pois o Ministro-Relator Luiz Fux acolhe o recurso para admitir a condenação dos réus em dano moral, enquanto o Ministro Teori Albino Zavascki nega provimento ao recurso.

Examinando os autos, e ainda que admitindo a possibilidade de ocorrência de dano moral em hipótese de verificação de dano ambiental, creio que o caso dos autos, em sua particularidade, não comporta condenação pelo alegado dano moral ambiental. Aliás, a simples dicção do art. 1º da Lei 7.347/85, apontado como violado, não revela a ofensa pretendida pelo recorrente, pois as hipóteses ali elencadas indicam a possibilidade de se responsabilizar por danos morais e patrimoniais qualquer lesão ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, nos termos dos incisos I a IV do preceito legal referido.

É certo que a Constituição Federal, no Título ‘Da Ordem Social’, assegura que 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 (art. 225).

Entretanto, ainda que a doutrina majoritariamente admita a possibilidade de ocorrência de dano moral ambiental, para que haja a responsabilidade patrimonial ou extrapatrimonial, deve esse dano atingir a esfera subjetiva das pessoas, físicas ou jurídicas, de molde a atingir aspectos de sua personalidade ou honra objetiva, indicando um prejuízo moral apto a ser indenizável. Essa concepção tem sido alterada para se admitir o dano moral ambiental, com alcance coletivo e difuso (inciso IV do art. 1º da LACP), decorrente da proteção constitucional (art. 225 da CF).

É o que ensina José Rubens Morato Leite (Dano Ambiental – Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial, 2ª ed., São Paulo: RT, p. 316/317):

“O dano extrapatrimonial coletivo não tem mais como embasamento a dor sofrida pela pessoa física, mas sim valores que afetam negativamente a coletividade, como é o caso da lesão imaterial ambiental. Assim, evidenciou-se, neste trabalho, que a dor, em sua acepção coletiva, é um valor equiparado ao sentido moral individual, posto que ligado a um bem ambiental, indivisível de interesse comum, solidário e ligado a um direito fundamental de toda coletividade. Revele-se que não é qualquer dano que pode ser caracterizado como dano extrapatrimonial, e sim o dano significativo, que ultrapassa o limite de tolerabilidade e que deverá ser examinado, em cada caso concreto.

As dificuldades de avaliação do *quantum debeatur* do dano extrapatrimonial são imensas; contudo, este há de ser indenizado sob pena de falta de eficácia

do sistema normativo. Portanto, compete ao Poder Judiciário importante tarefa de transplantar, para a prática, a satisfação do dano extrapatrimonial ambiental. Abrindo-se espaço para o ressarcimento ao dano extrapatrimonial, amplia-se a possibilidade de imputação ao degradador ambiental.”

Esse entendimento há de ser analisado dentro do que se convencionou chamar de pulverização de vítimas ou indeterminação delas, pelo seu conteúdo coletivo e difuso, mesmo porque no mais das vezes o dano ambiental revela-se irreparável, pela impossibilidade de retorno ao *status quo ante*. Mas, por certo, haverá situações em que o dano extrapatrimonial poderá ser reparado com medidas objetivas de reparação física e indenização em dinheiro pelo dano moral coletivo e difuso.

Na hipótese dos autos, as dificuldades acima indicadas mostram-se claramente, visto que, comprovado o dano ambiental, buscou-se a reparação pela recomposição decorrente da obrigação de fazer. No entanto, no aspecto extrapatrimonial, não se procurou evidenciar a efetiva existência do dano coletivo e difuso, restando a questão indefinida pelas instâncias ordinárias, pois a r. sentença não identificou objetivamente tal tipo de dano (coletivo e difuso), responsabilizando os réus pelo descaso e ilicitude das condutas (o que implicaria dupla condenação, pois tais aspectos autorizaram a condenação por danos materiais), enquanto o c. Tribunal de origem afastou a sua existência, sob o fundamento de ser descabida a interpretação de que todas as hipóteses legais (incisos I a IV do art. 1º da LACP) autorizariam a indenização por danos morais.

Não vislumbro, no exame dos autos, qualquer evidência de violação do sentimento coletivo da comunidade local.

Afastar tais conclusões, *data maxima venia*, implicaria reexame de matéria fática, tópico esse apto a fazer incidir a Súmula 7/STJ.

Por tais razões, pedindo vênias ao eminente Ministro-Relator Luiz Fux, e por outros fundamentos, acompanho a divergência, para negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO****PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2003/0178629-9

REsp 598.281/MG

Número Origem: 228251502

PAUTA: 08/06/2004

Julgado: 17/11/2005

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. Antônio Carlos Fonseca da Silva

Secretária

Bela. Maria do Socorro Melo

**Autuação**

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Município de Uberlândia

Advogados: Ellen Rosana de Macedo Borges e outros

Recorrido: Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda.

Advogada: Alice Ribeiro de Sousa

Assunto: Ação Civil Pública - Dano ao Meio Ambiente

**Certidão**

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra *Denise Arruda*, acompanhando, por outro fundamento, o voto-vista do Sr. Ministro *Teori Albino Zavascki*, no sentido de negar provimento ao recurso especial, no que divergiram do voto do Sr. Ministro-Relator, que dera-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro *José Delgado*. Aguarda o Sr. Ministro *Francisco Falcão*.

Brasília, 17 de novembro de 2005

*Maria do Socorro Melo*

Secretária



Recurso Especial nº 598.281 - MG (2003/0178629-9)

**Voto-vista**

O Sr. Ministro José Delgado: Debate-se, no recurso especial em exame, se há possibilidade de condenação em dano moral coletivo em sede de ação civil pública onde se discute a reparação de danos ao meio ambiente.

O eminente Ministro Luiz Fux, relator, entendeu ser possível condenar o infrator do meio ambiente por dano moral coletivo.

As razões desse posicionamento estão postas na ementa seguinte:

“Ação Civil Pública. Dano ao Meio Ambiente. Danos Material e Moral. Art. 1º da Lei 7.347/85.

1. O art. 1º da Lei 7.347/85 dispõe: “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;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica.”

2. O meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional.

3. O advento do novel ordenamento constitucional - no que concerne à proteção ao dano moral - possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.

4. No que pertine a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6º, VI, do CDC.

5. Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando atuar ilícito contra o patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido.

6. Deveras, os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental.

7. O dano moral ambiental caracterizar-se quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.

8. Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.

9. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado.

10. Sob o enfoque infraconstitucional a Lei n. 8.884/94 introduziu alteração na LACP, segundo a qual passou restou expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei.

11. Outrossim, a partir da Constituição de 1988, há duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, gerando a possibilidade de o cidadão responder pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro.

12. Recurso especial provido para condenar os recorridos ao pagamento de dano moral, decorrente da ilicitude perpetrada contra o meio ambiente, nos termos em que fixado na sentença (fls. 381/382).”

O eminente Ministro Teori Albino Zavascki assume posição oposta, negando provimento ao recurso do Ministério Público.

Na mesma linha de pensar, embora por fundamentos diferentes, posicionou-se a Ministra Denise Arruda, acompanhando o Ministro Teori Zavascki, isto é, pelo não-reconhecimento, na espécie, de dano moral.

Pedi vista dos autos. Apresento o meu voto.

Estou de acordo com as razões desenvolvidas pelo Mininistro Luiz Fux. Além da doutrinação exposta no voto que apresentou, acrescento o pensamento de José Ricardo Alvarez Vienna, em “Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente no Direito Brasileiro” (de acordo com o Código Civil de 2002), tese de mestrado ainda não publicada, com exemplar em meus arquivos.

O referido doutrinador leciona (pp 188/195):

## “5.2 Dano Moral Ambiental

Falar em dano moral ambiental ainda pode deixar muitos surpresos. Afinal, onde estaria o sentimento de dor, angústia, desgosto, aflição espiritual no plano do meio ambiente.

A propósito, a discussão envolvendo dano moral sempre foi objeto de acirrados debates no cenário jurídico. Longo foi o caminho percorrido de sua cogitação até seu efetivo reconhecimento, primeiro pela doutrina e mais tarde pelos Tribunais. Aqueles que negavam sua aceitação sustentavam desde a imoralidade de se compensar a dor com o dinheiro, até a dificuldade em se aquilatar sua real ocorrência. Todavia, a Constituição de 1988, reconheceu taxativamente a existência e pertinência desta modalidade de dano. Em seu artigo 5º, inciso V, o texto Magno fez constar: “é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. No mesmo sentido, o inciso X, do mesmo artigo, com os seguintes dizeres: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, corrigindo anteriores distorções em relação à matéria, assentou: “são cumuláveis as indenizações por dano patrimonial e moral oriundas do mesmo fato.”

Seguindo essa orientação, o mesmo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 227, com a seguinte narrativa: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

O novo Código Civil. Lei n. 10.406/02, ratificando essa postura, em seu artigo 186, não se olvidou em prever, também, essa modalidade de dano. Observe-se a redação de tal dispositivo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” extrai-se do disposto na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com nova redação dada pela Lei nº 8.884, de 11 de julho de 1994<sup>320</sup>, a saber:(*sic*)

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

II – ao meio ambiente;

III – a bens e direito de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Pois bem. Uma vez reconhecido no plano normativo, de forma expressa, a viabilidade dos danos morais ao meio ambiente, como se identificar e se precisar a sua ocorrência diante de uma situação concreta?

Com efeito, a manifestação dos danos morais ambientais vai se evidenciar da mesma maneira que os danos morais individuais, ou seja, com um sentimento de dor, constrangimento, desgosto, infelicidade, angústia etc. A única diferença diz respeito ao titular desses sentimentos. Enquanto no dano moral individual o lesado será o sujeito unitário – individualizado –, no dano moral ambiental esse sentimento negativista perpassará por todos os membros de uma comunidade como decorrência de uma atividade lesiva ao meio ambiente. Tem-se, assim, aquilo que a doutrina vem denominando dano moral coletivo.

O dano moral ambiental, dessa forma, irá se contrapor ao dano ambiental material. Este afeta, por exemplo, a própria paisagem natural, ao passo que aquele se apresentará como um sentimento psicológico negativo junto à comunidade respectiva.

Nessas condições, o dano material ambiental poderá ou não ensejar um dano moral ambiental. Dependerá de como tais eventos irão repercutir na comunidade onde se situa o bem ambiental afetado. Se gerar um sentimento de comoção social negativo, de intranquilidade, de desgosto, haverá também um dano moral ambiental.

Inúmeros são os exemplos de danos morais ambientais. Cite-se, por primeiro, o episódio ocorrido no Município de Araucária, envolvendo a Petrobrás, em 16 de julho de 2000, consistente no vazamento de quatro milhões de litros de petróleo, atingindo os rios Barigüi e Iguaçú, estendendo-se por 40 km por este último rio. Na ocasião houve comprometimento das águas, da flora e fauna ali existentes. Houve impacto emocional e intranquilidade geral junto à comunidade municipal, estadual e nacional. Os efeitos foram sentidos até pela população do Município de União da Vitória, situado a aproximadamente 300 quilômetros do local dos fatos, que corria o risco do comprometimento de abastecimento de água.

Os mais diversos meios de comunicação, tanto no âmbito regional, quanto nacional, noticiavam com frequência o ocorrido, denotando o quadro de gravidade então instalado. Foi nesta perspectiva que o Deputado Federal Rafael Greca, em ofício dirigido ao Procurador de Justiça Saint-Clair Honorato Santos, responsável pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Meio Ambiente, consignou:

“Nossa comunidade está estarecida com as proporções do ocorrido”...  
“O impacto ecológico só não é mais grave do que o impacto social, pelo pânico disseminado entre as populações ribeirinhas, e pelo péssimo exemplo de comportamento ambiental manifestado pela lentidão em serem tomadas as primeiras providências – ao que parece só formalizadas com os expedientes funcionais de segunda-feira”.

Diante desses acontecimentos, não há como recusar a incidência de dano moral ambiental em face do quadro crítico, de pânico e comoção social, junto àquela comunidade após a degradação ambiental.

No plano internacional é pertinente o episódio ocorrido na Baía de Minamata no Japão. No Município de Kumamoto, nas proximidades do Mar de Shiramui, onde se encontra a baía de Minamata, entre os anos de 1932 a 1968, esteve em atividade a empresa Chisso Corporation, que ali atuou no ramo de fertilizantes e, posteriormente, nos ramos petroquímico e de plásticos. Para execução de suas atividades, ao longo do período antes referido, a empresa despejou cerca de vinte sete toneladas de compostos de Mercúrio junto à Baía de Minamata, afetando a fauna ictiológica e, por conseguinte, a população local, cuja alimentação era baseada em peixes.

Sucedeu que ao longo dos anos, e com o processo de envenenamento dos peixes, os efeitos passaram a ser sentidos pela população respectiva em meados de 1950, ao que se denominou de uma “doença estranha”. Constatou-se, então, a degeneração do sistema nervoso central nas pessoas afetadas, cujos sintomas variavam desde movimentos involuntários até o estado de inconsciência. Os animais da região também não ficaram imunes ao quadro drástico. Tanto gatos como pássaros foram vítimas dos efeitos do Mercúrio vindo a morrer em decorrência disso.

Ao final dos levantamentos oficiais e da apuração do nexos de causalidade para com a empresa Chisso Corporation, isso já na década de noventa, reconheceu-se que doze mil, seiscentas e quinze pessoas foram vítimas da doença pela ação do Mercúrio.

Esse quadro caótico vivenciado ao longo de vários anos pela comunidade japonesa antes referida também está, indubitavelmente, a caracterizar um dano moral ambiental.

Cite-se, outrossim, o episódio que afligiu o Município de Londrina. Em maio de 2001, a Prefeitura local, sob o argumento de edificar reparos em uma ponte que separa os Lagos Igapó 1 e Igapó 2, bem como efetivar serviço de manutenção e limpeza nos Lagos, procedeu ao esvaziamento do Lago 2 e redução significativa do nível de água do Lago 1. Na ocasião, noticiou-se que as obras estariam concluídas por ocasião do aniversário da cidade, comemorado em 10 de dezembro. No entanto, venceu-se o prazo anunciado sem que os trabalhos de reparos mal se iniciassem. Aliado a isso, segmentos técnicos da área ambiental questionaram a ausência de um prévio planejamento para execução das obras, bem como a inoperância dos responsáveis em conduzir os trabalhos.

Paralelamente, proliferou-se no Lago esvaziado um péssimo odor, agravado pelo crescimento aleatório da vegetação, bem como acúmulo expressivo de lixo. Revoltada com o cenário, a Associação de Moradores Altos do Igapó (AMAI), traduzindo o sentimento dos londrinenses, externou o repúdio aos fatos, promovendo passeatas e manifestações junto ao Município, chamando atenção das Autoridades com vistas a reverter o quadro desolador.

No caso em questão, os Lagos antes referidos tratavam-se de autênticos “cartões postais” de Londrina, sobretudo pela sua rara beleza cênica, de maneira que a situação antes relatada realça de fato uma agressão ao sentimento de apreço sentido pelo munícipe londrinense, criando-lhe um espírito unívoco e unísono de indignação e desconforto. Em vista disso, não há dúvidas de que o quadro de incerteza, junto aos Lagos Igapó, 1 e 2, patrimônios Culturais e Ecológicos, configuraram típico dano moral ambiental, ante ao comprometimento do cativante e carismático bem ambiental ofendido.

Em apertada síntese, portanto, assevera-se que o dano moral ambiental é perfeitamente admissível em nosso sistema. Além de contemplado, expressamente, pelo ordenamento jurídico, não encerra incompatibilidades empíricas para sua ocorrência ou identificação. Sua aferição é até mais fácil do que no caso do dano moral individual, porquanto evidencia-se com um sentimento público de comoção e perturbação a determinada comunidade como decorrência da degradação ambiental. Além disso, difere-se do dano ambiental comum, o qual afeta o patrimônio ambiental em sua concepção material, enquanto o dano moral corresponde a um sentimento psicológico social adverso suportado por determinado grupo de pessoas.

Por fim, assenta-se que o dano moral ambiental pode concorrer ou não com o dano ambiental comum, o que não obsta o concurso de indenizações, na esteira da Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça.”

Isso posto, com o meu pedido de vênias, acompanho o relator para dar provimento ao recurso.

É como voto.

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO

### PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2003/0178629-9

REsp 598.281/MG

Número Origem: 228251502

PAUTA: 08/06/2004

JULGADO: 06/04/2006

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. Antônio Carlos Fonseca da Silva

Secretária

Bela. Maria do Socorro Melo

### **Autuação**

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Município de Uberlândia

Advogados: Ellen Rosana de Macedo Borges e outros

Recorrido: Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda.

Advogada: Alice Ribeiro de Sousa

Assunto: Ação Civil Pública - Dano ao Meio Ambiente

### **Certidão**

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro *José Delgado* dando provimento ao recurso especial, acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator e divergindo dos votos-vista dos Srs. Ministros *Teori Albino Zavascki* e *Denise Arruda*, que negaram-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro *Francisco Falcão*.

Brasília, 06 de abril de 2006

*Maria do Socorro Melo*

Secretária

Recurso Especial nº 598.281 - MG (2003/0178629-9)

#### **Voto-vista**

O Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão: Para melhor exame da matéria pedi vista dos autos. A questão em tela resume-se na viabilidade, ou não, da condenação por dano moral coletivo, em face de conduta ofensiva ao meio ambiente.

O Ministro-Relator, entendeu ser possível tal condenação.

O Ministro Teori Albino Zavascki e a Nobre Ministra Denise Arruda divergiram ao se posicionarem pela impossibilidade da condenação em comento.

Pedindo vênias ao eminente Ministro-Relator, perfilho-me ao entendimento exarado nos votos divergentes, uma vez que a hipótese dos autos, ou seja, dano ambiental, não comporta, em sua generalidade, a responsabilização por dano moral do agente causador da ofensa ao meio ambiente, porquanto para a condenação em dano moral, faz-se impositiva a comprovação de que o estrago alcançou a órbita subjetiva de terceiros, atingindo *uti singuli* a pessoa, de forma a lhe causar desconforto de caráter individual.

Tais as razões expendidas, NEGOU provimento ao recurso.

É o voto-vista.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO****PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2003/0178629-9

REsp 598.281/MG

Número Origem: 228251502

PAUTA: 08/06/2004

JULGADO: 02/05/2006

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. Célia Regina Souza Delgado

Secretária

Bela.Maria do Socorro Melo

**Autuação**

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Município de Uberlândia

Advogados: Ellen Rosana de Macedo Borges e outros

Recorrido: Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda.

Advogada: Alice Ribeiro de Sousa

Assunto: Ação Civil Pública - Dano ao Meio Ambiente

**Certidão**

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro *Francisco Falcão*, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros-Relator e *José Delgado* (voto-vista), negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro *Teori Albino Zavascki*, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro *Teori Albino Zavascki* (voto-vista) os Srs. Ministros *Denise Arruda* (voto-vista) e *Francisco Falcão* (voto-vista).

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro *Luiz Fux*, Relator.

Brasília, 02 de maio de 2006

*Maria do Socorro Melo*

Secretária



## **Informações em Mandado de Segurança Instituto Ambiental do Paraná**

**Lindsley da Silva Rasca Rodrigues e  
Cecy Thereza Cercal Kreutzer de Góes**

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas da Comarca de Curitiba.

Autos Nº 28.200/2005

Lindsley da Silva Rasca Rodrigues, na qualidade de Diretor Presidente do INSTITUTO AMBIENTAL DO PARANÁ – IAP, autarquia estadual criada pela Lei 10.066/92, com as alterações da Lei Estadual 11.352/96 (cópias anexas), com sede na Rua Engenheiro Rebouças n.º 1.206, nesta Cidade de Curitiba, vem à presença de Vossa Excelência, apresentar INFORMAÇÕES ao Mandado de Segurança interposto por HELM DO BRASIL LTDA., nos termos da Lei Federal 1.533/51, da forma a seguir exposta.

Inconformado com a decisão administrativa que determinou o arquivamento do procedimento relativo ao requerimento de cadastro estadual do produto glifosato 480 HELM, ingressou a impetrante com o presente *mandamus* objetivando, em sede de liminar, o desarquivamento do pedido e aprovação do registro ou o desarquivamento do pedido e prosseguimento do processo de aprovação do registro estadual, e ao final, a confirmação da liminar reconhecendo seu “suposto” direito líquido e certo de obter o registro ou o prosseguimento da sua análise, apreciando a justificativa técnica apresentada.

Apesar das argumentações tecidas pela impetrante, razão não lhe assiste, conforme adiante demonstraremos, posto que o ato de arquivamento não foi inconstitucional nem tampouco ilegal.

### **Das Informações**

Em razão do aumento da introdução do princípio ativo glifosato nos ecossistemas do Estado do Paraná (Informação nº 012/05 – DIRAM/Agrotóxicos – doc. anexo), esta Instituição, através de seu Diretor Presidente, emitiu notificação solicitando às empresas que requereram o cadastramento estadual de produto com formulações à base do princípio ativo nominado, entre elas a ora impetrante, bem como para aquelas que já se encontravam aptas para o

comércio e uso em território estadual, que informassem os dados toxicológicos e ambientais sobre as impurezas presentes no produto técnico, bem como os laudos e estudos comprobatórios. Para atendimento de tal solicitação foi concedido um prazo de 60 dias sob pena de arquivamento do procedimento de cadastramento estadual do produto requerido (doc. anexo).

A solicitação destes estudos, conforme informa a técnica responsável pelo setor de cadastro, tem por objetivo “conhecer o perfil toxicológico e ambiental do glifosato, seus metabolitos e impurezas, para avaliar a necessidade de se determinar o monitoramento e risco ambiental em função do aumento da introdução deste produto nos ecossistemas do Estado do Paraná”.

Conforme ainda informa a técnica, “os dados de comercialização destes produtos, tabulados pela SEAB, informam que são comercializados vinte e oito milhões de litros de glifosato ao ano (28.000.0000,00 litros/ano) e que este produto se encontra há anos em uso no Estado”.

E complementa, “a introdução deste produto nos nossos ecossistemas, além de intensa e contínua, vem ocorrendo por tempo significativo. Desnecessário se faz discorrer sobre as implicações ambientais do uso intenso e contínuo de um produto que por suas características químicas, recebe classificação de potencial de periculosidade ambiental emitida pelo IBAMA, e classificação toxicológica emitida pela ANVISA, e que possui em sua composição impurezas em concentrações inferiores ou superiores a 0,1%, significativas do ponto de vista toxicológico ou ambiental” - destacamos.

Estranhamente e sem razão aparente para assim proceder, a Associação Nacional de Defesa Vegetal (ANDEF), a Associação Brasileira de Defensivos Agrícolas (AENDA) – associação da qual a impetrante é filiada, e o Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para Defesa Agrícola – SINDAG, manifestaram-se, em nome de suas associadas, encaminhado a esta Instituição documento ora anexado, informando que tendo conhecimento da solicitação “da apresentação de laudos e estudos comprobatórios instruídos pelo Decreto Federal no. 4.074/02, disciplinados no anexo IV da Portaria no. 84/96 – IBAMA”, ...“As Associadas atenderão às referidas exigências em conformidade com as orientações prestadas por este Instituto Ambiental através do Ofício no. 010/97 – DIRAM, de 20 de janeiro de 1997, com o envio dos resumos dos laudos, e respectivas referências do(s) laboratório(s) ou entidade(s) executora(s), acrescidos do endereço, fone/fax para contato, número ou identificação do laudo, data de execução e nome do responsável técnico”.

No citado documento mencionam ainda as Associações, que as composições quali-quantitativas fazem parte dos documentos encaminhados no requerimento do cadastro e que suas associadas informarão apenas os limites máximos das impurezas com significado toxicológico presentes no glifosato.

Como bem menciona a técnica responsável pelo setor de Cadastramento de Agrotóxicos do Instituto Ambiental do Paraná – engenheira agrônoma Vânia Zappia, na Informação Técnica prestada e cuja cópia anexamos:

“Tal atitude subverte inteiramente a ordenação legal constitucional, e submete o Estado do Paraná, e sua população, a dados incompletos e não comprovados sobre uma substância que possui características comprovadamente danosas ao ambiente e à saúde pública.”

Diante da manifestação das Associações em nome de suas filiadas, foi o presente procedimento encaminhado à Procuradoria Jurídica para apreciação e orientação quanto ao procedimento a ser adotado, sendo emitido o Parecer Jurídico nº 769/2005 – PROJU (cópia anexa), o qual considerou não atendida a solicitação efetuada através das notificações expedidas dentro do prazo concedido, concluindo pelo arquivamento dos requerimentos, desta decisão informando aos interessados, entre eles a impetrante.

Por questões técnicas e operacionais, conforme esclarece a técnica responsável pelo Setor – doc. anexo, iniciou-se o arquivamento das solicitações de cadastro dos produtos que ainda não possuíam autorização para o comércio e o uso no Estado e que não atenderam a notificação de exigência emitida por este IAP.

Nesta situação foram arquivadas as solicitações de cadastro de 04 marcas comerciais, entre elas o produto comercial de nome Glifosato 480 Helm.

As demais marcas comerciais que se encontram aptas para o comércio e o uso no Estado em data anterior ou posterior à Portaria 057/96-IAP, já foram notificadas e terão os seus cadastros ambientais reavaliados.

Na data de 27 de setembro de 2005, a Helm do Brasil, protocolou sob n.º 8738 367 –9, o ofício AEN-559/2005 de 21 de setembro de 2005, assinado pelo diretor executivo da Associação Brasileira dos Defensivos Agrícolas (AENDA) requerendo, em síntese, o direito igualitário para entrada no mercado paranaense, alegando que se trata de um produto genérico, com garantias federais e em pé de igualdade com os demais produtos aptos para o comércio no Estado e solicita a reflexão deste Instituto, sobre a emissão de um cadastro condicionado até o fim das investigações em andamento, requerendo o desarquivamento do procedimento.

A impossibilidade do desarquivamento devido à não-apresentação dos dados solicitados foi pessoalmente repassado à representante da impetrante – Sra. Vilma Macena.

A impetrante, apesar de não fornecer os dados técnicos e esclarecimentos solicitados e cuja legalidade na exigência adiante se comprovará, ingressou com o presente *mandamus*, buscando a concessão do cadastro pretendido.

## **Da Isonomia de Tratamento**

### **Do Conhecimento dos Dados pela Impetrante**

Conforme acima já mencionado, todas as marcas comerciais formuladas com o glifosato que têm solicitação de cadastro no Estado do Paraná e aquelas que já se encontram aptas para comércio e uso em território estadual, foram notificadas para a entrega dos dados e estudos complementares pelas razões já expostas no tópico anterior.

Portanto, o tratamento está sendo igualitário para todas as empresas produtoras titulares de registro.

Apesar de a impetrante ser titular do registro do produto comercial, detentora dos certificados de registros dos produtos técnicos da Agritec, como relatado no Contrato de Transferência de Registro de Glifosato e outras Avenças (doc 04 juntado pela parte Autora) e constante como fabricante do produto técnico nos certificados de registro dos produtos técnicos e comercial, e, portanto, detentora das informações solicitadas, nega-se a fornecê-las ao órgão registrante.

Como síntese da documentação apresentada pela impetrante temos que quando a empresa Helm adquiriu a titularidade do glifosato técnico da Agritec, adquiriu também os dados sobre a composição quali-quantitativa e sobre o processo produtivo do produto técnico, que são exigidos pela União para o registro de produtos técnicos, acompanhados dos laudos de cada fabricante. Conforme esclarece a informação técnica ora anexada:

O processo produtivo do produto técnico é de fundamental importância, uma vez que é durante a rota de síntese do produto que são gerados os subprodutos e as impurezas que contaminam o produto técnico e conseqüentemente passam a integrar o produto comercial, que é formulado a partir do produto técnico.

A questão da procedência do produto final, que será utilizado na produção de alimentos consumidos pela população, merece a atenção do estado e a clara demonstração pelas empresas fabricantes, de que os níveis dos contaminantes gerados na rota de síntese do produto, são devidamente testados, em todas as fontes que o produzem.

(destacamos)

Cabe aqui transcrever, para maior esclarecimento, algumas das cláusulas do Contrato de Transferência de Registro de Glifosato entre a Agritec e a Helm:

#### **ITEM 3 – OBRIGAÇÕES DA AGRITEC:**

“b- Incluir a Monsanto do Brasil Ltda. como fabricante do Glifosato técnico para a obtenção do produto Glifosato formulado, mencionado no Capítulo 2, de acordo com a autorização da Monsanto emitida em 31 de março de 2003;

d – Fornecer todos os documentos e autorizações necessários para transferir todos os registros acima mencionados, bem como auxiliar a HELM no requerimento da transferência dos registros em nível federal no Brasil, assim como em nível de qualquer Estado brasileiro, no ato do pagamento da parcela (2) do item 4.1.1 deste contrato.

e- Auxiliar a Helm a incluir fontes adicionais para o ingrediente ativo de Glifosate como proposto pela Helm para os registros mencionados. A Helm deverá propor a inclusão de fontes antes de 31 de dezembro de 2003.

f- Entregar as especificações do ingrediente ativo e do produto formulado registrados, definidos no capítulo 2, imediatamente após a assinatura deste contrato.

g -Entregar a Helm o roteiro de síntese do ingrediente ativo glifosato constante do registro do produto, como definido no capítulo 3, imediatamente após a assinatura deste contrato.

h- Entregar a Helm todos os documentos originais que possuir, que tenham sido submetidos às autoridades para obtenção dos Registros e quaisquer extensões do ingrediente ativo de glifosate e do produto formulado de glifosato, como definido no capítulo 2, imediatamente após a assinatura deste contrato. Nos casos em que a Agritec não dispuser de documentos originais, deverá fornecer cópias.”

(os destaques são nossos)

Com as determinações do contrato acima transcritas, resta claro que a empresa Helm possui os dados que eram da Agritec e que suportaram o registro dos produtos técnicos e comercial por ela adquiridos (doc 04 apresentado pela impetrante).

E em relação ao não-fornecimento dos dados do produto técnico por serem detidos pela empresa Monsanto do Brasil, verifica-se que a Helm possui garantido o direito da posse destes dados por cláusula contratual, como se observa a seguir:

Pela cópia do Contrato de Fornecimento e Outras Avenças celebrado entre a Helm do Brasil Ltda. e a Monsanto do Brasil Ltda. (doc. 06 da impetrante), assinado em 11 de outubro de 2004 e juntado pela própria impetrante, temos na cláusula sétima que dispõe sobre a confidencialidade, consta que “as referidas obrigações de não-divulgação e uso restrito não serão aplicáveis às informações que tenham sua divulgação exigida por legislação ou por determinação emanada de autoridade judicial” – item 7.1, V.

Ora, os dados e informações exigidos pelo IAP têm sua divulgação exigida pela legislação vigente, conforme restará perfeitamente demonstrado no próximo tópico. Observe-se que as informações estarão restritas apenas ao conhecimento do órgão registrante.

Conclui-se, portanto, que as informações solicitadas pelo Instituto Ambiental do Paraná estão disponíveis e são objeto de contrato entre as empresas, sendo previsto o seu fornecimento por demanda de legislação, não cabendo a alegação de que pertencem a terceiros os dados solicitados.

Ainda, como a qualidade do produto final está afeta à qualidade e pureza dos produtos técnicos utilizados para a formulação comercial, parece claro, que o Estado do Paraná possui o direito e a obrigação de reavaliar e obter informações claras sobre os cadastros ambientais de produtos comerciais, que são formulados a partir de um produto técnico, cuja manutenção de registro na União está condicionado à apresentação de laudos laboratoriais para a comprovação de que suas impurezas toxicologicamente e ecotoxicologicamente ativas são mantidas em níveis seguros para a saúde da população e preservação dos seus ecossistemas.

Excelência, os dados alegados como confidenciais pelas empresas se referem à presença e quantificação de substâncias, comprovadamente tóxicas, ou seja, venenos, presentes em produtos utilizados na produção de alimentos.

### **Da Constitucionalidade e Legalidade dos Atos Praticados pelo IAP**

Sabe-se que as implicações decorrentes do uso de agrotóxicos são bastante complexas, pois atingem uma área que oscila desde a produção de alimentos e da qualidade destes, até a saúde humana afetada seja pelos próprios agrotóxicos ou pelo consumo de alimentos contaminados<sup>1</sup>, bem como a alteração no meio ambiente, causando a modificação do ecossistema local, que pode ser ocasionada pela sua aplicação e pelos resíduos remanescentes.

Justamente por serem os agrotóxicos um dos mais graves problemas de poluição causada por produtos químicos<sup>2</sup>, constituindo-se em substâncias que comportam risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente – art. 225, § 10, V, da Constituição Federal, determinou o legislador que o seu registro se desse com as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis pelos setores de saúde, do meio ambiente e da agricultura, bem como que as pessoas físicas ou jurídicas que produzam, importem, exportem ou comercializem agrotóxicos, seus componentes e afins fiquem obrigadas a promover os seus registros nos órgãos competentes dos Estados ou Municípios – art. 30, *caput* e 4º da Lei Federal 7.802/89.

Inegável a competência dos Estados da federação para proceder ao cadastro dos produtos agrotóxicos a serem produzidos, comercializados e utilizados nos territórios respectivos, posto que fazem parte das matérias de competência comum e concorrente estabelecidas pelo artigo 23, II, VI, VII e artigo 24, V, VI, VIII e XII, da Constituição Federal.

<sup>1</sup> Paulo de Bessa Antunes, *Direito Ambiental*, Ed. Lumen Juris, 2004, 7ª edição, p. 705

<sup>2</sup> Paulo de Bessa Antunes, obra citada, p. 705

Determinam os artigos 4º e 10 da Lei 7802/90, *verbis*:

“Art. 4º. As pessoas físicas e jurídicas que sejam prestadoras de serviços na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, ou que produzam, importem, exportem ou comercializem, ficam obrigadas a promover os seus registros nos órgãos competentes, do Estado ou do Município, atendidas as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis que atuam nas áreas de saúde, do meio ambiente e da agricultura.”

...

Art. 10. Compete aos Estados e ao Distrito Federal, nos termos dos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, legislar sobre o uso, a produção, o consumo, o comércio e o armazenamento dos agrotóxicos, seus componentes e afins, bem como fiscalizar o uso, o consumo, o comércio, o armazenamento e o transporte interno.”

(os destaques são nossos)

Sobre a competência para os Estados procederem ao registro de agrotóxicos, seus componentes e afins, cabe aqui transcrever os ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado<sup>3</sup>:

“A Lei 7.802/89 exige o registro em órgão federal (art. 3º, *caput*). O decreto regulamentador da lei estabelece ser privativo de órgão federal o registro. É tranqüilo que o instrumento apto a partilhar competências entre a União, Estados e Municípios é a Constituição Federal. Leis e decretos só podem repartir competências repetindo ou seguindo a letra e o espírito dessa Constituição.

O procedimento e o conteúdo do registro, no qual intervém órgãos ligados à agricultura, ao meio ambiente e à saúde, não estão inseridos no rol das competências privativas enumeradas no art. 22 da Constituição Federal e inequivocadamente fazem parte das matérias de competência concorrente do art. 24, V, VI, VIII, XII. Assim sendo, nada impede os Estados de criar um sistema de registro ou cadastro de agrotóxicos e seus componentes, observando as normas gerais existentes na legislação federal. Os Estados poderão exigir mais, e nunca menos, do que a legislação federal, suplementando aquela que existir, ou inovar nas áreas em que a legislação federal for inexistente ou lacunosa.”

(destacamos)

A Constituição do Estado do Paraná em seu artigo 207, § 10, VIII estabelece que compete ao Poder Público, para assegurar a efetividade do direito que todos têm ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, “regulamentar e controlar a produção,

<sup>3</sup> in *Direito Ambiental Brasileiro*, 12ª Edição, 2004, Malheiros Editores, p. 561/562

a comercialização, as técnicas e os métodos de manejo e utilização das substâncias que comportem risco para a vida e para o meio ambiente, em especial agrotóxicos, biocidas, anabolizantes, produtos nocivos em geral e resíduos nucleares” - sem destaques no original.

O Decreto Estadual 2.419/93, sem prejuízo do disposto na Lei Estadual 7.827/83 (que condicionou a distribuição e comercialização de agrotóxicos ao prévio cadastramento) e seu Decreto regulamentador – Dec. 3.876/84, atendendo ao disposto na Lei Federal 7.802/89, distribuiu entre as secretarias responsáveis pelos setores de agricultura, saúde e meio ambiente, as competências referentes ao uso, consumo, comércio, armazenamento e transporte de agrotóxicos.

Pela Portaria 057/96, o Instituto Ambiental do Paraná, no uso das atribuições de sua competência, disciplinou o Cadastro Estadual Ambiental de Agrotóxicos e outros Biocidas, o qual vem sendo processado desde então, sendo que os produtos com recomendações de uso em atividades agropecuárias e os destinados às áreas correlatas à saúde pública, a solicitação de cadastramento processa-se, respectivamente na Secretaria de Estado da Agricultura e da Saúde.

Estabelece o artigo 7º da Portaria 057/96:

“Art. 7º. O IAP poderá solicitar, a qualquer tempo, a reapresentação dos documentos instruídos no formulário de Procedimentos para o Cadastro Ambiental de Agrotóxicos e Outros Biocidas, bem como de estudos e dados complementares previstos em normas pertinentes.”

(sem destaques no original)

Com a finalidade de esclarecer os procedimentos para o cadastramento ambiental, foi encaminhado às Associações das Indústrias e Comercializadoras de Produtos Agrotóxicos e Afins o Ofício nº 010/97 – DIRAM, ora anexado e citado pelas próprias Associações na resposta às solicitações efetuadas ao afirmarem expressamente que “atenderão às exigências em conformidade com as orientações prestadas por este Instituto Ambiental através do Ofício nº. 010/97 – DIRAM, ...” o qual estabelece, *in verbis*:

Esclarecemos que o IAP, pode solicitar a documentação prevista no Anexo I da Portaria 057/96 – IAP, bem como estudos e dados complementares, durante ou após a fase de cadastramento, conforme previsto no artigo 7º da Portaria 057/96.”

(os destaques são nossos)

A título meramente elucidativo, lembramos que compete à lei federal estabelecer normas gerais, podendo a legislação estadual ser mais restritiva com relação às normas por ela estabelecidas, e não mais abrangente.



Neste sentido manifesta-se Paulo Affonso Leme Machado<sup>4</sup>:

“Os estados poderão exigir mais e nunca menos do que a legislação federal, suplementando aquela que existir, ou inovar nas áreas em que a legislação federal for inexistente ou lacunosa.”

Estabelece o Decreto Federal 4.074/02, que regulamenta a Lei 7.802/89 cujos artigos já foram transcritos, no capítulo que trata do registro do produto, mais especificamente em seu artigo 10, que o interessado em obter o registro deve apresentar o seu requerimento conforme Anexo II que faz parte do decreto citado. Ora, a solicitação efetuada por esta Instituição está contida no Anexo II do Decreto 4.074/02 e na Portaria 084/96 do IBAMA em seu Anexo III.

“Art. 10. Para obter o registro ou a reavaliação de registro de produtos técnicos, pré-misturas, agrotóxicos e afins, o interessado deve apresentar, em prazo não superior a cinco dias úteis, a contar da data da primeira protocolização do pedido, a cada um dos órgãos responsáveis pelos setores de agricultura, saúde e meio ambiente, requerimento em duas vias, conforme Anexo II, acompanhado dos respectivos relatórios e de dados e informações exigidos, por aqueles órgãos, em normas complementares.

#### ANEXO II

Se o registro for de produto(s) técnico(s):

##### 12 – Anexos – PRODUTOS TÉCNICOS

12.1 Declaração do registrante sobre a composição qualitativa e quantitativa do produto, indicando os limites máximo e mínimo da variação de cada componente, suas impurezas em concentrações iguais ou superiores a 0,1%, relativo a cada fabricante, acompanhada de laudo laboratorial de cada fabricante, com base na análise de cinco bateladas;

12.2 Declaração do registrante, sobre a identificação e quantificação de subprodutos ou impurezas presentes no produto técnico em concentrações inferiores a 0,1%, quando significativas do ponto de vista toxicológico ou ambiental, acompanhada de laudo laboratorial de cada fabricante, com base na análise de cinco bateladas;

12.3 Identificação de isômeros e suas proporções;

12.4 Descrição da metodologia analítica para determinação qualitativa e quantitativa do ingrediente ativo, dos seus principais produtos de degradação e, quando pertinente, para determinação das impurezas toxicológicas ou ambientalmente significativas presentes;

---

<sup>4</sup> *Direito Ambiental Brasileiro*, obra citada, p. 575.

12.5 Descrição do processo de produção do produto técnico, contemplando suas etapas de síntese, seus subprodutos e impurezas, fornecida pelo(s) fabricante(s).”

Portaria 084/96 do IBAMA

### ANEXO III

#### DADOS E INFORMAÇÕES QUE DEVERÃO COMPOR O RELATÓRIO TÉCNICO III

##### I – Para componentes

Produtos técnicos ...

...

c) esquema do processo produtivo do produto, contemplando suas etapas de síntese, seus subprodutos e impurezas;

d) declaração, com laudo em anexo, da composição quali-quantitativa do produto técnico, relativo a cada um dos fabricantes, incluindo suas impurezas com concentrações iguais ou superiores a 0,1% toxicologicamente significativas presentes, bem como dos limites mínimo e máximo de variação do teor de cada componente do produto;

e) declaração, com laudo em anexo, de identificação e quantificação de subprodutos ou impurezas presentes no produto técnico em concentrações inferiores a 0,1%, quando produto técnico em concentrações inferiores a 0,1%, quando significativas do ponto de vista toxicológico e ambiental. Em havendo mais de um fabricante, apresentar laudos específicos;

f) descrição da(s) metodologia(s) analítica(s) para caracterização quali-quantitativa do ingrediente ativo e, quando pertinente, das impurezas toxicologicamente significativas;

g) testes e informações constantes do Anexo IV.”

Interessante lembrar que segundo o § 6º do artigo 22 do Decreto 4.074/02 as restrições de uso decorrentes de determinações estaduais, independem de manifestação dos órgãos federais envolvidos. Cabe, portanto, a esta Instituição avaliar se os produtos estão aptos para serem produzidos, comercializados e usados no território do Paraná, o que fará mediante a apreciação dos dados solicitados através das notificações emitidas no requerimento de cadastro dos mesmos.

“Art. 22. ...

...

§ 6º. Restrições de uso decorrentes de determinações estaduais e municipais, independem de manifestação dos órgãos federais envolvidos, devendo a eles ser imediatamente comunicadas, pelo titular do registro do agrotóxico, seus componentes e afins.”

Objetivou tanto o legislador constituinte como o infraconstitucional, conforme se pode concluir por toda a legislação citada, permitir que os Estados da Federação estabelecessem critérios mais precisos de segurança para a concessão de cadastro de produtos agrotóxicos além daqueles contidos na norma geral estabelecida pelos órgãos federais.

Note-se que, conforme se depreende da Informação Técnica da engenheira Vânia, “entre as impurezas presentes no produto técnico glifosato estão presentes a nitrosamina e o formaldeído, substâncias reconhecidamente cancerígenas”.

Complementa a técnica: “A colocação de que inexistente potencial lesivo no produto, quando as impurezas ambientalmente e toxicologicamente relevantes estão quantificadas em seus limites máximos pelos órgãos governamentais, pode fornecer alguma tranqüilidade, mas deve ser atentamente fiscalizada e monitorada”.

E ainda: “Neste sentido, vale perguntar, se existe pesquisa e/ou experimentação de campo que tenha reproduzido a introdução contínua e sistemática deste produto nos ecossistemas do Estado do Paraná, respondendo, com segurança, que não existe risco ambiental, ou então, mostrando, por quantos anos os ecossistemas podem receber a introdução sistemática de um mesmo produto, com seus contaminantes e metabólitos.”

Portanto, segundo a própria técnica especialista na área, “A resistência das empresas produtoras de agrotóxicos em fornecer informações sobre o perfil ecotoxicológico e toxicológico dos produtos agrotóxicos não faz sentido, uma vez que os resíduos destes produtos contaminam a água e os alimentos, e são de interesse da coletividade.

Desta feita, totalmente pertinente e legal a notificação feita por esta Instituição para que as empresas produtoras apresentem os dados e estudos solicitados, posto que a ela compete, enquanto órgão estadual integrante do SISNAMA e responsável pelo cadastro dos produtos agrotóxicos e afins a serem produzidos, usados e comercializados, assim proceder, por medida de cautela, de forma a ter segurança em conceder o cadastro permitindo a introdução de substâncias tóxicas (venenos) no nosso Estado do Paraná.

### **Dos Prazos para o Registro**

Dispõe o Decreto 4.074/02 em seu art. 15:

Art. 15. Os órgãos federais competentes deverão realizar a avaliação técnico-científica, para fins de registro ou reavaliação de registro, no prazo de até cento e vinte dias, contados a partir da data do respectivo protocolo.

§ 1º. A contagem do prazo será suspensa caso qualquer dos órgãos avaliadores solicite por escrito e fundamentadamente, documentos ou informações adicionais, reiniciando a partir do atendimento da exigência, acrescidos trinta dias.

§ 2º. A falta de atendimento a pedidos complementares no prazo de trinta dias implicará o arquivamento do processo e indeferimento do pleito pelo órgão encarregado do registro, salvo se apresentada, formalmente, justificativa técnica considerada procedente pelo órgão solicitante, que poderá conceder prazo adicional, seguido, obrigatoriamente, de comunicação aos demais órgãos para as providências cabíveis.

§ 3º. Quando qualquer órgão estabelecer restrição ao pleito do registrante deverá comunicar aos demais órgãos federais envolvidos.

§ 4º. O órgão federal encarregado do registro disporá de até trinta dias, contados da disponibilização dos resultados das avaliações dos órgãos federais envolvidos, para conceder ou indeferir a solicitação do requerente.” (destacamos)

Cabe aqui mais uma vez citar os ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado<sup>5</sup>, *in verbis*:

“Na fase de avaliação técnico-científica os órgãos avaliadores poderão solicitar, por escrito e de forma fundamentada, documentos ou informações adicionais; e, nesse caso, suspende-se a contagem do prazo, reiniciando-se a contagem quando houver o atendimento da determinação administrativa. O requerente do registro tem o prazo de 30 dias para cumprir a determinação, podendo solicitar adiamento. Quando houver a ordem de juntada de documentos adicionais e a juntada dos mesmos, há o acréscimo de 30 dias para o encerramento dessa fase.

O procedimento de registro estará encerrado em 150 dias ou em 210 dias, dependendo de haver ou não diligências complementares.”

(os destaques são nossos)

Observe-se que anterior à suposta “justificativa”, a impetrante, através da Associação a qual é filiada – AENDA – Associação Brasileira de Defensivos Agrícolas, através de documento protocolado sob nº 8.644.231-0, cuja cópia de inteiro teor ora anexamos, SE NEGA a apresentar as informações solicitadas e, com base nesta negativa é que o cadastro foi arquivado.

Observe-se também, que APÓS A COMUNICAÇÃO DO ARQUIVAMENTO ATRAVÉS DE OFÍCIO, é que a impetrante apresentou aquilo que chama de “justificativa”, a qual não foi considerada procedente pelo órgão solicitante, no caso o IAP, posto que não se constituiu em justificativa técnica, mas sim meras explicações para o não-fornecimento das informações solicitadas.

<sup>5</sup> Obra citada p. 575

Portanto, o procedimento relativo ao requerimento do cadastro não foi arquivado, como tenta convencer a impetrante, sem considerar a justificativa técnica, mas sim pela recusa expressa em apresentar as informações solicitadas. Motivada a decisão administrativa do Instituto Ambiental do Paraná.

Desta feita, tem-se que os prazos estabelecidos pela legislação não foram descumpridos, conforme tenta a impetrante fazer parecer, prova deste fato é o procedimento administrativo ora anexado.

Observe-se ainda, que a impetrante foi comunicada pessoalmente através de sua representante – Sra. Vilma Macena, de que a “justificativa” por ela apresentada é considerada pela Instituição como não procedente, não amparando o desarquivamento do procedimento.

Esclarece a técnica responsável pelo setor de cadastro na informação prestada, que “o cadastro ambiental dos produtos agrotóxicos segue ordem de protocolo, e após a análise da solicitação, caso ocorra a notificação de exigência, este produto entra novamente em escala, para apreciação da documentação apresentada em função da notificação de exigência. Resumindo, por motivos operacionais, produto que é notificado retorna ao final da fila”.

Esclarece ainda, que “a notificação de exigência emitida pelo IAP é clara e os estudos solicitados estão detalhados em documentos legais e a não-apresentação destes ao IAP, ocorreu pelo entendimento da indústria de que a notificação de exigência não deveria ser atendida, como bem demonstrado na carta encaminhada pelas associações representativas de classe”.

Além do mais, cabe aqui lembrar que foi concedido a todas as empresas solicitantes, inclusive à impetrante, o prazo de 60 (sessenta) dias para apresentar os dados requeridos.

Muito embora já tenha restado comprovado que esta Instituição está dentro dos prazos preconizados pela legislação, a título de esclarecimentos, no presente tópico, demonstraremos que referidos prazos são impróprios.

Os dispositivos legais invocados pela impetrante correspondem a uma mera recomendação, pois, caso sejam superados, não induzem em nulidade e ineficácia dos atos administrativos, pois estes, no caso presente, têm a finalidade precípua de objetivar a proteção ambiental o qual é delineado através do Princípio da Prevenção. Estamos tratando aqui da defesa de interesses difusos.

Além do que, se os prazos tivessem que ser obrigatoriamente cumpridos, estaríamos deixando de observar o Princípio da Eficiência. Hely Lopes Meirelles, assim se manifesta:

“Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

...

Eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela administração...”

(destacamos)

Por analogia com as normas processuais, considera-se o prazo para emissão do registro como prazo impróprio, a exemplo do prazo de 30 (trinta) dias para conclusão de inquérito policial previsto no Código de Processo Penal, ou os prazos para julgamentos estabelecidos na lei processual civil.

Na esteira deste entendimento, Humberto Theodoro Júnior, in *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 3ª ed., p. 240, nos ensina:

“No sistema legal vigente, há prazos não apenas para as partes, mas também para os juízes e seus auxiliares. O efeito da preclusão, todavia, só atinge as faculdades processuais das partes e intervenientes. Daí a denominação de prazos próprios para os fixados às partes, e de prazos impróprios aos dos órgãos judiciários, já que da inobservância destes não decorre consequência ou efeito processual.”

Desta forma, deve-se observar que os prazos citados pela impetrante são considerados impróprios, porque não há estabelecimento de penalidades pelo seu não-cumprimento.

Além disto, como já acima demonstrado, o cadastro de produtos agrotóxicos deve ser cuidadosamente conduzido e analisado tendo em vista que são substâncias a serem introduzidas no nosso ecossistema que importam risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente – art. 225, § 1º, V, da Constituição Federal.

Importante aqui, tendo em vista ser evidente o caráter público do registro, destinado não só a promover o lucro de quem produz, comercializa e utiliza o agrotóxico, mas sim, prioritariamente, visa defender os interesses sociais e individuais nas áreas de alimentação, saúde e meio ambiente<sup>6</sup>, transcrever, uma vez mais, os comentários do mestre Paulo Affonso<sup>7</sup>:

“O servidor público deve ser fiscalizado para que não seja negligente; mas, de outro lado, deve ser estimulado a trabalhar com zelo e fidelidade às exigências legais. Imensas e complexas são as tarefas dos servidores que irão analisar os pedidos de registro, de extensão de uso, de renovação de registro, de reavaliação dos organoclorados e as manifestações dos organismos internacionais. A lei e o regulamento confiam essas tarefas a uma máquina administrativa, sem estabelecer previamente uma correlação entre o número de procedimentos a serem examinados e o número de servidores existentes ou que devam ser admitidos.

<sup>6</sup> Paulo Affonso Leme Machado, obra citada, p. 494/495.

<sup>7</sup> Obra citada, p.575

A Administração Pública haverá de cuidar da freqüente reciclagem de conhecimentos científicos de seus servidores, para que possam estar à altura dos desafios do exame de cada procedimento de registro. Não servirá ao interesse social o servidor público injustamente remunerado, ignorante e apressado, como também não ajudará a sociedade a pressa injustificada, convertendo o servidor em um manuseador de carimbos, o que tornaria o registro uma mera ficção.

A inobservância dos prazos não concede o direito ao registrante de ver deferida sua pretensão. ...

O SERVIDOR PÚBLICO TEM NÃO SÓ O DIREITO, MAS O DEVER DE SOLICITAR AS INFORMAÇÕES FALTANTES NO PROCEDIMENTO.

O regulamento diz que o órgão público poderá solicitar “fundamentadamente” documentos e informações. Há de se compreender nessa expressão a necessidade de o servidor público não agir por capricho. O órgão avaliador fará o que sempre a Administração Pública deve fazer – motiva ou dizer a razão de suas exigências. Ao registrante incumbe informar adequadamente o órgão público, não cabendo ao servidor público ir buscar a informação.”

(sem destaques no original)

Lembramos aqui, que esta Instituição apenas exigiu as informações e dados já previstos na legislação vigente.

E por fim, complementa o autor ao comentar sobre a decisão da Administração Pública no procedimento de registro e responsabilidade do servidor público, *verbis*:

“A decisão administrativa expressa na manifestação de cada um dos três órgãos da Administração pública federal é vinculada aos critérios legais e regulamentares, não se revestindo de discricionariedade. As instruções oficiais que forem sendo expedidas no interior de cada uma das áreas – agricultura, saúde e meio ambiente – deverão estar estritamente conformes com a Constituição Federal, a Lei 7.802/90 e o regulamento, sendo dever do servidor público levantar dúvida para ser dirimida pelo mais alto escalão hierárquico, quando entender não serem claramente legais as instruções.”<sup>8</sup>

...

“Registrar inadequadamente um agrotóxico ou renovar incorretamente o registro, como estender indevidamente o uso do produto, são comportamentos que vão expor a perigo a integridade humana, animal ou vegetal. Basta a omissão do servidor público no sentido de impedir o registro, a sua renovação ou o deferimento da extensão de uso – quando lhe incumbia fazê-lo – para se configurar o crime<sup>9</sup>.”

(crime previsto no artigo 15, § 2º, da Lei 6.938/81)

<sup>8</sup> obra citada, p. 576

<sup>9</sup> obra citada, p.577

Além do que acima foi exposto, cabe aqui mencionar que caso este Instituto proceda ao cadastro dos produtos agrotóxicos e afins com o princípio ativo glifosato para ser utilizado nos ecossistemas do Estado do Paraná sem que se proceda aos esclarecimentos solicitados, estará também incidindo no crime previsto no artigo 68 da Lei 9.605/98, ou seja, deixar, aquele que tiver o dever legal de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental, tendo como pena a detenção, de um a três anos e multa. Óbvio que a obrigação legal conferida ao funcionário deste Instituto responsável pelo setor de cadastro está sendo cumprida, sendo beneficiados todos os habitantes do Estado do Paraná.

Assim, com o respaldo tanto na legislação federal como na estadual já citadas, evidente resta que este Instituto, enquanto órgão ambiental do Estado do Paraná integrante do SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente, não pode deixar de exigir a prestação de esclarecimentos sobre dados toxicológicos e ambientais das impurezas presentes no produto técnico, bem como também não pode deixar de exigir a apresentação dos laudos e estudos comprobatórios para que possa, com tranqüilidade, proceder ao cadastro estadual de tais produtos.

*Ex vi positus*, demonstrado restou o não-cabimento do presente *mandamus*, posto que comprovadamente a impetrante, inicialmente através de sua Associação, negou-se a fornecer os dados solicitados pelo órgão registrante, razão pela qual seu pedido foi arquivado, bem como que a “justificativa” posteriormente apresentada não prospera, não apenas porque não foi apresentada uma justificativa técnica a ser analisada, mas sim meras explicações do porquê da não-apresentação dos dados, mas também por ter conhecimento e posse de tais dados conforme comprova o acordo comercial juntado pela própria impetrante.

Portanto, inexistente direito líquido e certo da impetrante a ser protegida via *mandamus*, posto que os dados e informações solicitados pelo IAP possuem respaldo na legislação em vigor, não podendo o Estado do Paraná se sujeitar aos caprichos da impetrante em não fornecer dados essenciais que estão presentes em produtos que se pretende inserir nos ecossistemas do nosso Estado e que podem por em risco a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Assim, requer-se de Vossa Excelência seja julgado improcedente o Mandado de Segurança ora interposto, uma vez que não possui a impetrante direito líquido e certo em obter o registro de seu produto sem que proceda a apresentação das informações solicitadas a serem analisadas por este Instituto enquanto órgão registrante, não tendo sido por ele, IAP, cometida nenhuma ilegalidade ou abuso de poder, ao contrário, cumpriu exclusivamente com o seu poder dever enquanto órgão do Estado do Paraná integrante do SISNAMA, zelando pelo patrimônio ambiental do Estado, em obediência estrita aos ditames constitucionais e infraconstitucionais sobre a matéria, sendo o impetrante condenando ao pagamento das custas processuais



Requer-se ainda, que da presente ação seja dado conhecimento ao Ministério Público, em razão não apenas da determinação contida na Lei 1.533/51, mas também pelo interesse público na proteção do meio ambiente.

Por fim, requer a aplicação do dispositivo constante na Lei 10.522/02, sendo o qual “as pessoas jurídicas de direito público são dispensadas de autenticar as cópias reprográficas de quaisquer documentos que apresentem em juízo” – artigo 24.

Por ser de Justiça,  
Espera Deferimento.

Curitiba, 30 de dezembro de 2.005.  
*Lindsley da Silva Rasca Rodrigues*  
Diretor Presidente do IAP  
*Cecy Thereza Cercal Kreutzer de Góes*

OAB/PR 14.458

### **Rol de Documentos**

Informação nº 037/05 Engenheira Agrônoma Vânia Zappia – Setor de Cadastro de Agrotóxicos;

Informação 12/05 Diram;

Notificação de Todas as Marcas Comerciais;

Ofício das Associações se Negando a Fornecer os Dados Solicitados;

Cópia de Inteiro Teor do Procedimento Administrativo nº 8.644.231-0 em que as Associações se Negam em Nome das Empresas a Fornecer as Informações Solicitadas;

Parecer Jurídico 769/05 – Proju;

Notificação de Arquivamento;

Justificativa Pedindo Desarquivamento;

Portaria 057/96;

Decreto Estadual 2.119/93;

Lei Estadual 7.827/83;

Decreto Estadual 3.876/84;

Ofício 010/97 – Diram;

Portaria Ibama 84/96;

Lei Estadual 10.066/92 – Lei de Criação do IAP;

Decreto Estadual 1.502/92.



## **Recurso Especial em Ação Direta de Inconstitucionalidade Estado de São Paulo X Município de Jundiaí/SP**

**Lindamir Monteiro da Silva e  
Guilherme José Purvin de Figueiredo**

Exellentíssimo Senhor Doutor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

ADIN nº 112.402-7-00

Réu: Presidente da Câmara Municipal de Jundiaí

Recorrente: Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo, por seus procuradores, nos autos da Ação Direta de inconstitucionalidade, em que contende com o Presidente da Câmara Municipal de Jundiaí, vem, respeitosamente, com fundamento no artigo 105, III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, interpor o presente Recurso Especial, nos termos das razões anexas.

Requer que, após o trâmite normal do presente recurso, sejam os autos enviados ao Superior Tribunal de Justiça, para apreciação e julgamento, nos termos da Lei, assim com a inclusão dos nomes dos subscritores deste nas futuras publicações.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 23 de novembro de 2005.  
*Guilherme José Purvin de Figueiredo*  
Procurador do Estado – OAB/SP 72.591  
*Lindamir Monteiro da Silva*  
Procuradora do Estado OAB/SP 80.736

Razões de Recurso Especial

Recorrente: Estado de São Paulo

Recorrido: Presidente da Câmara Municipal de Jundiaí

E. Tribunal.

### **I – O Fato e o Direito**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade de lei requerida pelo Prefeito do Município de Jundiaí, tendo por objeto a Lei Complementar n. 390, de 25 de

fevereiro de 2004, daquele Município, projeto este de iniciativa de membro do Legislativo local, que altera o Plano Diretor Municipal para incluir na Macrozona Urbana área delimitada pela Lei Complementar Municipal n. 224/96 e pelo Decreto Estadual n. 43.284/98 como pertencente à Macrozona de Proteção Ambiental e Preservação Ambiental, permitindo sua divisão em pequenos lotes, e autorizando a implantação de Hotéis, Flats, Escolas, Clubes Poliesportivos, Clubes de Lazer, de Golfe, de Tênis, Hípico e Centro de Convenções ou seja, autorizando uso menos restritivo do que o previsto na legislação estadual.

O v. acórdão recorrido, no entanto, reconheceu a perda do objeto da ADIn em epígrafe, eis que o art. 26, inciso II, da Lei Complementar n. 417, de 29 de dezembro de 2004, revogou a Lei Complementar n. 390.

O Estado de São Paulo interpôs embargos declaratórios a fim de ver compatibilizada a decisão proferida com o art. 24 da Lei Complementar posterior nº 417, de 29 de dezembro de 2004 que, expressamente dispôs sobre a validade da lei complementar viciada, validando todos os atos praticados no período de 25 de fevereiro de 2004 a 29 de dezembro de 2004, sendo que os embargos foram rejeitados por 16 votos contra e 5 favoráveis ao seu acolhimento, com declaração dos votos-vencidos.

## II – Do Pré-Questionamento

Os dispositivos de legislação federal invocados neste recurso especial e que o embasam foram expressamente pré-questionados no acórdão recorrido, integrado com o proferido nos embargos declaratórios, seja pelo que se vê de sua EMENTA, seja pelo que consta em seu bojo, nos seguintes termos:

“EMENTA:

Ação direta de inconstitucionalidade de lei. Lei Complementar n. 390, de 25 de fevereiro de 2004. Inclui na Macrozona Urbana e classifica área situada à altura do Km.73 da Rodovia Dom Gabriel Paulino Bueno Couto (SP-300). Superveniente revogação da lei complementar em questão pelo art. 26, inciso II, da Lei Complementar n. 417, de 29 de dezembro de 2004. Perda do interesse de agir. Processo extinto, sem exame do mérito.

Embargos de declaração. Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado. “Os embargos declaratórios, por não terem natureza infringente, não se prestam para que, por meio deles, o inconformismo do embargante obtenha o reexame da fundamentação que pretende juridicamente errônea, do acórdão embargado” (RTJ 147/687). Embargos de declaração rejeitados”.

EM SEU BOJO:

“(…)

Preliminarmente, há que reconhecer que a ação perdeu o objeto, desaparecendo, em conseqüência, o interesse de agir, porque a lei complementar em questão foi revogada pelo art. 26, inciso II, da Lei Complementar n. 417, de 29 de dezembro de 2004 (fls. 182 a 197).

(...)”

Desembargador Laerte Nordi:

“(...) Funda-se, em suma, em que o referido diploma legal tipifica ofensa ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes (fls. 2 a 19).

(...)

Embora não se possa afirmar que o acórdão de fls. 207/209 tenha sido omissivo, obscuro ou contraditório, até porque o ilustre Relator, na citação de fls. 213, demonstrou seu entendimento, penso que havia necessidade de declarar alcançados pela inconstitucionalidade todos os atos praticados no período acima referido.

Pelo exposto, recebo os embargos para o fim acima declarado, qual seja, o de a revogação da lei tida como inconstitucional (nº 390/04) alcançar os projetos já protocolados junto à Prefeitura do Município de Jundiá, desde sua promulgação (período de 25.2.04 a 29.12.04).”

Desembargador Roberto Vallim Bellocchi:

“(...)

Com efeito, ainda que retirada do mundo jurídico a legislação municipal atacada por este remédio constitucional, posto que revogada, expressamente, por lei posterior, impõe-se ao Poder Judiciário, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, privá-la de qualquer eficácia, uma vez reconhecida a alegada afronta aos preceitos constitucionais invocados. Pensamento diverso proporcionará, por simples manobra legislativa, a legitimação de efeitos concretos emanados de norma legal viciada, verificados durante sua restrita e oportuna vigência, preservada até a sua formal revogação. E, por conseqüência, ter-se-ia por frustrado o controle jurisdicional, em manifesto desprestígio ao Poder Judiciário e desrespeito ao jurisdicionado.

(...)

Bem por isso, ainda que de forma prejudicial, não se pode recusar o exame da constitucionalidade da legislação municipal revogada, determinando-se, em função disso, a eficácia ou não dos atos praticados sob seu fundamento.

Nesses moldes, a concordância com o voto do E. Des. Laerte Nordi, ao meu juízo, mostra-se inevitável, tributada a devida licença ao N. Relator.

3. Pelo exposto, recebem-se os embargos, para, declarando o acórdão em referência, julgar ineficaz a legislação reputada inconstitucional (Lei Municipal nº 390/04), desde o início de sua vigência, até sua revogação, alcançando, portanto, os atos administrativos editados sob seu fundamento.”

### III – Do Cabimento do Recurso Especial

Arts. 535 e 458, inciso II, do Código de Processo Civil c/c art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88.

Estabelece o art. 535, do CPC, caberem embargos declaratórios quando a decisão omitir ponto sobre o qual deveria se pronunciar ou nela houver obscuridade ou contradição. Por outro lado, dispõe o art. 458 do mesmo diploma legal, em seu inciso II, que os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito, são requisitos essenciais da sentença.

Mencionados dispositivos legais harmonizam-se plenamente com o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que determina que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

Em sua peça recursal de 23 de maio de 2005 (embargos de declaração), a recorrente ponderou que a Lei posterior Complementar nº 417 não apenas declarou a revogação da norma atacada, mas expressamente, em seu art. 24, validou os atos praticados sob o manto da lei complementar viciada de inconstitucionalidade, o que seria o mesmo que perpetuar a inconstitucionalidade, permanecendo, portanto, o interesse de agir para ver declarada a inconstitucionalidade da lei, com a conseqüente nulidade de todos os atos praticados sob a sua égide.

A interposição dos embargos declaratórios se fez necessária tendo em vista que, anteriormente, não lhe foi dada qualquer oportunidade de se manifestar a respeito da nova lei, sendo que o julgamento antecipado da lide, sem apreciação do mérito, colheu a todos de surpresa.

Desta forma, outra alternativa não restava ao Estado de São Paulo, até para evitar a preclusão, e em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa, senão provocar uma manifestação do E. Tribunal pretendendo sanar a omissão e contradição referente ao disposto no art. 24, da Lei Complementar revogadora, quando determina:

“Art. 24 – Esta Lei Complementar não se aplica aos projetos já protocolados junto à Prefeitura do Município de Jundiá até a data de sua promulgação. A análise dos referidos projetos e de suas eventuais alterações continuará sendo feito de acordo com a legislação vigente no momento do protocolo inicial.” -

com o julgamento antecipado da lide, sem análise do mérito, por carência da ação – falta de interesse para agir.

E, como demonstram os r. votos-vencidos, o Estado de São Paulo seguiu a via certa para ver garantido o direito que não é só seu, mas de toda a coletividade, de ver excluída do mundo jurídico uma norma inconstitucional que agride o meio ambiente.

Tendo sido omissa a v. acórdão ao deixar de apreciar a matéria à luz do dispositivo de lei federal invocado nas razões de apelação, requereu a recorrente fosse sanada a omissão, nos termos do art. 535, inciso II, do CPC. Todavia concluiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo pela rejeição dos embargos de declaração, asseverando não se ressentir o julgado do defeito indicado:

“... há que reconhecer que a ação perdeu o objeto, desaparecendo, em conseqüência, o interesse de agir, porque a lei complementar em questão foi revogada pelo art. 26, inciso II, da Lei Complementar n. 417, de 29 de dezembro de 2004 (...)

.....

Por tais motivos, julga-se extinto o processo, sem exame de mérito.

Como se verifica, estão explicitadas no acórdão embargado as razões de decidir, não se vislumbrando obscuridade, contradição ou omissão que deva ser sanada.

Em realidade, o que pretende o embargante, ao propor nova discussão da matéria, querendo até confrontar lei municipal com normas da Constituição Federal, no âmbito restrito do controle concentrado de constitucionalidade (CF, art. 125, § 2º), é substituir pelo seu entendimento perfilhado no acórdão, o que é inadmissível, porque ‘os embargos declaratórios, por não terem natureza infringente, não se prestam para que, por meio deles, o inconformismo do embargante obtenha o reexame da fundamentação que pretende juridicamente errônea, do acórdão embargado’ (RTJ 147/687)”.

Ora, o recurso de embargos de declaração da recorrente justificava-se plenamente, pois o E. Tribunal “*a quo*” não se manifestou acerca de diversos questionamentos de cunho jurídico e fático, sobretudo acerca dos termos da Lei Complementar n. 417/2004, do Município de Jundiá-SP que, em seu art. 24, ressaltou os efeitos da lei complementar inquinada de inconstitucional, ao determinar que ela não se aplicaria “aos projetos já protocolados junto à Prefeitura do Município de Jundiá até a data de sua promulgação” e dispôs que “A análise dos referidos projetos e de suas eventuais alterações continuará sendo feita de acordo com a legislação vigente no momento do protocolo inicial”.

A violação do disposto no art. 458, inciso III, do CPC, era patente, pois não foram resolvidas pelo juiz as questões que as partes lhe submeteram: os efeitos da lei municipal, manifestamente inconstitucional, foram ressaltados e, com isso, o Poder Legislativo Municipal de Jundiá afastou sua apreciação pelo Poder Judiciário Estadual.

Mesmo após haver interposto embargos de declaração do v. acórdão principal, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo persistiu na recusa em completar a prestação jurisdicional pleiteada, deixando de se pronunciar sobre pontos sobre os quais deveria se manifestar.

O Egrégio Tribunal “*a quo*” recusou-se a enfrentar os argumentos jurídicos oferecidos pela recorrente, não obstante seja certo que a Constituição Federal obriga o Juiz a responder às questões formuladas pelas partes.

A resposta a tais questões, aliás, constitui uma das mais importantes manifestações do exercício do poder jurisdicional.

Não fosse essa a função do juiz, como justificar logicamente que o acesso às instâncias superiores pode ser obstado diante da ausência do preenchimento do requisito do pré-questionamento?!

Cabe transcrever a jurisprudência desse Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

“Viola o art. 535 do CPC o acórdão que rejeita embargos declaratórios em que se pleiteia seja suprida omissão que efetivamente ocorreu” (STJ-3ª Turma. REsp 19.489-0-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.9.92, deram provimento parcial, v.u., DJU 5.10.92, p. 17.098).

“Quando o Tribunal ‘*a quo*’ rejeita os embargos declaratórios, persistindo na omissão percebida em pronunciamentos anteriores, deixando de se pronunciar fundamentadamente sobre questões veiculadas pela parte, como na hipótese, resulta ofensa aos arts. 458, II e 535 do CPC, devendo ser provido o especial que foi interposto com alegância da violação a tais dispositivos, devolvendo-se o processo à Corte de origem, a fim de que seja suprida a omissão apontada” (RSTJ 93.323).

“Se o acórdão omitiu ponto sobre o qual devia pronunciar-se o tribunal, o órgão julgador, quando provocado por embargos de declaração, há de emitir pronunciamento, de modo explícito. Caso em que se reconhece a nulidade, para que outro acórdão seja proferido, com o esclarecimento da omissão” (RSTJ 104/254).

Ante a persistência da omissão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, confirmada pelo acórdão proferido em sede de embargos de declaração, que implica ausência de fundamentação da decisão, nos termos do art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, impõe-se o reconhecimento da nulidade do r. *decisum*.

Ora, outra não foi a hipótese dos autos, já que o v. acórdão deixou de suprir as omissões efetivamente ocorridas e desfazer as contradições existentes, recusando-se a se pronunciar de forma completa sobre as questões suscitadas no recurso.

Com a rejeição dos embargos declaratórios, houve nítida e clara violação dos princípios constitucionais, do devido processo legal e da ampla defesa neste processo.



A rejeição dos embargos declaratórios viola os princípios constitucionais acima especificados porque bloqueia o acesso da recorrente à via excepcional e extraordinária, impedindo o livre exercício de defesa.

Por esse motivo o acórdão deve ser anulado e o processo remetido ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para que se proceda a novo julgamento

– negativa de vigência de lei federal (art. 105, III, “a”, da CF/88).

Apesar da argumentação expendida no acórdão, a decisão comporta reforma, pois malferiu o direito federal, conforme a seguir se demonstrará.

a– violação da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 5º, art. 125, inciso I, do CPC e arts. 267, inciso VI, *contrario sensu*, 269, inciso I e 330, inciso I do CPC.

A ação direta de inconstitucionalidade, expressamente prevista na Constituição Federal e Constituição do Estado de São Paulo (arts. 90 e ss.), reconhece a existência do controle abstrato da constitucionalidade das normas pelo E. STF e E. Tribunal de Justiça, respectivamente.

Esta ação tem a particularidade de não proteger interesse subjetivo mas sim interesse difuso, de toda a coletividade. Ao se retirar, do mundo jurídico, definitivamente, uma norma inconstitucional, está se alcançando interesses de todos, indeterminadamente – dos que estavam e dos que poderiam vir a estar naquela situação. Não há uma relação jurídica entre partes determinadas que submetem sua lide à apreciação do Judiciário.

Dessa forma, o interesse de agir e a legitimidade, nesta ação, devem ser encarados de maneira distinta do processo civil tradicional.

Exatamente neste sentido, é a lição de Nelson Nery Junior, Teoria Geral dos Recursos, 6ª edição, RT, p. 62/63:

“É sabido que no controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, contestados em face da Constituição Federal, não há interesse subjetivo, mas interesse difuso, de toda a coletividade, na higidez da norma federal ou estadual comparada com o texto constitucional federal. O processo não está ao dispor de nenhum sujeito individual, nem da Corte constitucional (STF).

Sendo interesse ou direito difuso, a questão da legitimidade e do interesse tem importância diferente da existente para o processo civil individual ortodoxo. Neste, a legitimidade é um *prius* relativamente ao interesse processual, que é um *posterius*: é porque alguém é, ou se afirma, titular do direito é que tem interesse processual em defender esse direito em juízo.

(...)

.....  
Como já mencionado acima, o processo objetivo não está na disponibilidade da parte nem da Corte Constitucional.”

A indisponibilidade da ação declaratória de inconstitucionalidade vem expressamente prevista no art. 5º da Lei nº 9.868.

Por outro lado, a ação direta de inconstitucionalidade tem natureza declaratória – declarar a existência de compatibilidade entre a norma infra-constitucional e a constitucional – sendo este confronto realizado em abstrato, em tese.

Os efeitos da decisão declaratória operam *ex tunc*. Sendo assim, uma vez declarada a inconstitucionalidade de terminada lei, fulminada está desde o início, invalidando todos os atos praticados sob sua égide.

Apesar de, à primeira vista, com a edição da Lei Complementar 417, de 29 de dezembro de 2004, pensar-se que o bem maior aqui protegido (meio ambiente) estaria resguardado e fortalecido, na realidade, o art. 24 desta mesma lei validou todos os atos praticados no período de 25 de fevereiro de 2004 a 29 de dezembro de 2004 sob o manto da Lei Complementar Municipal n. 390/2004 (que se pretende ver declarada inconstitucional). Ou seja, por meio de manobra legislativa, pretendeu-se afastar do exame do Poder Judiciário a constitucionalidade de uma lei, mas dando plena guarida aos atos praticados ao arripio da Constituição.

Assim, é equivocado se pensar que a simples edição da nova lei, revogando a anterior, ocasione automaticamente a perda do objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Há necessidade de se verificar se foram ou não ressalvados os atos praticados sob a égide da lei cuja constitucionalidade se questiona.

Já poderíamos defender esta posição apenas argumentando com a excepcionalidade do interesse aqui defendido (interesse difuso), indisponibilidade da ação e efeitos “*ex tunc*” da declaração, como acima exposto.

Mas nos reforçamos com o teor do art. 24 da Lei Complementar que, contradizendo toda a nova legislação onde está inserido e perpetuando a ofensa à Constituição Estadual, validou os atos praticados na vigência da Lei que ora se pretende ver declarada de inconstitucional.

Dessa forma, o julgamento antecipado da lide, reconhecendo a perda do objeto da ação, ou a falta de interesse para agir, ofende diretamente, *a contrario sensu*, o art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, e os arts. 269, inciso I c/c 330, inciso I, do Código de Processo Civil já que presentes todos os requisitos da ação, devendo ela ser julgada pelo mérito.

De igual maneira, o julgamento sem conhecimento do mérito, ofende a própria Lei 9.868, uma vez que o seu art. 5º obsta a desistência da ação. Ou seja, se não pode a parte dispor da ação, não havendo esta previsão na legislação especial, evidentemente não será uma nova lei municipal que, ressalvando expressamente os efeitos da lei questionada judicialmente, terá o condão de gerar os efeitos que a Lei 9.868 veda.

A partir do momento em que se pretende ver declarada a inconstitucionalidade de determinada lei, mormente de caráter protetivo do meio ambiente, direito difuso, de titularidade de toda a coletividade e relacionado à sadia qualidade de vida, não pode a parte ou o julgador, pretendendo se sobrepor àquele interesse geral, julgá-lo inexistente diante de uma nova norma.

Indaga a recorrente acerca do agasalhamento pelo Poder Judiciário dos atos praticados sob a égide da legislação atacada.

O interesse processual da recorrente persiste e, considerando que a edilidade jundiaense insiste em contemplar a uns poucos que se beneficiaram dos efeitos de uma lei complementar manifestamente inconstitucional, no período em que esta teve vigência, só se completará a prestação jurisdicional quando houver o julgamento final de procedência ou improcedência.

A ação direta de inconstitucionalidade não admite transação nem desistência. O interesse de agir aqui extrapola o âmbito do processo civil tradicional e deve ser visto de forma muito mais abrangente.

De se ressaltar, ainda, que não foi dada oportunidade ao Estado de São Paulo para se manifestar quando da notícia da Lei nova, ocasionando um flagrante desrespeito ao princípio do contraditório e ampla defesa, assim como ao art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil.

- der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, “c”, da Constituição Federal)

O v. acórdão recorrido está em confronto com o acórdão paradigma, como se demonstra a seguir, analiticamente (RISTJ, art. 225, parágrafo único).

**Confrontação Analítica dos Acórdãos com Teses Jurídicas Antagônicas, sobre o mesmo Suporte Fático.**

Transcrição dos trechos relevantes do acórdão paradigma (REPRESENTAÇÃO 971 - TRIBUNAL PLENO)

“I – A decisão que em ação direta declara a inconstitucionalidade de lei, tem efeito *ex tunc*. Assim sendo, não se julga prejudicada a representação quando a lei inquinada de inconstitucional é revogada no curso da ação. Decisão tomada por maioria de votos.

(...)

Na verdade, consoante se verifica às fls. 31, a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 9, de 1977, implicará dar aos vigentes §§ 3º e 5º do art. 97 da Constituição Estadual redação perfeitamente harmônica com os §§ 2º e 5º da Emenda Constitucional Federal nº 6, de 8-6-76, o que, à primeira vista, tornaria sem objeto a presente representação.

No entanto, entende esta Procuradoria-Geral que não se deve deferir o pedido de sobrestamento, pois a anunciada emenda constitucional, ao contrário do

afirmado nas informações supratranscritas, não tem o condão de tornar sem objeto a presente representação.

Com efeito, a aprovação da prometida emenda constitucional acarretará tão-somente a revogação do texto em vigor inquinado de inconstitucional e, como a revogação produz efeitos apenas “*ex nunc*”, é iniludível que resultarão convalidados os atos praticados durante a vigência dos preceitos a serem revogados.

Isso porém, não ocorrerá se esta representação for julgada procedente, pois, nesse caso, a conseqüência será tornar írritos e nulos os atos praticados sob a égide do texto acoimado de inconstitucional.

Voto do Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) – Antes de tudo devo assinalar que a promulgação da Emenda Constitucional Estadual nº 4, de 7 de junho próximo findo, não tem o poder de tornar sem objeto a representação. É que, se julgada procedente, tornam-se nulos os atos praticados sob o manto dos textos em questão.

Voto do Ministro Soares Muñoz: (...) Penso, no entanto, que a orientação exposta no voto do eminente Ministro Djaci Falcão, na presente Representação, condiz melhor, *data venia*, com a natureza jurídica da sentença que, em ação direta, decreta a inconstitucionalidade de lei.

O Professor Alfredo Buzaid, na monografia que escreveu sob o título “Da Ação Direta”, preleciona:

A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a *ab initio*. Embora executória até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*. O Poder Judiciário não modifica o estado da lei, considerando nulo o que inicialmente era válido. Limita-se a declarar a invalidade da lei, isto é, declara-a natimorta (ob. cit., pág. 132, ed.1958).

O efeito *ex tunc* da decisão declaratória da inconstitucionalidade constitui fator relevante em prol do julgamento da representação, ainda que revogada a lei no curso da ação direta, pois o acórdão, que acolher a arguição de inconstitucionalidade, fulmina a lei desde o seu berço e tem efeito de preceito no que concerne a invalidade dos atos praticados em decorrência das normas impugnadas.”

(Representação n. 1.370 – GO – Tribunal Pleno)

- (...)

- A revogação de lei ou ato normativo objeto da Representação não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, se deles decorreram efeitos. Precedentes do STF.

Voto – Ministro Djaci Falcão: Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com o eminente Relator, inclusive quanto à questão da prejudicial, porque, se adotarmos o entendimento de que a lei que produzir determinados efeitos em certo período de tempo, revogada, afasta a argüição de inconstitucionalidade, poderá isso servir até de estímulo para a prática de certos atos legislativos que tenham vigência durante certo tempo e sejam revogados um ano ou dois depois, quando surja uma argüição de inconstitucionalidade.

Julgo procedente a representação, nos termos do voto do eminente Relator.”

(TRECHOS DISSIDIÁVEIS DO ACÓRDÃO DIVERGENTE, ORA RECORRIDO)

O v. acórdão recorrido está em confronto com o acórdão paradigma, como se demonstra a seguir, analiticamente (RISTJ, art. 225, parágrafo único).

**EMENTA:**

Ação direta de inconstitucionalidade de lei. Lei Complementar n. 390, de 25 de fevereiro de 2004. Inclui na Macrozona Urbana e classifica área situada à altura do Km. 73 da Rodovia Dom Gabriel Paulino Bueno Couto (SP-300). Superveniente revogação da lei complementar em questão pelo art. 26, inciso II, da Lei Complementar n. 417, de 29 de dezembro de 2004. Perda do interesse de agir. Processo extinto, sem exame do mérito.

EM SEU BOJO:

“(…)

Preliminarmente, há que reconhecer que a ação perdeu o objeto, desaparecendo, em consequência, o interesse de agir, porque a lei complementar em questão foi revogada pelo art. 26, inciso II, da Lei Complementar n. 417, de 29 de dezembro de 2004 (fls. 182 a 197).

Nesse sentido, venerando acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária: “ocorrendo a revogação superveniente da norma atacada em ação direta, esta perde o seu objeto, independentemente de a referida norma ter, ou não, produzido efeitos concretos” (RTJ 176/1052).

Por tais motivos, julga-se extinto o processo, sem exame do mérito.”

**DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DAS TESES DIVERGENTES**

1º) O fato da causa decidida pelo acórdão paradigma e pelo acórdão divergente ora recorrido tem absoluta identidade de suporte fático: requerimento de declaração de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional em confronto com a Norma Maior.

Enquanto o acórdão paradigma não reconhece a perda do objeto da ação tendo em vista a edição de nova lei revogadora, o acórdão divergente, reconhece a carência da ação.

2º) Sendo dissidiáveis as hipóteses, tendo em vista o suporte fático semelhante ou assemelhado, como teses jurídicas antagônicas: enquanto a interpretação do acórdão recorrido e divergente não julgou o mérito da ação por entender haver falta de interesse para agir com a revogação da lei que se quer ver inconstitucional, o acórdão paradigma deu ao mesmo fato a correta interpretação e aplicação da lei federal, julgando o mérito.

3º) Positivada a divergência de interpretações, por dois tribunais diferentes da lei federal e sendo o colendo STJ o guardião da legalidade do julgado e da uniformidade da aplicação correta das leis federais no território nacional, o presente recurso especial está habilitado a ser conhecido e provido, também pela letra “c” do permissivo constitucional.

#### **IV – Do Preenchimento das Condições Processuais para Ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade**

As regras constantes na Lei Complementar municipal são inconstitucionais porque feriram o princípio constitucional federativo de independência e harmonia dos poderes, assegurado pelo art. 5º da Constituição Estadual, copiado do art. 2º da Constituição Federal, ocorrendo um vício formal subjetivo verificado na fase de iniciativa da lei, pois a autonomia municipal não pode inovar ou fugir ao cumprimento das regras Estaduais e legislar ao arrepio do interesse público e em desfavor do meio ambiente, assim como não se pode alterar o Plano Diretor, de competência exclusiva do prefeito, sem a devida participação popular.

Feriu-se, também, o princípio da indelegabilidade das atribuições, copiado nos artigos 5º, § 1º e 19, “*caput*”, da Constituição Estadual, os quais ressaltam as competências da Assembléia Legislativa, sempre com a sanção do Governador, para dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, como é o caso do art. 193 da Constituição Estadual, corroborado pelo artigo 47, inciso XI, da Constituição Estadual.

Inafastável, portanto, a necessidade de devolução dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para que aprecie integralmente os termos da petição inicial, ajuizada pela Municipalidade de Jundiá, eis que, não obstante a revogação da Lei Complementar Municipal 390/2004 pela Lei Complementar Municipal n. 417/2004, a primeira gerou efeitos jurídicos concretos e manifestamente contrários às disposições constitucionais estadual e federal.

## **V – Requerimentos**

Diante do acima exposto, o Estado de São Paulo requer seja o presente recurso conhecido e provido para o fim de serem admitidos os seus embargos declaratórios e julgada procedente a presente ação declaratória de inconstitucionalidade, por ser medida de JUSTIÇA.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 23 de novembro de 2005.

***Guilherme José Purvin de Figueiredo***  
Procurador do Estado – OAB/SP 72.591

***Lindamir Monteiro da Silva***

Procuradora do Estado

OAB/SP 80.736

Este livro foi impresso  
no ano de dois mil e seis  
na cidade do Rio de Janeiro.