

e-ISBN: 978-65-87719-35-1

*Gilberto Passos de Freitas
Nelson Flávio Brito Bandeira
Wallace Paiva Martins Junior*

organizadores

TUTELA JUDICIAL DO MEIO AMBIENTE

1



UNIVERSIDADE
**CATÓLICA
DE SANTOS**

| | |
|-----------------------------------|--|
| Chanceler | Dom Tarcísio Scaramussa, SDB |
| Reitor | Prof. Me. Marcos Medina Leite |
| Pró-Reitora Administrativa | Prof ^á . Dra. Mariângela Mendes Lomba Pinho |
| Pró-Reitora de Graduação | Prof ^á . Dra. Rosângela Ballego Campanhã |
| Pró-Reitor de Pastoral | Prof. Me. Pe. Cláudio Scherer da Silva |



Conselho Editorial (2023)

Prof^á. Dra. Mariângela Mendes Lomba Pinho (Presidente)

Prof. Dr. Fernando Rei

Prof. Dr. Gilberto Passos de Freitas

Prof. Dr. Luiz Carlos Moreira

Prof^á Dra Maria Amélia do Rosário Santoro Franco

Prof. Dr. Paulo Ângelo Lorandi

Editora Universitária Leopoldianum
Av. Conselheiro Nébias, 300 - Vila Mathias
11015-002 - Santos - SP - Tel.: (13) 3205.5555
www.unisantos.br/edul

Atendimento
leopoldianum@unisantos.br

Gilberto Passos de Freitas
Nelson Flávio Brito Bandeira
Wallace Paiva Martins Junior
(Organizadores)

TUTELA JUDICIAL DO MEIO AMBIENTE



Editora Universitária
Leopoldinum
Universidade Católica de Santos

Santos
2023

[Dados Internacionais de Catalogação]
Departamento de Bibliotecas da Universidade Católica de Santos
Viviane Santos da Silva - CRB 8/6746

Tutela judicial do meio ambiente 1 / Gilberto Passos
de Freitas, Nelson Flávio Brito Bandeira e Wallace
Paiva Martins Junior (Organizadores). -- Santos (SP)
: Editora Universitária Leopoldianum, 2023.
100 p.

ISBN: 978-65-87719-35-1

1. Direito ambiental. 2. Livros eletrônicos. 3. Meio
ambiente. 4. Tutela judicial. I. Freitas, Gilberto Passos
de - 1938. II. Bandeira, Nelson Flávio Brito. III. Martins
Júnior, Wallace Paiva. IV. Título.

CDU: e-book

Revisão
Organizadores

Planejamento Gráfico / Diagramação / Capa
Elcio Prado

Sobre o e-Book
Formato: 160 x 230 mm • Mancha: 130 x 190 mm
Tipologia: Minion Pro (textos/títulos)

Este e-Book foi produzido em novembro de 2023.



Colabore com a produção científica e cultural.
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização do editor.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....07

A RELATIVIDADE DA PROVA E A INCONSISTÊNCIA DOS PEDIDOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL: APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO E AS POSSIBILIDADES DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS MAIS ÁGEIS.....09

Marina Custódio Maciel da Silva e Renata Sanchez Guidugli Gusmão

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL: COMPETÊNCIA, LEGITIMAÇÃO E TUTELA PREVENTIVA (LEI Nº 7.347/85).....33

Maria Isabel Leite Silva de Lima

O AMICUS CURIAE NAS AÇÕES POPULARES AMBIENTAIS E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS.....49

Waldir Viana Ribeiro Junior

A PROVA PROCESSUAL EM CASO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AMBIENTAL.....63

Noemi Lemos França e Nelson Flávio Brito Bandeira

ANÁLISE CRÍTICA DA PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXPEDIÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À LUZ DO CASO DO FRETE DE TRANSPORTE DE VEÍCULOS NOVOS NO BRASIL.....75

Camila Marques Gilberto e Flávia de Oliveira Santos do Nascimento

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS: CONCEITO E MICROSSISTEMA DE TUTELA (LEI 7.347/85 E ART. 81, LEI 8.078/90).....89

Pedro Henrique Incerpi Paiva Martins

PREFÁCIO

Entre os diretos que mais suscitam conflitos na atualidade se encontram os destinados à proteção do meio ambiente e da qualidade de vida. Estudar a complexidade dessas controvérsias que, em geral, consubstanciam colisões potenciais ou concretas entre os recursos ambientais e outros direitos ou interesses, como as atividades econômicas e sociais de amplo espectro e da mais variada gama, é tarefa que se impõe a todos, e, em especial, ao jurista.

Certo é que a Constituição brasileira de 1988 oferece métricas para composição desses conflitos, com princípios e regras constantes tanto de seu art. 225 – matriz do Direito Ambiental – quanto de outras de suas disposições, e que se movem pela concepção de equilíbrio traduzido no desenvolvimento sustentável.

Os litígios de Direito Ambiental colocam em cena a necessidade de exploração de vigas mestras, como o acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, a efetividade das decisões judiciais, o nível de resolutividade das demandas envolvendo interesses difusos e coletivos, entre outros tópicos. Questões como legitimidade, competência, instrução probatória, provimentos judiciais e seus efeitos, são discutidas à vista das funcionalidades dos institutos processuais civis de defesa do meio ambiente.

Cada demanda é muito mais que um simples processo; nele são subjacentes conflitos humanos envolvendo o bem-estar geral ou individual e as necessidades de pessoas, empresas, organizações e do Estado. Para além da observância do *adjective due process of law*, diferenciado por sua própria natureza na perspectiva da estrutura dos direitos transindividuais, é preciso dispensar no exame dos processos civis ambientais um *sguardo* atento e sensível a respeito da gravidade e da fundamentalidade dos interesses em confronto para que, de fato, as soluções alcançadas façam prevalecer a ideia-chave do desenvolvimento sustentável. Essa preocupação é inexorável, pois, as conquistas civilizatórias que as normas jurídico-ambientais materiais fornecem devem ser operacionalizadas a partir de um processo civil eficiente.

O ordenamento jurídico nacional oferece à disposição desse debate institutos processuais como a ação civil pública e a ação popular, e há espaços para o exame de instrumentos como o inquérito civil, a recomendação e o compromisso de ajustamento de conduta, não sendo ocioso assinalar, no ponto, a considerável relevância que ostentam, no atual estágio do Direito Processual, as modernas técnicas de solução consensual de conflitos de interesse. Há, ainda, espaços outros para exame mais dilatado da tutela do meio ambiente como o controle de constitucionalidade e as ações ambientais individuais.

Estas são as premissas da disciplina “Tutela judicial do meio ambiente”, ministrada pelos Professores Doutores Gilberto Passos de Freitas e Wallace Paiva Martins Junior nos cursos de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Católica de San-

tos. Os escritos ora apresentados contêm a visão dos alunos que a cursaram sobre essa ampla temática, disponibilizando a visão crítica e científica sobre os rumos do Direito Ambiental Processual brasileiro, para que sirvam de referência a estudantes, pesquisadores e profissionais do Direito.

Gilberto Passos de Freitas

Wallace Paiva Martins Junior

A RELATIVIDADE DA PROVA E A INCONSISTÊNCIA DOS PEDIDOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL: APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO E AS POSSIBILIDADES DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS MAIS ÁGEIS

*Marina Custódio Maciel da Silva¹
Renata Sanchez Guidugli Gusmão²*

Resumo: A ação civil pública ambiental é reconhecida como uma forma eficaz de proteção do meio ambiente e de diversos outros direitos difusos e coletivos. Sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público. A Lei 7.347/85 usou a expressão ação civil pública para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, propostas por diversos colegitimados ativos, entre os quais até mesmo associações privadas, além do Ministério Público e outros órgãos públicos. Quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) preferiu a denominação ação coletiva, da qual as associações civis, o Ministério Público e outros órgãos públicos são colegitimados. No aspecto processual, no que pertine às questões ambientais, a ação civil pública se depara com aspectos peculiares quanto aos meios de provas, o pedido, sentença e aos efeitos da coisa julgada, e que trazem de certa forma algumas dificuldades ao julgador para garantia de sua eficácia. Não se descuida de que houve grande evolução doutrinária e jurisprudencial no aparelhamento da ação civil pública ambiental, em especial quanto à introdução das possibilidades dos danos morais ambientais, danos intercorrentes e no sistema de proteção global dos danos ambientais, que serão analisados ao longo deste artigo. Todavia, a evolução é constante, e devemos nos ater às responsabilidades ambientais acima de tudo, e na transformação do relacionamento dos indivíduos com o meio ambiente que os acolhe. Dessa forma, e pensar-se em formas alternativas de solução das questões ambientais, como a mediação e a Justiça Restaurativa, podem trazer grandes vantagens para a rápida e eficiente solução dos conflitos.

¹ Advogada atuante no Estado de São Paulo, Bacharel, Mestranda em Direito e membro do Grupo de Pesquisa de Regimes e Tutelas Constitucionais no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos, Pós-Graduanda em Direito Público pela Faculdade Legale.

² Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura, no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos e Pós-Graduanda em Justiça Restaurativa pela Universidade Santa Cecília.

Palavras-chave: ação civil pública ambiental; evolução; responsabilidades ambientais; formas alternativas de resolução de conflitos.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz a perspectiva processual da ação civil pública como forma de proteção do meio ambiente, fazendo alusão aos seus institutos e fomentando discussões sobre a efetividade dos institutos na finalidade de combate à degradação ambiental. Para isso, utilizou-se metodologia de pesquisa qualitativa (realizada por meio de uma crítica dialética-constructiva do material encontrado sobre o assunto), baseada em doutrinas, artigos científicos e sítios eletrônicos, além da análise de pesquisas e experimentos concernentes ao assunto e, principalmente, decisões dos tribunais brasileiros para a análise da medida judicial que é a Ação Civil Pública.

O texto está dividido, além da introdução, em aspectos introdutórios da Ação Civil Pública Ambiental para que se fundamente as razões pelas quais se analisa possíveis falhas na propositura desenfreada de Ações Cíveis Públicas Ambientais, como a questão da inversão do ônus da prova e o ônus sucumbencial na ação civil pública, assim como seus possíveis impactos, tais quais o dano moral ambiental e o dano intercorrente, na perspectiva da aplicação da súmula 629 do Superior Tribunal de Justiça.

Avançando, discute-se o consequencialismo e seus impactos sobre a ação civil pública, anotando-se a elevada importância de atos e decisões que possuam a característica prática de respeitar a situação de proteção ao meio ambiente e garanti-la de forma efetiva. Ao final, o texto aborda conceitos da Justiça Restaurativa, e as possibilidades de aplicação às questões ambientais, como melhor forma de resolução dos conflitos a fim de que se evite a judicialização excessiva e a solução mais ágil e prática que a Justiça Restaurativa é capaz de proporcionar nesses casos.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: FUNDAMENTOS, PROVAS, PEDIDOS E SENTENÇA

Para que se compreenda o âmago da criação da Ação Civil Pública, assaz necessária na conjuntura de tutelas brasileira, comprou anotar a lição da professora Ada Pellegrini Grinover (1984) acerca dos interesses difusos: os interesses difusos, parte do grupo de interesses metaindividuais não tem por fundamento algo concreto e definido, mas sim pessoas e fatores genéricos, consistem em interesses esparsos e inerentes à tutela da necessidade, essa também coletiva. Da lição da professora, extraem-se dois pontos marcantes acerca de tais interesses: a) a titularidade coletiva, relacionada a diversos e indeterminados sujeitos; b) o objeto, também de índole coletiva, insuscetível de qualquer divisão porquanto pertencente a um grupo, cabendo, nesse caso, uma satisfação coletiva quando da proteção desses interesses.

Não fosse o bastante, deve-se atentar à potencial e abrangente conflituosidade no que diz respeito a esses interesses, razão pela qual estes merecem guarida especial no ordenamento brasileiro. Nessa esteira, a fim de se proteger interesses difusos e coletivos de forma uníssona, têm-se a Ação Civil Pública. O meio ambiente, nesse contexto inserido, consiste em interesse difuso digno de toda proteção, a fim de que a máxima do desenvolvimento sustentável contida na Constituição Federal seja efetivada. Diante disso, a Ação Civil Pública Ambiental vem a reafirmar isso. Akaoui (2015, p. 49) afirma:

Na medida em que o bem ambiental tem natureza difusa, o que implica dizer que sua titularidade está concentrada nas mãos de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, par. ún., I, CDC), sua proteção não se coaduna com o processo civil brasileiro tradicional, criado para suportar lides individuais ou de, no máximo, um restrito número de pessoas.

A lição do professor revela que o tradicional processo civil não comporta a proteção adequada aos direitos e interesses aqui mencionados, razão pela qual a criação da Ação Civil Pública, com o advento da Lei nº. 7.347/1985 se revelou adequada. Devidamente estabelecida a razão e os fundamentos pela qual o competente estudo da proteção ambiental sob a égide da Ação Civil Pública é importante, passa-se então à análise das provas nela produzidas, pedidos e sentença.

Nos moldes do inciso III do artigo 129 da Constituição Federal, tem-se que a Ação Civil Pública é a ação constitucional competente para a instauração de processo civil que objetive a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, complementando, o artigo 1º da Lei nº. 7.347/1985 acresce a esse rol o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, infração da ordem econômica, a ordem urbanística, a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, o patrimônio público e social.

Tem-se ainda a sua natureza jurídica de ação de conhecimento de natureza condenatória, uma vez que o artigo 3º da norma elenca que a Ação Civil Pública tem por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer quando da ocorrência de lesão ou ameaça de lesão aos direitos acima discriminados. Principalmente em relação ao meio ambiente, deve-se ter em mente que o fazer cessar de atos lesivos se reveste de suma importância, razão pela qual se privilegia este tipo de pedido – seja por cognição sumária seja por cognição exauriente. A ação pode, ainda, assumir caráter repressivo, quando o ato lesivo já fora praticado, ou preventivo, nos casos em que houver ameaça, para o fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Dada a importância do objeto que se visa proteger através da ação e do trâmite especial que esta detém, é de se reconhecer a necessidade de provas robustas

para que se fundamente a Ação Civil Pública, razão pela qual se atravessa a análise de alguns casos.

A Ação Civil Pública usualmente é proposta após a instauração de um inquérito civil pelo Ministério Público, em que o representante do *Parquet* opta ou não pela sua propositura quando não vislumbrar possível uma alternativa senão a propositura para a solução do problema. Em função disso, muitas das provas produzidas no inquérito civil passam a ser utilizadas na ação, gerando o questionamento, em juízo, de sua valoração:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO. 1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de 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 inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova.** 4. Recurso especial provido. [...] para serem afastadas as provas unilateralmente produzidas pelo *parquet*, em inquérito civil público, é preciso que sejam contrastadas com contraprova que, se colhida sob as garantias do contraditório, passam a ocupar posição de hierarquia superior. [...] A prova produzida no inquérito não precisa ser repetida em juízo, senão quando impugnada pela outra parte e entender o julgador que tem pertinência a impugnação [...] (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 849.841 - MG, 2006/0100308-9, Min. Relatora: Eliana Calmon) (grifou-se).

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a valoração da prova no inquérito civil em sede de Recurso Especial, estabelece como relativa a prova produzida no inquérito civil justamente em função de seu caráter inquisitorial, haja vista que ao particular não é facultada a possibilidade de produzir provas no inquérito, e, dada a exclusividade da produção probatória no inquérito, coloca, ainda, a hierarquia superior da prova produzida com respeito ao contraditório e à ampla defesa, essenciais para um processo civil adequado e que garanta a proteção aos interesses difusos e coletivos em completa consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Cumprе reconhecer a plausibilidade do entendimento exarado pela Corte, dado que este visa evitar a propagação de Ações Civis Públicas infundadas sob o argumento do mero dissabor e suposta lesão. Ainda, deve-se atentar ao fato de que ao Ministério Público cabe (ou deveria caber) o ônus de que seus pedidos sejam consistentes e

adequados às bases probatórias que este utiliza, sempre privilegiando a razoabilidade e a proporcionalidade, respeitando o seu dever institucional principal: a defesa da sociedade.

Seguindo a lógica probatória da ação civil pública, ainda há que se mencionar a inversão do ônus da prova que, nas ações ambientais, tem por ponto fulcral o princípio da precaução, uma vez que ao potencial poluidor é incumbido o ônus de demonstrar a segurança de seu empreendimento, como assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia. 2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes. 3. **Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento**, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, **conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução**. 4. Recurso especial parcialmente provido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 972.902 - RS, 2007/0175882-0, Min. Relatora: Eliana Calmon) (grifou-se).

Nesse sentido, acerta a Corte ao aplicar a norma trazendo agilidade à ação: ao particular e potencial poluidor, que, geralmente, é detentor de maiores facilidades para a obtenção de provas e laudos e independe da morosidade e falta de recursos atinentes ao poder público. Com a produção de uma prova robusta, garante-se que a análise dos pedidos na Ação seja coerente e evita não apenas pedidos proporcionais, mas também sentença desproporcional, ante o que sentenças que reconhecem o dano detenham maior validade pela prova que as fundamenta. Diante dos pontos iniciais aqui estabelecidos, passa-se então à análise dos impactos que a sentença na Ação Civil Pública Ambiental pode ocasionar e possíveis meios para evitá-los.

3. O DANO MORAL AMBIENTAL E O DANO INTERCORRENTE: QUESTÃO DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 629 DO STJ

O dano moral coletivo, também chamado dano extrapatrimonial coletivo vem ganhando enorme destaque e atualmente sua ocorrência ou não e sua quantificação tornaram-se discussão corriqueira nas milhares de ações coletivas que tramitam pelo Brasil (LIMA *apud* MILARÉ, 2021). Relata João Emmanuel Cordeiro Lima (2021) que a responsabilidade civil é uma das disciplinas mais fundamentais e dinâmicas do direito, e está associada ao dever geral de não lesar ninguém, e sofreu grandes mudanças desde o seu surgimento.

O dano é mola motriz da responsabilidade (LIMA, 2021) e citando José Aguiar Dias, afirma que a finalidade da responsabilidade civil é justamente restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano. Conclui-se que não há responsabilidade civil sem dano, seja ele patrimonial ou moral. Quando o que está em jogo é a proteção ao meio ambiente, o dano é muitas vezes irreparável, ganhando especial relevância os princípios da prevenção e precaução (LIMA, 2021).

Nos termos trazidos por Lima (2021), considera como dano, para fins de responsabilização civil, a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, podendo englobar tanto lesões a bens jurídicos individuais como coletivos, de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. É certo que a lesão ao meio ambiente representa *diretamente* ofensa ao direito fundamental difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme previsto no art. 225 da CF e *indiretamente* pode ensejar também ofensa a direitos individuais, sendo que em ambos os casos pode-se ter repercussões patrimoniais e morais (LIMA, 2021).

Noutra quadra, diferentemente do dano moral individual, que pode existir independentemente do dano patrimonial, quando se trata de dano moral ambiental, a existência de lesão material (dano ecológico) é pressuposto necessário, segundo Lima (2021). Ou seja, pode haver dano ecológico sem que haja dano moral ambiental, mas o contrário não é possível.

Tem sido aceito por grande parte dos doutrinadores como fundamentos para justificar a reparabilidade dos danos morais coletivos a questão relativa à dor e sofrimento causado a toda uma coletividade. Trata-se de um sentimento de desapeço e intranquilidade causado à coletividade pela violação a um direito difuso (LIMA, 2021), tratando-se de posicionamento, inclusive, defendido no Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp 1.221.756, relatada pelo Ministro Massami Uyeda.

Lima (2021) entende que a necessidade de reparação do dano decorre da relevância do bem jurídico lesado por si só e da gravidade da lesão praticada. Trata-se da questão que gira em torno da lesão a valor imaterial coletivo, pelo prejuízo proporcionado ao patrimônio ideal da coletividade, relacionado à manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida. Por fim, o dano moral ambiental coletivo exige, além da agressão ao meio ambiente, ofensa ao sentimento difuso ou coletivo da comunidade relativo à necessidade de preservação do ecossistema e do patrimônio ambiental.

Portanto, mister se faz necessário que a comunidade local se sinta atingida por aquela ilicitude perpetrada pelo ofensor em si considerada, isto é, que o fato tenha causado repercussões negativas na coletividade (Apelação nº 0041163-31.2008.8.26.0114, Rel. Des. Paulo Ayrosa, j. em 18/06/2015). É esse o entendimento consolidado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

“XVIII - O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, dá-se quando a conduta agride, de modo ilegal ou intolerável, os valores normativos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva (arts. 1º da Lei n. 7.347/1985, 6º, VI, do CDC e 944 do CC, bem como Enunciado n. 456 da V Jornada de Direito Civil). XIX - Entenda-se o dano moral coletivo como o de natureza transindividual que atinge classe específica ou não de pessoas. É passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem, a sentimento e à moral coletiva dos indivíduos como síntese das individualidades envolvidas, a partir de uma mesma relação jurídica-base.” (AgInt. no AREsp. nº 1.517.245/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 07/11/2019).

4. ANÁLISE DE CASOS

APELAÇÕES. Ação civil pública ambiental. Sentença de procedência. Insurgência recursal dos réus. Sem razão. Não aplicação da teoria da bagatela em matéria ambiental. Possibilidade de condenação nas obrigações mandamentais e de pagamento em relação a dano ambiental. Súmula 629 e Informativo 526 do C. STJ. Confissões e manifestações técnicas atestando degradação ambiental em APP. Princípio poluidor pagador e regime de responsabilidade ambiental a permitir a responsabilização de todos os réus. Recursos desprovidos (Apelação Cível nº 0003683-78.2011.8.26.0125, 2ª Câmara de Direito Ambiental do TJSP, Rel. Des. Roberto Maia, j em 22.11.2019).

Extrai-se do v. acórdão:

“A condenação cumulada em obrigações mandamentais e de pagamento em ação oriunda de dano ambiental não configura bis in idem, consoante Súmula 629 e Informativo nº 0526 do mesmo STJ. Transcrevo-os: Súmula 629-STJ: Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”.

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. CUMULAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE RECOMPOSIÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. Na hipótese de ação civil pública proposta em razão de dano ambiental, é possível que a sentença condenatória imponha ao responsável, cumulativamente, as obrigações de recompor o meio ambiente degradado e de pagar quantia em dinheiro a título de compensação por dano moral coletivo. Isso porque vigora em nosso sistema jurídico o princípio da reparação integral do dano ambiental, que, ao determinar a responsabilização do agente por todos os efeitos decorrentes da conduta lesiva, permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar. Ademais, deve-se destacar que, embora o art. 3º da Lei 7.347/1985 disponha que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, é certo que a conjunção “ou” - contida na citada norma, bem como nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 - opera com valor aditivo, não introduzindo, portanto, alternativa excludente. Em primeiro lugar, porque vedar a cumulação desses remédios limitaria, de forma indesejada, a Ação Civil Pública - importante instrumento de persecução da responsabilidade civil de danos causados ao meio ambiente -, inviabilizando, por exemplo, condenações em danos morais coletivos. Em segundo lugar, porque incumbe ao juiz, diante das normas de Direito Ambiental - recheadas que são de conteúdo ético intergeracional atrelado às presentes e futuras gerações -, levar em conta o comando do art. 5º da LINDB, segundo o qual, ao se aplicar a lei, deve-se atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, cujo corolário é a constatação de que, em caso de dúvida ou outra anomalia técnico-redacional, a norma ambiental demanda interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*, haja vista que toda a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos há sempre de ser compreendida da maneira que lhes seja mais proveitosa e melhor possa viabilizar, na perspectiva dos resultados práticos, a prestação jurisdicional e a ratio essendi da norma. Por fim, a interpretação sistemática das normas e princípios ambientais leva à conclusão de que, se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado, isto é, restabelecido à condição original, não há falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro, de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no âmbito da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-

-pagador e da reparação integral do dano. Cumpre ressaltar que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos processos ecológicos em si mesmos considerados). **Em suma, equivoca-se, jurídica e metodologicamente, quem confunde prioridade da recuperação in natura do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de reconstituição natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e nova lesão (obrigação de não fazer).** REsp 1.328.753-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/5/2013.” (grifou-se).

O dano ambiental intercorrente, interino, intermediário ou interregno, é o dano experimentado pelo meio ambiente até que seja concluído o processo de recuperação ambiental o que, na hipótese dos autos, se dará quando a vegetação a ser recomposta na área de preservação permanente, atualmente degradada, conseguir cumprir integralmente a função ecológica a que se destina. Em outras palavras, consiste na “compensação relativa ao lapso de tempo em que a própria natureza necessita para recompor integralmente o equilíbrio ecológico afetado pelo dano ambiental, gerando à coletividade um direito subjetivo de ser compensada pelo período que mediar entre a ocorrência do dano e a integral reposição da situação intercorrente” (Apelação Cível 0002510-28.2010.8.26.0101; Relator (a): Torres de Carvalho).

Assim o define o C. STJ, em precedente da relatoria do Ministro Herman Benjamin (REsp. nº 1.145.083/MG, julgado em 27/09/2011, DJe 04/09/2012), *verbis*: “Na ampla e complexa categoria da degradação remanescente ou reflexa incluem-se tanto a que temporalmente medeia a conduta infesta e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo (dano interino, intermediário, momentâneo, transitório ou de interregno), quanto o dano residual (deterioração ambiental que subsiste ou perdura, não obstante todos os esforços de restauração) e o dano moral coletivo. E ainda é possível citar sobre dano ambiental intercorrente:

“(…) Dano ambiental intercorrente. A Câmara tem considerado que o direito ambiental visa em primeiro lugar à recomposição; sendo esta possível, não há porque condenar o réu em medidas secundárias como a compensação ou a indenização. O Ministério Público fala em **indenização pelo “dano ambiental intercorrente”, que seria a compensação relativa ao lapso de tempo em que a própria natureza necessita para recompor integralmente o equilíbrio ecológico afetado pelo dano ambiental, gerando à coletividade um direito subjetivo de ser compensada pelo período que mediar entre a ocorrência do dano e a**

integral reposição da situação intercorrente (...)” Apelação nº 0002510-28.2010 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Rel. Des. Torres de Carvalho, j. em 6.12.2018.

5. A LEI FEDERAL n.º 13.655/18, O CONSEQUENCIALISMO E SEUS IMPACTOS SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O consequencialismo é mais uma tentativa de fundamentar eticamente as ações humanas e se baseia na ideia de que as consequências das ações humanas são parte integrante de seu valor ético. Assim, uma ação será moralmente boa conforme os resultados que produz (DAWALIBI, 2021). O ser humano é capaz de antever as consequências de seus atos? Crítica ao consequencialismo, segundo o qual o homem é falho em prever riscos e consequências. O consequencialismo jurídico centra-se nas consequências das decisões judiciais. Pressupõe que o juiz considere os estados das coisas em cada interpretação que a norma contemple, ou seja, pretende-se um juízo de valor acerca das previsíveis consequências práticas da execução das normas legais.

A Lei 13.655/18 produziu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), trazendo uma vitória do consequencialismo e acrescenta 08 artigos à LINDB, alguns dos quais fazem menção expressa às consequências de decisões administrativas e judiciais. O objetivo da lei é traçar diretrizes aos órgãos de controle da Administração Pública, mas suas normas vão além disso, já que os arts. 21, 23, 24 e 27 aplicam-se tanto à atividade judicial quanto administrativa, fazendo interface, assim, com as tutelas judiciais coletivas (DAWALIBI, 2021).

Estamos diante de uma lei que, dentre outras disposições, determina a avaliação das consequências práticas e jurídicas da decisão judicial e autoriza a “compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos” (ex. ACP ambiental determinando o fechamento de uma empresa poluidora – consequências da sentença – efeitos secundários – como desemprego de pessoas, impactos na economia local, etc).

Conclui o autor que é razoável concluir que a mencionada lei, ao prever normas de avaliação das consequências da decisão judicial, produz impactos nas demandas das quais o Estado participe (seu escopo principal) quanto nas ações civis públicas (seja ou não parte o Poder Público).

a. REPERCUSSÃO DA LEI N. 13.555/2018 NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: O NOVO ART. 20 DA LINDB E AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DECISÃO JUDICIAL

Preconiza o citado art. 20 da LINDBD: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam

consideradas as consequências práticas da decisão”. O dispositivo traz vedação à utilização de “valores jurídicos abstratos” para motivar decisões judiciais sem aferição de suas consequências práticas e a obrigação da demonstração da necessidade e adequação da tutela jurisdicional concedida.

Essa norma vem frear o ativismo judicial? Em certa medida, visa frear a negativa em aplicar a lei, fundada a recusa em princípios constitucionais derivados de normas de eficácia restrita, ou princípios não escritos. Analisando o parágrafo único do art. 20, Dawalib (2021) alerta que este contém um exagero ao imputar ao autor da decisão judicial a obrigação de demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, considerando, inclusive, possíveis alternativas. Demonstrar deve ser ônus da parte, e não do juiz e a exigência de que o juiz demonstre, prove a necessidade da medida implica a quebra da imparcialidade do órgão jurisdicional.

Na tutela de interesses difusos e coletivos prevalece a inversão do ônus da prova em favor da sociedade (art. 6º, VIII do CDC, conjugado com art. 21 da LACP). Assim, não caberia ao autor da ação civil pública demonstrar a necessidade da tutela requerida, incumbindo ao demandado demonstrar sua desnecessidade e inadequação diante da inversão do ônus probatório. Se o demandado for Poder Público, mostra-se aplicável a regra do art. 2º da Lei n. 8.437/92, devendo a liminar ser concedida após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se manifestar no prazo de 72 horas.

Enfrentando a análise dos demais artigos da LINDB, Dawalib (2021) esclarece que o art. 21 nos traz as consequências jurídicas da decisão judicial. Com efeito, a decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Dawalib (2021) faz uma análise estruturada dos demais artigos em sequência da LINDB, os quais não serão aqui tratados por não discorrerem de forma direta sobre o tema do consequentialismo das decisões judiciais.

Assim sendo, é possível concluir que o consequentialismo é uma reação à farta e indiscriminada utilização de princípios vagos e até não escritos como fundamentos para decisões que impõem severas obrigações ao Poder Público e também aos particulares. É certo que a Lei 13.655/18 teve o objetivo de estabelecer a obrigatoriedade de avaliação das consequências práticas e jurídicas de decisões proferidas pelo Poder Judiciário e também pela Administração Pública e com isso não são mais cabíveis decisões embasadas em valores jurídicos abstratos e proferidas com despreocupação sobre seus efeitos no mundo real.

Diante disso, entende o autor que instrumentos como a modulação dos efeitos da decisão judicial, regime de transição e menor onerosidade da execução de julgados, insculpidos na nova lei, são salutares e fundamentais (DAWALIB). Todavia, é preciso que o consequentialismo jurídico também meça suas consequências encontrando um ponto de equilíbrio entre a concretização dos interesses difusos e coletivos amparados pela ACP e a racionalidade consequentialista norteadora da recente Lei 13.655.

Quando se discute o consequencialismo jurídico, possibilita-se pensar no princípio da precaução nas questões ambientais. Comparando-se o princípio da precaução com o da atuação preventiva, observa-se que o segundo exige que os perigos comprovados sejam eliminados. Já o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta

No panorama do direito estrangeiro, a União Europeia faz a seguinte distinção da expressão prevenção/precaução: prevenir significaria “evitar ou reduzir tanto o volume de resíduos quanto do risco” (“avoid or reduce both volume of waste and associateal hazard”), enquanto que precaucionar seria uma obrigação de intervenção quando há suspeitas para o meio ambiente (“obligation to intervene once there is suspicious to the environment”), devendo neste último caso ocorrer intervenção estatal em relação ao risco (SCHIMIDT, www.mp.rs.gov.br). Diante das discussões aqui elaboradas, faz-se a seguinte indagação: Seria possível aplicar o princípio da precaução sem lastro probatório suficiente?

6. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A QUESTÃO DO PAGAMENTO E ADIANTAMENTO DE CUSTAS

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia. 2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes. 3. **Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento**, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, **conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução**. 4. Recurso especial parcialmente provido. (sem grifos no original).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ADIANTAMENTO. IN-

VERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Não havendo relação entre a inversão do ônus da prova e a necessidade do pagamento adiantado de custas, e não se podendo confundir a responsabilidade ambiental com a de arcar com as despesas processuais, deve o Ministério Público proporcionar os meios para comprovar a ocorrência do dano ambiental e a sua extensão, tendo ele requerido a realização da perícia. RECURSO PROVIDO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85. IV - Recurso improvido. (REsp 1049822/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009)

Analisando o v. acórdão, destaco o seguinte: “Feitas essas considerações, percebo que a análise sobre o ônus da prova, em ação coletiva por dano ambiental, deve ser dirigida pela interpretação das leis aplicáveis ao mencionado instrumento processual à luz dos princípios norteadores do Direito Ambiental. Isso porque, em regra, a inversão do ônus probatórios deve assentar-se exclusivamente em disposição expressa de lei. Mas, no presente caso, essa inversão encontra fundamento também em princípios transversais ao ordenamento jurídico, quais sejam, os princípios ambientais. No plano legal, destaco os dispositivos que guardam relação direta com a questão posta em discussão:

Código de Defesa do Consumidor Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; Lei 7.347/1985 Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Código Civil Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, **ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem**” (grifou-se).

Vê-se que há uma interdisciplinaridade entre as normas de proteção ao consumidor e aos referentes à defesa dos direitos coletivos. No caso das ações civis ambientais, entendo que o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não a eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu –, nos leva à conclusão de que alguns dos direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, afinal essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar!) o patrimônio público de uso coletivo, consubstanciado no meio ambiente. A essas normas agrega-se o Princípio da Precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexos causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo. Incentiva-se, assim, a antecipação de ação preventiva, ainda que não se tenha certeza sobre a sua necessidade e, por outro lado, proíbe-se as atuações potencialmente lesivas, mesmo que essa potencialidade não seja cientificamente indubitável. Além desse conteúdo substantivo, o Princípio da Precaução tem ainda uma importante concretização adjetiva: a inversão do ônus da prova.

Ainda sobre a questão dos honorários e adiantamento de custas: em caso de improcedência, não tendo o Ministério Público personalidade jurídica, não poderá ser condenado a pagar custas, honorários advocatícios e outras despesas processuais; a responsabilidade pelos encargos será do Estado ou da União (Estatuto do Idoso, art. 88, parágrafo único). Sustentam alguns (MAZZILLI, 2021) que julgada improcedente a ação civil pública, ninguém arcará com o ônus da sucumbência e outros, que a Fazenda arcará apenas se o MP sucumbir e se houver litigância de má-fé comprovada. Entende Mazzilli que o Ministério Público não sucumbe e não adianta despesas e também não paga custas ou honorários processuais; as custas são arcadas pelo Estado ou União. Se o MP for vitorioso na ação civil pública por ele movida, o réu arcará com a sucumbência, excluída a verba honorária, que é direito autônomo de advogados.

Quanto à indagação de se poderia o Ministério Público ser condenado, enquanto instituição, como litigante de má-fé, responde Mazzilli que os membros da instituição serão responsabilizados conforme seus estatutos próprios, eis que tecnicamente não são “partes” no processo (autor, réu, assistentes, litisconsortes, etc.). Todavia, em caso de abusos, a responsabilidade pode ser do Estado perante a vítima, eis que a instituição, em si mesma, não poderá ser responsabilizada.

7. A RELEVÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DE FORMAS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS – A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O conceito de Justiça Restaurativa (JR) ainda não está muito bem definido pelos doutrinadores que se debruçam sobre o tema, e são numerosas as suas definições. Em síntese, segundo a *Law Commission of Canada* (2003), a JR se refere a um processo voltado a solucionar crimes e conflitos, que tem como foco a reparação do dano às vítimas, responsabilizando os ofensores por suas ações e engajando a comunidade em um processo de resolução de conflitos.

Howard Zehr (2020) define a Justiça Restaurativa por sua vertente processual. Para o autor, trata-se de “uma abordagem que visa promover justiça e que envolve, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse numa ofensa ou dano específico, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível” (2020, p.54). Ressalta Zehr que a Justiça Restaurativa procura oferecer um maior equilíbrio na maneira como se vivencia a justiça.

No Brasil, não há lei específica para regular a Justiça Restaurativa. Entretanto, há leis municipais que tratam da matéria, bem como vários projetos de lei em tramitação (PASSOS, 2019). A Justiça Restaurativa tornou-se um instrumento legal oficial em 2002 pela Resolução 2002/12 das Nações Unidas pelo Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC), intitulada “Princípios Básicos para utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal” (PAROLA, 2016).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao editar a Resolução 225 (Resolução 225, de 31 de maio de 2016), fez emergir uma norma que passou a ser referência nacional para a Justiça Restaurativa no país. Tal resolução dispõe, em seu art. 1º, que a Justiça Restaurativa “constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência” através do qual os conflitos que causam “dano concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado [...]”, contando com a participação do ofensor e da vítima e, quando oportuno, da comunidade, através de práticas restaurativas coordenadas por facilitadores, focalizando a responsabilização do autor do ato danoso e a satisfação das necessidades de todos os envolvidos (PASSOS apud ORTH; GRAF, 2020, p. 55/56).

A expressão “foi cunhada na década de 1970 para descrever uma forma de resposta ao crime que se concentra principalmente em reparar o dano causado pelo ato criminoso e restaurar, na medida do possível, a dignidade e o bem-estar de todos os envolvidos” (MARSHALL, 2011 apud PAROLA, 2016). Uma das questões que envolve a Justiça Restaurativa é a participação do ofensor, do ofendido e da comunidade nas práticas, entendendo que esta última tem importante papel na solução dos conflitos. Nas questões ambientais, entende-se que é de suma importância e de grande

interesse a participação da comunidade, quer porque se trata do local onde ocorrem os danos (comunidade interessada), quer porque ela deve ter vez e voz (empoderar-se) na tomada de decisões preventivas, trabalhando para a melhoria da formação de cidadãos ecologicamente conscientes.

A Justiça Restaurativa não é, em si mesma, apenas um método de solução de conflitos, mas contém uma gama deles, podendo ser citados, conforme a literatura nacional e estrangeira, a mediação vítima-ofensor, os círculos restaurativos (baseados na comunicação não violenta – CNV), as conferências familiares e os círculos de construção de paz, os quais não serão aqui descritos por não se tratar de questão relevante ao tema ora abordado. Há diversos outros métodos também utilizados nos países onde a prática foi implementada.

Todavia, vale mencionar que a Justiça Restaurativa, visando trazer uma mudança de paradigma, coaduna-se com uma forma diversa de se fazer a justiça. Ainda que tenha surgido pensando-se na aplicação à justiça criminal, suas práticas são hoje utilizadas nas diversas searas do direito e fora dele. Com efeito, Raquel Ivanir Marques esclarece que “os princípios e métodos da Justiça Restaurativa podem ser estendidos aos mais diversos campos de aplicação, revelando grande potencial na resolução de conflitos e pacificação social” (MARQUES, 2016).

a. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DO MEIO AMBIENTE E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: VANTAGENS DOS MÉTODOS CONSENSUAIS E AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Difusos – como conceitua o Código de Processo Civil – são interesses ou direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (MAZZILI, 2021, p. 55). O meio ambiente é tipificado como interesse difuso, segundo o autor, tão abrangente que chega a coincidir com o interesse público. A ação civil pública para proteção do meio ambiente está fundada na Constituição da República, art. 129, III, com fundamento também na Lei 6.938/81, art. 14, par. 1º, que prevê ação reparatória de danos ao meio ambiente e a terceiros, e sob o aspecto doutrinário, a ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público.

Preocupada em conferir efetividade ao seu comando, ao mesmo tempo que assegurou deveres e direitos ambientais a todos, a Constituição impôs sanções aos infratores, pessoas físicas e jurídicas, com a consequente obrigação de reparar os danos causados (CR, art. 225, §3º), e ainda enumerou uma série de deveres do Poder Público, nessa matéria, dentre eles, cabe citar o item f, que cuida de “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para preservação do meio ambiente”, não obstante a imposição de diversos deveres primários de proteção ambiental com emprego de técnicas adequadas para tanto.

Este item nos interessa quando pensamos em métodos adequados/alternativos de solução de conflitos ambientais, dentre eles a Justiça Restaurativa, cuja proposta, como será ressaltado, é a transformação do relacionamento entre o ser humano e o meio/comunidade em que vive, tanto a comunidade no qual está inserido quanto o próprio meio ambiente. Assim como no direito penal, no Direito Ambiental também é necessário construir uma teoria de prevenção geral positiva, que busque desenvolver a confiança do cidadão nas normas concretas, tornando-se imperioso não apenas reprimir como dissuadir e, nesse mister, imperiosas as práticas restaurativas.

Noutra quadra, o termo de ajustamento de conduta ou compromisso de ajustamento de conduta é tratado por Mazzili (2021) como “formas de autocomposição”. É uma forma de autocomposição da lide por meio da qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei, gerando um título executivo extrajudicial. Embora tradicionalmente avesso à livre disposição do interesse público, nas últimas décadas o Direito brasileiro acabou por fazer sucessivas concessões a formas mais simples de autocomposição da lide.

Ainda que não seja uma composição entre os envolvidos diretamente no conflito ambiental, deve-se considerar o TAC como forma de autocomposição na medida em que o Ministério Público tutela e representa os interesses difusos (meio ambiente), em nome das vítimas lesadas. Akaoui (2008) entende que a utilização do termo *transação* para o TAC não é adequada em razão de não perceber a existência de concessões mútuas, defendendo, assim, que se trata de um acordo em sentido estrito.

Na jurisprudência dos Tribunais, todavia, tem sido utilizado o termo *transação* no que se refere a este instrumento de autocomposição. No entanto, o objeto do compromisso são interesses transindividuais dos quais o órgão público que o toma não é titular e como este não pode transigir sobre direitos que não lhe pertencem, a natureza do compromisso é de *garantia mínima* em favor do lesado, sendo que, assim, nada impede que os indivíduos peçam em juízo reparações mais amplas ou de outra natureza, diversamente daquelas ajustadas entre o órgão público e o causador do dano. Portanto, o compromisso de ajustamento põe termo ao litígio? Se a resposta for negativa, é possível concluir que outras formas de autocomposição como a mediação e a justiça restaurativa podem ser mais eficazes no que tange à solução do litígio, porquanto de fato solucionariam o conflito ambiental.

b. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

Entende-se que os meios alternativos de solução de conflitos concretizam o acesso à Justiça, pois viabilizam o acesso à ordem jurídica justa. Sua utilização não significa desprestígio ao Judiciário, pois são auxiliares, de forma a ampliar as possibilidades de solução dos conflitos, com o mesmo objetivo de pacificação social. Assim, acreditando que a Justiça Restaurativa pode apresentar contribuições positivas e pro-

porcionar à gestão dos conflitos com mais eficiência, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas atualmente recomenda a adoção destas práticas. Dada a complexidade do crime ambiental e a necessidade de interdisciplinaridade em sua resposta, criminologistas ambientais e cientistas sociais passaram a analisar os tipos de estratégias utilizadas na resposta jurídica e na busca pela prevenção de danos ambientais, assim como seus problemas e desafios.

Segundo os autores Josineide Gadelha Pamplona Medeiros, Nirson Medeiros da Silva Neto, Jarsen Luis Castro Guimarães, experiências com programas de Justiça Restaurativa de alguma forma emergem da insatisfação com o sistema de justiça moderno-ocidental, que tradicionalmente não considera a participação das pessoas e grupos diretamente interessados na solução de situações conflituosas em razão da centralização da responsabilidade pela resolução de disputas na figura do Estado, bem como no papel dos especialistas do campo burocrático-legal, a saber, juízes, promotores de justiça, advogados, defensores públicos e outros profissionais do mundo jurídico. Ademais, os sistemas de justiça modernos, sob uma rígida estrutura moral que caracteriza as culturas ocidentais, focalizam a culpabilização e a punição individual dos autores de ofensas, deixando de lado as necessidades das vítimas, famílias e comunidades afetadas, assim como eventuais corresponsabilidades pela produção de incidentes danosos (PAMPLONA; NETO; GUIMARÃES, 2018).

Giulia Parola, em seu artigo *Justiça Restaurativa Ambiental: um caminho para implementar os deveres ecológicos* (2016), relata que a “Justiça Restaurativa Ambiental” pode ser um caminho alternativo e útil para favorecer a implementação dos Deveres Ecológicos, enfatizando a importância da participação da comunidade para contribuir para a capacitação do cidadão como “cidadão ecológico”.

A autora traz o conceito de Cidadania Ambiental, com ênfase nas obrigações e responsabilidades ecológicas, mencionando que o cidadão Ecológico seria aquele que aspira à promoção da justiça global e ambiental, e prevê uma sociedade que, além de sustentável, é palco de cumprimento de deveres como uma forma de garantir justiça. Entende cada pessoa, em verdade, tem direito a um meio ambiente protegido, e também a obrigação de contribuir com o esforço comum de proteger e restaurar o meio ambiente (PAROLA, 2016).

Neste passo, usando esta abordagem, a autora complementa que se um indivíduo cometeu um crime ambiental, ele não pode ficar numa prisão ou apenas pagar uma multa, ele deve, em primeiro lugar, entender que o dano que ele cometeu causa consequências negativas para o meio ambiente e para as presentes e futuras gerações e, portanto, ele tem o dever de reparar o prejuízo. Parola (2016) anota a dificuldade enfrentada pelos cidadãos quanto à implementação de obrigações ecológicas e dentre os instrumentos para implementar as funções ecológicas, a autora adiciona a Justiça Restaurativa por duas razões: em primeiro lugar, por ser a JR um processo que pode ajudar, efetivamente, a reparar o meio ambiente degradado e, em segundo lugar, porque pode ser uma maneira de incentivar o ofensor a abandonar o compor-

tamento criminoso hostil ao meio ambiente e se tornar um cidadão ecologicamente responsável.

Nos processos restaurativos, segundo o juiz aposentado na região de Yukon/Canadá, Barry Stuart, no texto *Justiça Restaurativa e crimes ambientais: construindo respostas relevantes e efetiva*, as vítimas necessitam ter voz, assim como as comunidades afetadas, e somente o envolvimento direto das vítimas revela adequadamente seus interesses singulares. Ressalta também que sem a participação da vítima os ofensores raramente valorizam a natureza completa do dano causado por suas ações (STUART, 2016). A participação das vítimas, direta ou indiretamente representadas, é uma questão a ser analisada e sopesada no que tange à efetividade das práticas restaurativas. Trata-se de questão que não tem pertinência quando se pensa nas ações civis públicas, mas assumem relevância quando entramos na seara dos crimes ambientais. Reforçando a importância das práticas autocompositivas, são apontadas diversas problemáticas na judicialização de conflitos ambientais, em especial a demora em razão de perícias complexas.

Dentre as formas consensuais de resolução de conflitos, muitos autores têm se debruçado a investigar a mediação e outras formas de solução de conflitos nas questões ambientais. Entendem que a mediação possui custos mais baixos, quando comparada a ações civis e criminais, assim como demanda menores períodos de tempo para sua resolução. A resolução mediada poderia ter a capacidade de gerar soluções criativas para o interesse dos envolvidos, considerando-se a complexidade da diversidade de casos e que cada conflito possui características, historicidade e interrelações entre partes únicas, adaptando-se a cada realidade. Entenda-se, aqui, mediação em seu sentido amplo, abrangendo também as práticas restaurativas.

A Justiça Restaurativa, podendo trazer a responsabilização do causador do dano, o tratamento deste dano e atendimento das necessidades das vítimas envolvidas, e unindo esforços da comunidade, é capaz de dar uma melhor resposta aos conflitos ambientais como um todo, quer conflitos na área penal, quer conflitos que não alcançaram a esfera criminal, mas causaram danos.

E por que envolver a comunidade? Sob o ponto de vista restaurativo, o crime afeta uma relação tripartida entre o infrator, a vítima e a comunidade (GORMALLY, 2002 apud ROSENBLATT, 2014). O ideal, portanto, é que os processos restaurativos tragam essas três partes em comunicação para que elas definam, coletivamente, o dano provocado pelo delito; e depois, juntas, desenvolvam um plano de reparação desse dano (McCOLD, 2000 apud ROSENBLATT, 2014). Uma das premissas da justiça restaurativa, portanto, é que a comunidade tem de ser envolvida em processos restaurativos. Mas por que, precisamente, devemos envolver a comunidade? Nesse artigo, iremos nos restringir à análise das seguintes justificativas típicas: (1) porque os conflitos também pertencem à comunidade (e não apenas à vítima, ao infrator e/ou ao Estado); (2) porque a comunidade deveria desenvolver habilidades para resolver os seus próprios conflitos/problemas (e, assim, depender menos do Estado e

seus profissionais); e (3) porque membros leigos da comunidade são mais indicados (do que os profissionais da justiça criminal) para a execução de algumas tarefas relacionadas à prevenção do crime e à reintegração do infrator (e da vítima). (ROSEMBLATT, 2014).

Sobre a questão dos “graus de restauratividade”, ainda que não se possa afirmar, no presente momento, que o TAC seja uma prática restaurativa em sua essência, com base no pensamento exibido por Howard Zehr (2008) em seu livro “Trocando as Lentes”, é possível trabalhar com Justiça Restaurativa em vários níveis ou em diferentes intensidades, de maneira constante e cuidadosa, mas ininterrupta. (MUNIZ; GUSMÃO, 2020).

Akaoui (2015) também assevera que diante do nível de judicialização dos conflitos de interesses em nosso país, as soluções consensuais extrajudiciais, como forma célere de pacificação social, devem ser estimuladas pelo Poder Judiciário e por todos os Poderes do Estado, sendo o compromisso de ajustamento de conduta um dos mais importantes instrumentos desta natureza, na medida em que soluciona conflitos que atingem interesses difusos e coletivos. Por fim, é possível concluir que a Justiça Restaurativa apresenta uma oportunidade para superar a ineficácia das respostas ambientais existentes e a necessidade premente de corrigir as práticas nocivas existentes e prevenir futuros danos ambientais:

Os princípios que impulsionam a justiça restaurativa, como definições relacionais de dano, participação, reparação de danos e cura, são princípios que devem ser centrais na concepção da justiça ambiental. O termo “Justiça Restaurativa Ambiental” indica tanto como uma agenda ambiental pode contribuir para a justiça restaurativa quanto como a justiça restaurativa pode ser usada no contexto de danos ambientais. (tradução livre do site European Forum for Restorative Justice).

Os desafios é que partimos de um sistema formal punitivista. É o que temos e, por um bom tempo, é com o que devemos lidar (MUNIZ; GUSMÃO, 2020). A par disso, a II Jornada de Prevenção e Solução extrajudicial de litígios, do Conselho da Justiça Federal, trouxe, dentre seus enunciados aprovados, o Enunciado n. 178, recomendando a realização de estudos e pesquisas, no âmbito do Poder Judiciário, em parceria com universidades e profissionais com especialização na área ambiental, para a elaboração de diretrizes com vistas à utilização de métodos adequados de solução de conflitos ambientais complexos, sem prejuízo da eventual especialização de CEJUSCs em matéria ambiental. Na justificativa do Enunciado citado, verifica-se o seguinte: *“Como é notório, os métodos adequados de solução de conflito são mais céleres que o processo judicial tradicional. Trata-se de um importante marco para a “desjudicialização” e o fortalecimento de uma cultura conciliatória e eficaz”*. De outra banda, o Enunciado n.º 225, recomendando a utilização da mediação para a resolução de conflitos socioambientais, entende a importância da composição extrajudicial de conflitos nas relações ambientais.

CONCLUSÃO

A ação civil pública representa um grande avanço na defesa dos interesses ambientais. O instituto traz discussões processuais importantes, como as analisadas neste artigo, e que por vezes demandam dificuldades em seu manejo. Todavia, ainda assim, não se pode olvidar que houve grandes avanços na seara da proteção ambiental com a sua instituição no direito processual brasileiro. O que se considera é que o instituto é avançado mas talvez a sua aplicação em âmbito nacional ainda demande uma maior aprimoração a fim de que os objetivos com o manejo das ações civis públicas – principalmente ambientais – sejam alcançados com a agilidade e dinâmica que a proteção ambiental, *in casu*, requer.

Ao lado da proteção ao meio ambiente visando à recomposição dos danos através da ação civil pública, há que se ter em mente que tais danos também ensejam ações visando à responsabilização penal em decorrência dos danos ambientais. Analisando a problemática enfrentada pelo manejo dos institutos processuais existentes e sua eficácia, a doutrina e jurisprudência vem concebendo a possibilidade de uso dos métodos alternativos de solução de conflitos na seara ambiental, diante de suas grandes vantagens, quer para as partes envolvidas, quer para o próprio meio ambiente.

Além da mediação, estudos sobre a aplicação da Justiça Restaurativa em matéria ambiental vêm sendo implementados, com resultados positivos colhidos em algumas localidades. A Justiça Restaurativa e sua conexão na seara ambiental denotam que o relacionamento da humanidade está intimamente ligado à preservação do meio ambiente e à melhoria da qualidade de vida. Ao examinar este cenário, constata-se que um meio ambiente deteriorado também pode impulsionar relações degradadas (MARQUES, 2016). Assim, devem ser implementadas práticas restaurativas na solução de conflitos ambientais, sendo que o Termo de Ajustamento de Conduta pode conter em certa medida um “grau de restauratividade” na forma de composição consensual dos danos presentes e futuros.

Os métodos consensuais de solução de conflitos – dentre eles, a Justiça Restaurativa e suas práticas – trazem perspectivas favoráveis para as questões ambientais, sendo viável se pensar numa maior satisfação das vítimas, responsabilização dos ofensores do meio ambiente com a devida reparação dos danos (na medida do possível) e busca da concretização do cidadão ecológico, que compreende e respeita o meio ambiente como direito fundamental de todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando R. V. Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2015;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no AREsp. nº 1.517.245/

MG, Min. Relator Francisco Falcão;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 849.841 - MG, 2006/0100308-9, Min. Relatora: Eliana Calmon;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 972.902 - RS, 2007/0175882-0, Min. Relatora: Eliana Calmon;

COMMISSION OF CANADA, 2003. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/72703741/justica-restaurativa-resumo>>.

DAWALIBI, Marcelo, *apud* MILARÉ, Édis (coord). Ação Civil Pública - Após 35 anos. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2021.

EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE. Environmental Justice. Disponível em: <<https://www.euforumrj.org>>. Acesso em 25.09.21

MARQUES, Raquel Ivanir. Justiça Restaurativa: uma alternativa possível a conflitos socioambientais. *In* Cidadania, Justiça Restaurativa e Meio Ambiente. Enzo Bello e João Salm (orgs). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016).

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 32ª edição, revista, atualizada e ampliada. Salvador: Ed. JusPODIUM, 2021.

MILARÉ, ÉDIS (coord.). Ação Civil Pública – Após 35 Anos. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2021.

MUNIZ, Laryssa; GUSMÃO, Renata S. G. Voluntariedade, Autonomia e Conhecimento: uma análise do respeito ao pressuposto da voluntariedade na aplicação da Justiça Restaurativa em Processos Judiciais Brasileiros, *In* Sulear A Justiça Restaurativa, vol. VIII. Ed. Texto e Contexto, 2020.

ORTH, Gláucia M. N; GRAF, Paloma M. (orgs). Sulear A Justiça Restaurativa. Volume VIII. Editora Texto e Contexto, 2020.

PAMPLONA, Josineide; NETO, Nirson; GUIMARÃES, Jarsen Luis C. Justiça Restaurativa e Desenvolvimento Sustentável na Amazônia: uma revisão teórica preliminar. Disponível em [formato pdf : Justiça restaurativa e Desenvolvimento Sustentável na Amazônia: uma revisão teórica preliminar - academia.edu](#)).

PASSOS, Celia. Circulando Dentro e Fora dos Círculos. Rio de Janeiro: ISA-A-DRS, Instituto de Soluções Avançadas, 2019.

PRATA, Daniela Arantes. Criminalidade Corporativa e Vitimização Ambiental: Análise do Caso Samarco (artigo publicado em abril/2019, LiberArs, ISBN: 978-85-9459-154-9).

ROSENBLATT, Fernanda F. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. Sistema Penal & Violência. Revista Eletrônica da Facul-

dade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre • Volume 6 – Número 1 – p. 43-61 – janeiro-junho 2014 - ISSN 2177-6784.

STUART, Barry. Justiça Restaurativa e Crimes Ambientais: construindo respostas relevantes e efetiva. *In* Cidadania, Justiça Restaurativa e Meio Ambiente. Enzo Bello e João Salm (orgs). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. São Paulo: Editora Palas Athena, 2015.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL: COMPETÊNCIA, LEGITIMAÇÃO E TUTELA PREVENTIVA (LEI Nº 7.347/85)

Maria Isabel Leite Silva de Lima¹

Resumo: O artigo discute a ação civil pública, introduzida no Direito brasileiro a partir da Lei n.º. 7.347/85, e aborda os conceitos gerais e discussões sobre competência, legitimação e tutela preventiva em matéria ambiental, apresentando o arcabouço legal e jurisprudências sobre os temas. Ressalta-se a importância da utilização deste instrumento processual para a tutela coletiva relacionada ao meio ambiente, como garantia de acesso coletivo à Justiça, cuja lesão ou ameaça a direito devem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário. Sobre a competência, destaca o posicionamento da jurisprudência dominante sobre a competência da Justiça Federal quando houver interesse da União no feito, além do foro competente ser fixado pelo local do dano e pela prevenção. O rol dos legitimados para a propositura da ACP está presente no art. 5º da LACP, sendo reconhecida a legitimação da Defensoria Pública para a tutela de interesses transindividuais. Destaca-se a possibilidade de concessão de tutela preventiva, conforme o art. 12, visando, especialmente, evitar a perpetuação dos danos ambientais até a decisão final da ação, considerando, ainda, que não há a aplicação da teoria do fato consumado em matéria de Direito Ambiental. A metodologia se baseou em pesquisa exploratória e qualitativa, utilizando-se procedimento bibliográfico.

Palavras-chave: ação civil pública; dano ambiental; competência; legitimidade; tutela preventiva.

1. INTRODUÇÃO

A Ação Civil Pública (ACP), criada pela Lei Federal n.º 7.347/85, é atualmente um dos principais instrumentos processuais para a defesa do meio ambiente, seja para a responsabilização de agentes públicos e privados que praticaram atos contrários à legislação ambiental, seja para a reparação e prevenção dos danos ambientais.

São ações de responsabilidade que podem ser ajuizadas por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, ou seja, no caso de haver indeterminação dos sujeitos e indivisibilidade

¹ Advogada, mestranda em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos-SP. Especialista em Gestão Ambiental e Sustentabilidade pela UFSCAR.

do objeto.

Diante da relevância do tema e da sua recorrência no Poder Judiciário, o trabalho abordará a competência para o julgamento e o foro adequado, a legitimidade para o ajuizamento da ação, trazendo discussões, por exemplo, sobre a atuação da Defensoria Pública em lides ambientais, além de exemplos da tutela preventiva na ACP em matéria ambiental, trazendo doutrina e jurisprudência relevante sobre tais temas.

O objetivo é abordar os conceitos gerais e conectar a doutrina com a prática jurídica, aproximando pesquisadores, estudantes, advogados, promotores, juízes e todos aqueles que se interessam sobre a tutela judicial do meio ambiente. A metodologia se baseou em pesquisa exploratória e qualitativa, utilizando-se procedimento bibliográfico.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Em 24 de julho de 1985, foi promulgada a Lei nº 7.347/1985, comumente denominada como Lei da Ação Civil Pública (LACP), para a tutela judicial, dentre outros, do meio ambiente. Sua criação é, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988, sendo um importante marco para o ajuizamento de ações judiciais para a defesa de interesses transindividuais.

A Constituição Federal veio então consolidar instrumento processual e atribuiu ao Ministério Público, no art. 129, III, como uma das suas funções institucionais, a de promover o inquérito civil e a ACP, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Apesar da Constituição permitir ao Ministério Público o uso da ação civil pública, não lhe conferiu exclusividade, conforme observa-se no rol de legitimados do art. 5º da LACP.

Para Mazzilli (2012), dentre as peculiaridades da ACP, estão a importância crescente na prática forense e as diferenças quanto ao processo civil tradicional, pois envolve conflituosidade de grupos, legitimação para agir, solução coletiva e destinação da indenização. Trata-se, essencialmente, de garantia de acesso coletivo à Justiça na defesa de interesses transindividuais e que se insere no art. 5º, XXXV da Constituição Federal que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, alcançando assim proteção tanto aos direitos individuais quanto aos coletivos.

Interesses transindividuais são aqueles pertencentes à grupo, classe ou categoria de pessoas e que, na espécie, podem ser difusos, coletivos ou individuais homogêneos, distinguíveis por características quanto a serem grupos determináveis ou não, bem como a interesses divisíveis ou não. Nos interesses difusos e nos coletivos o objeto indivisível, sendo que, no primeiro, o grupo é indeterminável e, no segundo, é determinável. Já nos interesses individuais homogêneos, o grupo é determinável e o objeto é divisível.

Os interesses transindividuais não se caracterizam apenas pelo fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas também pela necessidade de que o acesso individual seja substituído por um acesso coletivo. Além de preponderar o princípio de economia processual, a solução obtida no processo coletivo buscaria evitar decisões contraditórias e conduziria a solução mais eficiente da lide, considerando o proveito de todo o grupo lesado. (MAZZILLI, 2012)

A LACP sofreu alterações e ampliações subsequentes, que, em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal nº 8078/1990, e outros marcos legais, integra o microsistema de tutela coletiva para interesses transindividuais.

Atualmente, o objeto compreendido no art. 1º da LACP se relaciona à responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ao meio-ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social. Portanto, ao longo do tempo, foi introduzida uma tutela coletiva ampla.

Já o conceito de meio ambiente está previsto na Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, que o define em seu art. 3º, I, como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

É considerado como direito difuso, na medida que, segundo o artigo 225 da Constituição Federal, 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. Denota-se também a importância o papel dos entes federativos na consecução dos preceitos constitucionais, possuindo o poder-dever de agir para a proteção do meio ambiente. (LIMA, 2016)

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 22.164-0/SP, julgado em 30 de outubro de 1995, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o direito à integridade do meio ambiente é direito de terceira geração e constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído à própria coletividade social.

A universalização dos direitos individuais, sociais e coletivos é uma das características da Constituição de 1988 e o art. 225 trata de direito fundamental, pois relaciona-se à preservação da vida em todas as suas formas e à dignidade humana, sob a ótica de um direito intergeracional. (LIMA, 2016)

A Constituição Federal igualmente prevê, no parágrafo 3º do art. 225, que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente

da obrigação de reparar os danos causados. Corolário desse dever constitucional, o art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81 estabelece que o poluidor é obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

A responsabilidade em matéria ambiental é objetiva, conforme a própria definição de poluidor, contida no art. 2º da Lei nº. 6.938/1981, como sendo toda pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. Acerca do nexo de causalidade, para o preenchimento do requisito, basta que o dano tenha advindo da atividade do poluidor, independentemente de culpa ou intenção de causar prejuízo ao meio ambiente.

Para Mirra (2019), no âmbito da responsabilidade objetiva fundada no risco integral, o que se exige é tão só o nexo de causalidade entre a existência ou a presença da atividade e o dano ambiental, independentemente de qualquer ação ou omissão específica do degradador, ainda que o fator desencadeante do dano ambiental seja um elemento externo à atividade ou um fato da natureza.

Feito esse breve contexto e seguindo-se para a ótica processual, a lei estabelece requisitos, como de competência, de legitimação e de tutela preventiva, específicos para a LACP, que serão abordados no tópico a seguir.

2. COMPETÊNCIA

Competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos. No conceito clássico, pode ser entendida como medida de jurisdição. Excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la ali, em concreto. Há, portanto, uma relação de adequação legítima entre o processo e o órgão jurisdicional (ARAÚJO CINTRA, GRINOVER; DINARMARCO, 2015).

A jurisdição como expressão do poder estatal não comporta divisões ou fragmentações, de modo que cada juiz e tribunal é investido dela. O exercício da jurisdição é distribuído pela Constituição e leis ordinárias, entre os órgãos jurisdicionados, de modo que cada qual a exercerá dentro de determinados limites. (ARAÚJO CINTRA, GRINOVER; DINARMARCO, 2015)

Para Marques (1974), competência é a medida de jurisdição, uma vez que determina a esfera de atribuições dos órgãos que exercem as funções jurisdicionais. Para Alland e Rials (2012), competência de maneira geral é essencialmente uma noção funcional que, quando vários órgãos são investidos de poder idêntico, possibilita designar aquele que vai exercê-lo concretamente. A designação é feita em função de critérios substanciais, cronológicos, geográficos, dentre outros, que permitem caracterizar determinada situação.

A competência de jurisdição é atrelada a qual a Justiça é competente para julgar

a causa, enquanto a competência de foro é relativa à comarca ou à seção judiciária na qual deve ser aforada a ação. O Código de Processo Civil (CPC), Lei Federal nº 13.105/2015, no capítulo que trata sobre competência, artigos 42 a 66, trata das regras de sua fixação e determina que as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei. Logo, cabe aos magistrados atuarem somente em processos que estejam nos limites de sua competência.

A competência é determinada no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta. O artigo 44 diz que, obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal, a competência é determinada pelas normas previstas no CPC ou em legislação especial, pelas normas de organização judiciária e, ainda, no que couber, pelas constituições dos Estados.

Nas causas cíveis a justiça comum se divide em Justiça Federal e Justiça Estadual e, assim, a questão então reside em saber diferenciar a competência federal e a competência estadual. A competência federal é determinada pelas partes ou pela causa de pedir, dispostas no artigo 109 da Constituição Federal. Quanto às partes, compete à Justiça Federal o julgamento das ações que tenham como autores, réus ou terceiros interessados que tenham relação com a União, empresas públicas federais, entidades autárquicas federais, dentre outras, salvo exceções previstas na legislação que podem prever que o processo deve, necessariamente, correr na Justiça Estadual ou na Justiça Especializada, exceções dispostas no artigo 45 do CPC. Já a competência da Justiça Estadual ocorre naquelas ações em que não haja competência das justiças especiais ou da Justiça Federal.

Nas ações civis públicas, a aplicação do CPC é subsidiária, naquilo em que não contrarie suas disposições. Portanto, não são aplicadas as regras gerais dispostas no CPC, como por exemplo, quando há o envolvimento de direito pessoal ou direito real sobre bens móveis, cuja demanda deveria ser ajuizada no foro do domicílio do réu ou, ainda, sobre direito real sobre imóveis, cuja ação deveria ser ajuizada no local onde estiver situado o imóvel, denominado de foro de situação da coisa.

Conforme o artigo 2º da LACP, ou seja, da legislação especial que é de aplicação obrigatória, as ações serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. As ACPs são essencialmente ações para reparação do dano e obrigações de fazer, não fazer e indenizar. O CPC possui redação similar no artigo 53 quando trata das demandas para reparação de dano, quando há, por exemplo, um ilícito, sendo a regra que a ação deva ser ajuizada no local do ato ou do fato.

Para Neves (2010), a correta interpretação da LACP será considerar competen-

te o foro do local em que ocorreu o dano (tutela ressarcitória) e o foro do local em que o ato ilícito viria a ocorrer (tutela inibitória). Dinamarco (2001) destaca que a LACP emprega linguagem inadequada quando diz ser funcional a competência de foro estabelecida no art. 2º, pois a pretensão do legislador seria dar por absoluta essa competência ao propor que o juízo deve ser no foro onde se localiza o dano, o que afastaria a possibilidade de eleição de outro foro e mesmo a prorrogação da competência territorial.

Anteriormente, a Súmula 183 do STJ orientou que competiria ao Juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo. O Supremo Tribunal Federal (STF), no entanto, no Recurso Especial nº 228955-RS, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, julgado em 24 de março de 2000, manifestou-se de forma contrária, ao considerar que o afastamento da jurisdição federal somente poderia dar-se por meio de referência legal expressa à Justiça Estadual, o que não haveria na LACP. O STJ então alterou o entendimento no sentido de que a participação de ente federal previsto pelo art. 109, I, da Constituição, exige a competência da Justiça Federal.

Quanto a extensão do dano, se local, regional e nacional, e seus reflexos na determinação da competência, a jurisprudência do STJ também é no sentido de que nos casos de dano regional ou nacional, a competência será concorrente entre o foro de uma das Capitais dos Estados envolvidos e o foro do Distrito Federal (STJ, CC 17.533- DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 2ª Seção, julgado em 30/10/01)

Sobre o conflito de competência entre Justiça Estadual e Federal, cita-se a recente decisão do STJ no Conflito de Competência Nº 144.922 - MG (2015/0327858-8), de relatoria da Ministra Diva Malerbi, sobre o rompimento da Barragem em Mariana/MG, em razão da qual foram ajuizadas ações civis públicas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG. No julgamento, ficou decidido pela conexão entre as ações civis públicas, considerando que existiam decisões conflitantes relativas à mesma causa de pedir e mesmo pedido, já proferidas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG. O julgamento conjunto das ações traria uniformidade e coerência na prestação jurisdicional, visando maior segurança jurídica. Cabe destacar que a conexão e a continência não figuram como espécies de competência, mas como causa ou fator da modificação de competência. (MARQUES, 1974)

Restou reconhecida a competência da Justiça Federal para o processamento das ações civis públicas. A competência cível da Justiça Federal é definida *ratione personae*, sendo de caráter absoluto. A Súmula 150/STJ diz que compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas. No caso, o interesse da União estaria relacionado à degradação de bem público federal, o Rio Doce, além de que suas consequências sociais e ambientais e o acidente decorreu da exploração de atividade minerária, cuja outorga cabe à União.

Sobre a definição do foro, a solução passaria pela análise concreta do caso, a fim de avaliar qual seria o pedido mais amplo e a prevenção. A solução foi a prevenção da Vara Federal de Belo Horizonte/MG, em razão da existência de ACP com escopo mais amplo (danos ambientais e danos pessoais e patrimoniais), já em curso na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG, na qual o Ministério Público Federal se habilitou, inclusive, como litisconsorte ativo. Menciona-se também um termo de ajustamento de conduta entre a União, Samarco e outros, expressamente prevendo que as divergências de interpretação decorrentes do acordo serão submetidas ao Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

Assim, além de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já teria sob sua análise outros processos, visando não só a reparação ambiental, mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de mais efetividade, que não corram o risco de ser neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos.

A decisão também se baseou na regra específica de prevenção estabelecida na LACP para definir o foro em que deveriam ser julgadas as ações coletivas e na aplicação subsidiária do CDC que, no art. 93, determina que, ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, ou no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional.

Como exceção à regra geral e visando a facilitação do acesso à Justiça, ponderou-se que as situações que envolvam aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia, tais como o ressarcimento patrimonial e moral de vítimas e familiares, combate à abuso de preços etc. ou mesmo abastecimento de água potável que exija soluções peculiares ou locais, poderão ser objeto de ações individuais ou coletivas, intentadas cada qual no foro de residência dos autores ou do dano.

3. LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimidade traduz-se na pertinência subjetiva da ação. Segundo Marques (1974), a razão dessa conceituação é porque a legitimidade *ad causam*, ou legitimação para agir ou também legitimidade de parte, consiste na individualização daquele a quem pertence o interesse de agir e daquele em frente ao qual se formula a pretensão. Aquele que pede a tutela jurisdicional deve ser o titular da pretensão formulada ao Poder Judiciário e deve apresentá-la em face de quem é o sujeito passivo dessa mesma pretensão. Legitimação *ad causam* significa existência de pretensão subjetivamente razoável.

A legitimação *ad causam* pode ser ordinária ou extraordinária, sendo que a primeira ocorre quando a ação é exercida pelo titular do interesse afirmado na pretensão e contra o sujeito passivo desta e, já a segunda, ocorre quando a lei confere o direito de ação a quem não seja titular do direito afirmado na pretensão, como nos casos de substituição processual. (MARQUES, 1974)

O CPC, no art. 6º, prevê que ninguém poderá, em nome próprio, defender direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Para Mazzilli (2012), os legitimados à ACP predominantemente defendem interesses alheios, coletivos, de titulares dispersos na coletividade, o que seria então o caso de legitimação extraordinária.

Na LACP, o art. 5º define o rol dos legitimados para o ajuizamento de ACP, sendo eles: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, requisito este que poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Se o Ministério Público não for parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. É, ainda, facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação, o MP ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. Poderá haver litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados. Há certa discussão sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública, posto que não bastaria um mero exame taxativo da lei, mas sim adentrar-se no mérito do caso a fim de avaliar se haveria a representatividade adequada da legitimação coletiva.

Cita-se o Recurso Especial nº 1.192.577 - RS (2010/0080587-7), no qual o ponto central da controvérsia seria saber se a Defensoria Pública possui legitimidade extraordinária para ajuizar ação coletiva em favor de consumidores de determinado plano de saúde que sofreram reajustes em seus contratos, em razão da mudança de faixa etária. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, “*é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*”. É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que “comprova-rem insuficiência de recursos” (CF, art. 5º, LXXIV), dando concretude a esse direito

fundamental.

No tocante aos pleitos de natureza coletiva, malgrado já se reconhecesse a legitimidade ativa deste órgão, foi apenas com a Lei n. 11.448/2007, que alterou o inciso II do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, que o legislador veio a conferi-la, expressamente, para o ajuizamento de ação civil pública. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - “a defesa dos necessitados” (CF, art. 134) -, devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro, inclusive no tocante aos processos coletivos, restringindo, assim, a legitimidade ativa dessa instituição para atender efetivamente as suas funções institucionais conferidas pela Carta da República. É reconhecida a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela de interesses me-taindividuais, tendo o STJ já sedimentado esse posicionamento. A guisa de exemplo:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE. 1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores. 2. Este Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. 3. Recursos especiais não-providos. (REsp 912849/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 28/04/2008)”

No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas. Dessa forma, a Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas.

Naquele caso em tela, o referido grupo – contratantes de plano particular de saúde - em questão não é apto a conferir legitimidade ativa adequada à Defensoria Pública, para fins de ajuizamento de ação civil pública, parecendo intuitivo que não

se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado. No entanto, a Defensoria Pública poderá continuar atuando em defesa do consumidor de plano de saúde que comprovar, no caso concreto, que não detém condições econômicas de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família, mesmo em se tratando de litígio relacionado ao contrato em questão.

Argumentos contrários à legitimidade da Defensoria para ajuizar ACP seria de que o objetivo seria a assistência jurídica e não serem substituídas na ação que, no caso da Defensoria, atuar em nome próprio e assumir o controle da ação, esta já seria a função do Ministério Público, o qual não pode atuar por representação processual (advocacia) e assim teríamos duas Instituições com função similar e a assistência jurídica relegada a segundo plano.

Na ADI 3943, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), para contestar o art. 5º da Lei 7.347/85, que concede a legitimidade à Defensoria, alega a parte autora que a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados impede, pois, o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades, pois concede à Defensoria Pública atribuição não permitida pelo ordenamento constitucional, e mais, contrariando os requisitos necessários para a Ação Civil Pública, cuja titularidade pertence ao Ministério Público, consoante disposição constitucional. Não haveria possibilidade de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como possuidora de legitimação extraordinária.

A decisão do STF na ADI 3943 foi pela constitucionalidade da Lei nº 7.347/85, prevendo a Defensoria Pública como um dos legitimados para propor ação civil pública. Segundo o STF, a Defensoria Pública pode propor ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Segundo a Ministra Cármen Lúcia, a legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento de ação civil pública não está condicionada à comprovação prévia da hipossuficiência de possíveis beneficiados pela prestação jurisdicional. Cita a tese fixada no julgamento do RE 733.433, apreciando o Tema 607 da repercussão geral no qual “*A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.*”.

O Ministro Roberto Barroso corroborou essa conclusão e afirmou que o fato de se estabelecer que a Defensoria Pública tem legitimidade, em tese, para ações civis públicas não exclui a possibilidade de, em um eventual caso concreto, não se reconhecer a legitimidade da Instituição. O Ministro Teori Zavascki segue na mesma linha e afirma que existe uma condição implícita na legitimidade da Defensoria Pública para ações civis públicas que é o fato de ela ter que defender interesses de pessoas hipossuficientes, sendo esta uma condição imposta pelo art. 134 da Constituição Federal.

O que se está afirmando é que, para a Defensoria Pública ajuizar a ACP aquele

interesse discutido na lide tem que, de algum modo, favorecer seu público-alvo (hipossuficientes), ainda que beneficie outras pessoas também.

A LACP não faz qualquer condicionamento à legitimidade da Defensoria Pública, como o faz com as associações, as quais, nos termos do inciso V do artigo 5º da norma, devem estar constituídas a mais de um ano e incluir a respectiva matéria dentre suas finalidades. Entendeu-se também pela presunção de legitimidade da Defensoria Pública para a tutela do ambiente, cabendo à parte contrária ou mesmo ao Ministério Público na sua atuação como fiscal da lei provar que não há reflexos diretos ou mesmo indiretos em direitos socioambientais das pessoas necessitadas.

Portanto, a Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. No caso de interesses difusos, possui legitimidade ampla, pois basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas, considerando vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. Para interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas.

4. TUTELA PREVENTIVA

O art. 3º da LACP dispõe que a ACP terá por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Nas obrigações de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor. (Art. 11). Para condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Ao tratar da tutela preventiva, o art. 12 determina que poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar

Há previsão de ajuizamento de ação cautelar, no art. 4º, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Na prática forense, o que se verifica é que a grande maioria das ACPs ajuizadas pelo Ministério Público possuem pedidos liminares, buscando-se assim utilizar-se do instrumento da tutela preventiva. O que se observa é que, com exceção daqueles

para a cessação imediata da atividade nociva até o julgamento da lide, os pedidos liminares se confundem com a prestação jurisdicional final nas obrigações de fazer e não fazer, sob o argumento geral de que, por considerar que o ordenamento jurídico brasileiro protege o meio ambiente natural, seria sempre a utilização das medidas de urgência consagradas na legislação processual, como a do art. 12 da LACP.

Por se tratar de tutela preventiva, permanece a necessidade dos pressupostos autorizadores para sua concessão, previstos no art. 300 do CPC, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo caso a liminar não seja deferida, que devem ser analisadas no caso concreto pelo julgador. O parágrafo 3º do art. 300 do CPC prevê que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

A probabilidade do direito, ou *fumus boni juris*, em geral, diz respeito ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim declarado pela Constituição, e às demais normas infraconstitucionais, como a Política Nacional do Meio Ambiente e o Código Florestal, em especial na parte que trata de áreas especialmente protegidas, como as áreas de preservação permanente e a reserva legal dos imóveis rurais. O *periculum in mora*, ou o perigo da demora na prestação jurisdicional, pode decorrer do risco de perpetuação do dano ambiental e pela impossibilidade de regeneração da vegetação ao seu estado natural caso não seja, de imediato, cessada a conduta lesiva ao meio ambiente.

Inúmeras vezes, neste momento processual, ou seja, pedido liminar sem a manifestação da parte contrária, são pleiteados pelo Ministério Público o embargo imediato de obras e construções e seu desfazimento, isolando toda a área impedindo a ocupação humana, a exploração de qualquer atividade comercial, a realização de aterros, supressão da vegetação, edificações, plantio, despojamento de entulhos, ou qualquer outra intervenção, sob pena de multa diária.

É certo que deve haver ponderação na concessão das medidas liminares. Havendo o embargo judicial de obra, em especial naquelas devidamente autorizada pelo Poder Público, e, ainda, sabendo-se da longa tramitação de processos judiciais, em especial aqueles ambientais, o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo pode ser maior pelo deferimento da liminar do que pelo seu indeferimento.

De todo modo, é importante notar a importância da tutela preventiva nas lides ambientais, considerando o agravamento dos danos ambientais com o passar do tempo, em especial na manutenção de construções não autorizadas em áreas de preservação permanente, o que impede a regeneração da vegetação e o reequilíbrio das funções ecológicas as quais se pretende proteger.

Não há que se falar em qualquer direito adquirido à manutenção de situação que gere prejuízo ao meio ambiente. (RODRIGUES, 2021). Isto porque não há direito adquirido a poluir e, como já consolidado na Súmula 613 do STJ, não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental.

Ademais, reconhece-se a imprescritibilidade das pretensões à reparação do dano ambiental, decorrente da indisponibilidade do direito ao meio ambiente, como direito fundamental e do meio ambiente como bem de uso comum do povo. A aplicação do Direito Ambiental comporta, sempre, obrigação de resultado, qual seja, a preservação e a conservação da qualidade ambiental propícia à vida em todas as suas formas imprescindíveis à realização do tão desejado desenvolvimento sustentável. (MIRRA, 2019)

CONCLUSÃO

A Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985, é um importante e recorrente instrumento judicial para a tutela do meio ambiente e eventual responsabilização, sendo um importante marco para o ajuizamento de ações judiciais para a defesa de interesses transindividuais.

O objeto compreendido no art. 1º da LACP é claro ao permitir o ajuizamento de ACP por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente. Trata-se de garantia de acesso coletivo à Justiça, cuja lesão ou ameaça a direito devem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

Sobre a competência, é medida de jurisdição, no qual cada órgão só exerce a jurisdição dentro da medida que lhe fixaram as regras sobre competência. A LACP determina que as ações serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. A controvérsia residiria então na competência jurisdicional ser da Justiça Estadual ou da Justiça Federal.

Os Tribunais Superiores já pacificaram o entendimento no sentido de que a participação de ente federal previsto pelo art. 109, I, da Constituição, exige a competência da Justiça Federal. Nos casos de dano regional ou nacional, a competência será concorrente entre o foro de uma das Capitais dos Estados envolvidos e o foro do Distrito Federal.

Considerou, ainda, ser competência cível da Justiça Federal definida *ratione personae* e de caráter absoluto, que a União foi incluída no polo passivo da ação interposta perante a Justiça Federal e em nenhum momento contestou sua participação na lide.

Não haveria então dúvida do interesse da União na causa, na medida em que toda a questão perpassa pela degradação de bem público federal, o Rio Doce, e suas consequências sociais e ambientais e que o acidente decorreu da exploração de atividade minerária, cuja outorga cabe à União. Nos casos em que o dano vai além de uma circunscrição judiciária, a fixação do foro competente é fixada pela prevenção.

Já a legitimidade traduz-se na pertinência subjetiva da ação, a chamada legitimidade *ad causam*. Os legitimados à ACP predominantemente defendem interesses

alheios, coletivos, de titulares dispersos na coletividade, o que seria então o caso de legitimação extraordinária.

Na LACP, o art. 5º define o rol dos legitimados para o ajuizamento de ACP, sendo eles: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e associações que incluam dentre suas finalidades os bens tutelados aos quais a ACP tende a proteger.

Há certa discussão sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública, que vale dizer, já se encontra superada, eis que, além de expressa permissão legal, o STJ já reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela de interesses transindividuais e, por consequência, para ajuizamento de ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente.

Igualmente, na ADI 3943, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 7.347/85, prevendo a Defensoria Pública como um dos legitimados para propor ação civil pública. A questão a ser analisada pelo juiz é somente se o ajuizamento da ACP pela Defensoria pode favorecer seu público-alvo, que são os hipossuficientes.

Por fim, no que tange à tutela preventiva, o art. 12 determina que poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia. De todo modo, devem estar presentes os requisitos autorizadores do art. 300 do CPC que trata de tutelas de urgência, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo na demora que pode prejudicar o resultado útil do processo.

REFERÊNCIAS

ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário da Cultura Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001.

LIMA, Maria Isabel Leite Silva de. UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PAULISTA SOBRE A TUTELA AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS In: III Congresso Internacional UNIFIEO - Métodos de casos em direitos humanos nos tribunais: convergências e controvérsias – G2: jurisprudência dos tribunais infraconstitucionais em matéria de direitos fundamentais: leading cases. 3 ed. Osasco: EDIFIEO, 2016, p. 75-91.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Volume I. São

Paulo: Saraiva, 1974.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo — meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre o objeto da Ação Civil Pública. Anais do 17º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 7º Congresso de Direito Ambiental dos Países de Língua Portuguesa e Espanhola, e 7º Congresso de Estudantes de Direito ambiental. São Paulo, 2012. Disponível em www.mazzilli.com.br/pages/artigos/notasobjetoacp.pdf. Acesso em 10 out 2021.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 48, p. 47-71, Março-Abril/2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Competência na ação civil pública ambiental. Disponível em: <https://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151757060.competencianaACPAmbiental.pdf>. Acesso em 21 out 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente: Tutela contra o ilícito, o risco e o dano ao equilíbrio 4ª ed., São Paulo: Editora Foco, 2021.

O *AMICUS CURIAE* NAS AÇÕES POPULARES AMBIENTAIS E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS

Waldir Viana Ribeiro Junior¹

Resumo: No ordenamento brasileiro, o instituto do *amicus curiae* foi positivado no bojo da Lei 9.869/1999, que regulamentou as ações especiais de controle de constitucionalidade, portanto, com campo bem restrito de aplicação. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil no ano de 2016, em razão da previsão inserta no art. 138 passou a ser aplicável às ações em geral, para colaborar com o Judiciário, fornecendo elementos para melhoria do conhecimento e convicção do julgador, se este assim reputar oportuno e conveniente, diante da “relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”. Embora não restrito às ações coletivas, é nestas que o *amicus curiae* é visto com maior frequência, por ser natural, na senda dos direitos transindividuais, o julgamento atingir terceiros que não participam da relação processual. No âmbito das ações coletivas para proteção do meio ambiente, bem constitucional de difusão irradiada, o tema é sobremaneira importante. Busca-se compreender a natureza jurídica do instituto, o tipo de interesse que o diferencia das formas clássicas de intervenção de terceiros, o significado e alcance exatos de seus requisitos e a interoperabilidade entre os microsistemas processuais coletivo e geral para, ao final, procurar estabelecer quem, de fato, está legitimado a intervir numa ação coletiva ambiental e quem não estará.

Palavras-Chaves: *Amicus curiae* – auxiliar da justiça - interesse institucional – transindividualidade - legitimação extraordinária - crise de representatividade - ação popular ambiental – ação civil pública ambiental.

1. INTRODUÇÃO

Embora não tenha o legislador empregado na ocasião, expressamente, o termo *amicus curiae*, parece ser consenso dentre os estudiosos do processo civil que, em nosso país, tal instituto fora introduzido no sistema positivado com a edição da Lei 9.869, de 10 de novembro de 1999, que regulamentou o procedimento especial das ações declaratórias de inconstitucionalidade - ADI e de constitucionalidade – ADC,

¹ Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado da Bahia, especialista em Direito Civil pela Universidade Jorge Amado e mestrando pela Universidade Católica de Santos.

de competência privativa do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, caput, I, “a”).

Mesmo dantes à entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, por conduto da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, a doutrina já via no art. 7º, §2º, da Lei 9.869/99 a figura do *amicus curiae*, ao permitir que o ministro relator, ante à constatação de certas condições objetivas e subjetivas, permitisse “a manifestação de outros órgãos ou entidades”, após elencar no rol exaustivo do art. 2º os legitimados ativos daquelas ações próprias ao controle concentrado de constitucionalidade de leis federais e estaduais e atos administrativos federais, bem como ter vedado, sem ressalvas, intervenções de terceiros. (NEVES, 2015, p. 258).

Nesse sentido MENDES: “embora não se admita intervenção de terceiros (art. 7º), poderá o relator, por despacho irrecorrível, acolher o pedido de interessados para que atuem como *amici curiae*”. (MENDES, 2021, p. 240). A ausência de maior densidade normativa que pudesse precisar os aspectos do instituto em comento, deu margem a muitas dúvidas na sua interpretação, cabendo com mais ênfase à Jurisprudência do STF, a tarefa de estabelecer pontos curiais, como o exato significado de “representatividade dos postulantes”, ou se entidades privadas, ou mesmo pessoas físicas, poderiam intervir nas ações especiais, na condição de *amicus curiae*.

Havia quem defendesse que, ao menos em se tratando de pessoas jurídicas, exigir-se-ia do *amicus curiae* “pertinência temática” similar àquela exigida pelo STF, para a própria propositura das ações de controle concentrado, interpretando o inciso IX, do art. 103, da CF, tocante às entidades sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Outros não chegavam a tanto, entendo que mesmo pessoas físicas poderiam vir perante o Tribunal, na condição de amigos da corte, desde que dotados de grande experiência na matéria, ou notável conhecimento técnico-científico, capaz de contribuir para uma melhor solução da demanda. (NEVES, 2015, p. 260).

De toda sorte, os debates sobre a intervenção desse novo (entre nós) ator processual despertava pouco interesse prático dos operadores do Direito em geral, merecendo maior atenção dos constitucionalistas, interessados no estudo do controle concentrado de constitucionalidade e no desvendamento das nuances das ações tratadas nas Leis 9.868/1999 (ADI e ADC) e 12.063/2009 (ADO).

Mas, nesses instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade de normas tem-se o denominado processo objetivo, que não possui partes. Porquanto destinado à defesa da Constituição, basta uma dúvida acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, para incorrer no interesse público na sua instauração. “Não se há de exigir do autor a demonstração de interesse jurídico específico como pressuposto da instauração de controle abstrato de normas”. (MENDES, 2021, p. 84/87).

Dantes à vigência do CPC de 2015, as jurisprudências, tanto do STF como do STJ, restringiam a intervenção do *amicus curiae* às hipóteses expressas, vedando aplicações analógicas dos preceitos sobre o instituto, noutras formas processuais não contempladas. Resolvendo questão de ordem no âmbito do julgamento do REsp n.º 1.023.053-RS, originado numa ação ordinária, em que as partes discutiam a natu-

reza do “auxílio-alimentação” pago por empregador, para fins de integração de aposentadoria complementar privada, decidiu o STJ em Aresto datado de 23/11/2011:

[...]

Ocorre, porém, que a participação do *amicus curiae* é prevista no ordenamento jurídico no processo e julgamento de ações de natureza objetiva, admitindo-se essa hipótese de intervenção, excepcionalmente, no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares demonstrar a generalização da decisão a ser proferida. Nesse sentido as Leis 9.868/99 (ADI e ADC), 9.882/99 (ADPF), 10.259/2001 (RE contra decisão dos Juizados Especiais Federais); arts. 482 (incidente de inconstitucionalidade) e 453-C (recursos repetitivos), amos do CPC.

No caso em exame, todavia, não restando o presente recurso submetido ao rito de recursos repetitivos e nem incluindo em alguma das outras hipóteses mencionadas, não há previsão legal para a inclusão da ABRAPP na condição de *amicus curiae*.

O deferimento do pedido, no caso presente, levaria à possibilidade de participação da ABRAPP como *amicus curiae*, ao menos em tese, em todos os demais recursos em que esteja em discussão direito individual a benefício previdenciário pago por entidade fechada de previdência, o que não encontra amparo na legislação processual.

[...]

Interessante viés perceptível na leitura do voto condutor da Ministra Maria Isabel Gallotti no mencionado acórdão, tocante à cautela na aplicação, por analogia, de normas processuais, quando capazes comprometer a razoável duração do processo, senão a racionalidade do sistema. Ampliar a possibilidade de intervenção de inúmeras entidades como *amicus curiae*, em ações subjetivas, precipuamente na fase recursal, poderia decorrer em efeitos indesejados.

O entendimento então firmado no STJ guardava sintonia com o tradicional primado de que, “em regra geral, as normas processuais devem ser havidas como absolutas e imperativas”, pois diretamente atreladas à função jurisdicional do Estado, que utiliza o processo judicial como instrumento para correta aplicação das leis que regem as relações subjetivas, entre particulares e entre estes e o poder público. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 5/25). De toda forma, iniciada a vigência do atual CPC, em 16 de março de 2016, que na Parte Geral, Livro III (que trata da intervenção de terceiros), dedicou o Capítulo V à figura do *amicus curiae*, que desde então adquiriu dimensão muito maior, certamente não mais restrita a poucas e específicas hipóteses.

Para Donizetti, a ampliação das possibilidades de atuação do *amicus curiae*, na forma do art. 138, do CPC/2015, liga-se à “função paradigmática” dos tribunais superiores, unificar a interpretação do ordenamento positivo, através de precedentes vinculantes para os órgãos judiciais das instâncias ordinárias. Trata-se de “uma forma de legitimação dos procedimentos judiciais, porquanto viabiliza uma interpretação pluralista e democrática, permitindo que a decisão proferida em determinado caso, seja adotada como regra geral para casos idênticos”. (DONIZETTI, 2015, p. 117/118).

A mesma funcionalidade do novo sistema de precedentes vinculantes, introduzido pelo novo CPC/2015, fora também detectada pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, cujo enunciado 250, a despeito de se referir expressamente ao processo trabalhista, se amolda perfeitamente ao processo civil: “obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate, portanto, mais democrática”.

2. NATUREZA JURÍDICA DO AMICUS CURIAE. TERCEIRO INTERVENIENTE OU AUXILIAR DA JUSTIÇA?

A despeito do inegável progresso do tratamento do *amicus curiae* no novo CPC, sobretudo frente às disposições anteriores, os comandos normativos extraídos das disposições do art. 138, cujo *caput* vem circundado por três parágrafos, ainda são insuficientes para arredar diversas dúvidas acerca dessa figura jurídica, deveras recente e ainda pouco compreendida no Brasil.

Todavia, a disciplina relativamente sucinta, pode não ter sido mero descuido do legislador adjetivo. Provavelmente não foi descuido, pois ao contrário do Estatuto Processual Civil de 1973, imbricado com normas “fechadas”, não raro excessivamente descritivas, que “engessavam” a atividade do julgador diante das novas contingências, que a todo tempo surgem na dinâmica social, o CPC/2015 têm como característica marcante suas fórmulas abertas, delegando aos aplicadores a missão de adequá-lo à realidade social e jurídica, posto que não sendo estas estáticas, o processo também não pode sê-lo.

Qualquer que seja o instituto jurídico, para se estabelecerem os diversos aspectos para sua correta aplicação, primeiramente é preciso buscar em qual classe encontra-se inserido, pois cada classe traz algumas características gerais, que lhe imprimem os principais contornos, traçando um norte seguro para o intérprete lidar com as particularidades das respectivas espécies.

No que pertine ao *amicus curiae*, nota-se acirrada divergência entre duas correntes, ambas dotadas de consistentes argumentos justificadores. Uma vislumbra no *amicus curiae* uma forma de intervenção de terceiros, tal como elencada pelo legislador, que alocou o art. 138 num Capítulo do Livro que trata das espécies de intervenção de terceiros.

Não se olvida, contudo, a maioria destes, de observar que se trataria de uma espécie deveras peculiar de intervenção de terceiros, merecendo, por isso, adjetivações

que o designam como uma subespécie de intervenção de terceiros. “anômala” ou “*sui generis*”. (DONIZETI, 2015, p. 118). Para Bueno (2017), uma “modalidade diferenciada de intervenção de terceiros”.

Esta é a posição de Neves (2017), para quem, não obstante ter o legislador tratado o *amicus curiae* como uma modalidade de intervenção de terceiros típica (expressamente regulamentada), é contundente ao dizer que o correto seria “terceiro interveniente atípico”, pois o interesse que o leva a interferir no processo o difere do gênero dos auxiliares do juízo.

Bastante interessante é a posição de Didier (2016), que vai mais além e vislumbra no *amicus curiae*, após ingressar no feito, a condição de verdadeira parte, porquanto se manifesta irrestritamente sobre a ação “em toda a sua complexidade” (inclusive o mérito), não percebendo honorários, nem estando sujeito às causas de suspeição e impedimento dos peritos, circunstâncias estas que o distinguiriam dos auxiliares do juízo.

Noutro giro, é na própria conceituação inserta no art. 138, do CPC (independentemente da mera capitulação) que Theodoro Júnior extrai o sentido de constituir-se o *amicus curiae* num “auxiliar especial do juiz, a quem cabe informações técnicas reputadas relevantes para o julgamento da causa”, não podendo ser tido, no entanto, como uma das figuras clássicas de auxiliares do juízo, eis que repleto de peculiaridades. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 423).

Merecem ser colacionados Nery Junior e Andrade Nery, os quais compartilham também da corrente que vê no *amicus curiae* um auxiliar do juízo, na medida em que ao julgador compete fixar os limites do amigo da corte, inclusive fixando-lhe os prazos, “em prol da boa administração da justiça”. (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2018, p. 683/685).

Marioni, Arenhart e Mitidiero não expõem com clara sua posição ante o dilema da natureza da intervenção do *amicus curiae*. Ora asseveram que “é um terceiro, representativo de certo grupo, categoria ou interesse [...]”, ora que “intervém para auxiliar o juiz; não pode ser equiparado às intervenções de terceiros clássicas, já que o terceiro, aqui, não auxilia nenhuma das partes”. (MARIONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 296/297).

No STF, a questão da qualidade jurídica do *amicus curiae* fora enfrentada algumas vezes, prevalecendo, na Corte, o entendimento de que é um “colaborador da justiça” (que parece sinônimo de auxiliar do juízo), que não será afetado diretamente pelo resultado do julgamento, não tendo qualquer direito subjetivo de ingressar na relação processual. É o que denota o voto condutor do saudoso Min. Teori Zavascki, prolatado em embargos de declaração na ADI 3.460/DF:

4. Realmente, o figurino do *amicus curiae*, além de pouco amadurecido dogmaticamente, ainda não conta com o abono de uma positividade mais abrangente, o que tem propiciado o surgimento de perplexidades como essa. Algumas características, porém, pa-

recem marcar-lhe a essência no ordenamento brasileiro: o *amicus curiae* é um colaborador da justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento, que não atinge a sua esfera jurídica em condições diferentes do que as demais pessoas desvinculadas da relação processual. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença do *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, consequentemente, um direito subjetivo processual do interessado.

Esta última corrente, que vê o *amicus curiae* como nova espécie de auxiliar de juízo, parece a que melhor se amolda ao critério que justifica a participação de alguém que não aduz interesse jurídico na lide, porquanto não suportará diretamente os efeitos que exsurgirão do julgamento.

3. INTERESSE INSTITUCIONAL VERSUS INTERESSE JURÍDICO.

A condição precípua a ser aferida de qualquer um que se pretenda solicitar ou admitir a intervenção na qualidade de *amicus curiae* é o “seu interesse institucional – que é o traço distintivo desta modalidade interventiva, que não se confunde com o ‘interesse jurídico’ das demais modalidades interventivas”. (BUENO, 2017, p. 195).

Com sua expertise numa área específica do conhecimento, que seja tema da demanda, contribui para melhor composição de lides de acentuada repercussão social, além de aumentar a legitimidade da decisão tomada pelo Judiciário, eis que nessas ações, nem todos aqueles que serão potencialmente atingidos de algum modo, têm legitimidade legal para integrar a relação jurídica adjetiva. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 423).

Sobre esse ponto, Neves, lembra que também a vivência prática e o conhecimento empírico sobre certos assuntos relevantes, ligados à demanda, podem ser considerados, para aferir a conveniência dessa manifestação, pois “o interesse institucional é voltado à melhor solução possível do processo, por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão”. (NEVES, 2017, p. 372). Ao menos no tocante ao fundamento de legítima a atuação do *amicus curiae*, não parece haver divergência quanto ao “interesse institucional”, como sua razão de ser.

4. TRANSINDIVIDUALIDADE – RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E REPERCUSSÃO SOCIAL DA CONTROVÉRSIA.

Traço indissociável atribuído ao *amicus curiae* pelo art. 138, do CPC/2015, é a

transindividualidade potencial do julgamento da ação. Os requisitos da “relevância da matéria” ou “repercussão social da controvérsia” explicitam a destinação primordial aos processos coletivos, àquelas ações próprias à tutela dos interesses coletivos ou difusos, capazes de impactar sensivelmente o tecido social.

Tanto assim, passará a ser admissível, também em ações individuais, nas seguintes hipóteses eventuais, todas elencadas no CPC: a) instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade, em sede de Tribunais inferiores (art. 950, § 3º); b) o STF admitir análise de repercussão geral, em recurso extraordinário (art. 1.035, §4º); c) julgamento de recursos repetitivos, no STF ou STJ (art. 1.038, *caput*, I). Soma-se a essas hipóteses o procedimento para edição, revisão ou cancelamento pelo STF, de suas súmulas vinculantes (Lei 11.417/2006, art. 3º, §2º).

Em todos esses casos, não obstante os processos tenham se formado e desenvolvido dentro da sistemática comum da tutela individual, é irrefutável que, a partir da instauração dos indigitados incidentes processuais, adquirem verdadeira dimensão coletiva, operando, desde então, a depender da resolução do incidente, efeitos sensíveis a grupos de pessoas mais ou menos determináveis, ou mesmo indetermináveis.

Interessante nota lançada por Didier (2018) em seu Curso, se mostra bem elucidativa. No julgamento de habeas *corpus* em favor de único paciente, em que se discutia o significado e alcance de elementos normativos que compõem o tipo penal incriminador do delito de racismo, o STF admitiu a participação de um jurista, na condição de *amicus curiae*, colhendo seu parecer. Argumentou-se a relevância social que resultaria da decisão.

Estas alusões prestam-se, exclusivamente, a demonstrar o liame insuperável entre o instituto do *amicus* e o aspecto transindividual da demanda, para sua aplicação.

Não cabe aqui se aprofundar nas demais hipóteses legais de cabimento do *amicus*, que não aquela do art. 138, genérica e passível de aplicação nas ações típicas à tutela coletiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja proteção não é dever exclusivo do Estado, mas de todos os indivíduos – CF, art. 225.

5. INTEROPERABILIDADE ENTRE MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO E CPC/2015.

É usual se fazer referência a um microssistema coletivo, composto por leis que disciplinam, especificamente, as tutelas judiciais de vários direitos coletivos no sentido lato, compreendendo os coletivos *stricto sensu* e os difusos. Contudo, a doutrina considera duas dessas leis como sendo as principais e mais utilizadas no exercício da tutela dos interesses metaindividuais, a Lei da Ação Civil Pública - LACP (Lei 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078/1990), que juntas, formam o “núcleo duro” desse microssistema. Dentre elas inexistente ordem de precedência preestabelecida, sendo raros os pontos de conflito, “há uma quase perfeita interação entre os dois diplomas”. (NEVES, 2021, p. 45/46).

O microsistema coletivo não dispensa, no entanto, a interoperabilidade com o sistema processual civil geral, estatuído no CPC. Diferente do revogado CPC/1973, o atual Estatuto é aberto à dialética com as legislações especiais e, no caso do microsistema coletivo, incorporou diversos dos seus institutos.

No que respeita ao *amicus curiae*, a interoperabilidade é latente. O art. 138 deixa claro que só pode ser aplicado aos processos coletivos (ou nos individuais que, em razão de incidentes processuais, adquiram certa dose desse caráter). Mas, ao mesmo tempo, abre o instituto para ser aplicado pelo Juiz da causa, até de ofício, sempre que vislumbrar que, da natureza do direito material debatido ou da quantidade de pessoas potencialmente afetadas, convém a participação de outros atores sociais, desinteressados em obter vantagens pessoais.

6. MITIGAÇÃO DA CRISE DE REPRESENTATIVIDADE.

Bom exemplo dessa alvissareira intersecção entre o microsistema processual coletivo e novo sistema inaugurado pelo CPC/2015, é concretização do princípio da participação, estampado no art. 138, com a possibilidade de manifestação de pessoas físicas e jurídicas, relacionadas ao direito material coletivo ou difuso discutido, mas que carecem de legitimidade para dar início à ação, formar litisconsórcio ulterior, ou intervir como terceiro dotado de poderes processuais.

A efetividade das garantias do contraditório e ampla defesa sempre despertou muitos debates dentre os juristas. Na convicta explanação de Neves, “não existe legitimação ordinária no polo ativo das ações coletivas, de forma que os titulares do direito material discutido no processo não poderão, por falta de legitimidade para tanto, participar do processo”. (NEVES, 2021, p. 134).

Para o mesmo autor, nas ações individuais, que eram (CPC/1973, art. 6º) e continuam sendo (CPC/2015, art. 18) regidas pela “legitimidade ordinária”, os titulares do direito material litigioso correspondem àqueles que detém a titularidade do direito de provocar a jurisdição. Por corolário, terão assegurados todos os meios e instrumentos que integram o devido processo legal, para defenderem suas posições, com efetivos contraditório e ampla defesa.

Nas ações coletivas, não há essa confluência das titularidades dos direitos substantivos e de ação. A lei elege determinados entes ou instituições, com vistas nos seus perfis e objetos finalísticos, para tutelarem, judicialmente, direitos que não pertencem a eles, mas a grupos mais ou menos dispersos ou à coletividade, fenômeno denominado legitimidade extraordinária, acolhido no art. 18 do CPC/2015. “Essa ausência do titular do direito no processo impede que ele exerça na prática os princípios do contraditório e da ampla defesa, cuja defesa ficará a cargo do substituto processual”. (NEVES, 2021, p. 134). A incidência do art. 138 do CPC nos processos coletivos, não resolve totalmente, mas atenua bastante a crise de representação que plaina sobre as ações transindividuais, fortemente marcadas pela legitimidade extraordinária.

7. CRITÉRIO DA EXCLUSÃO A PARTIR DO INTERESSE PROCESSUAL.

Surge aqui a principal questão objeto desta singela investigação. É preciso buscar estabelecer a quem é dado, em cada uma das espécies de ações coletivas, quando intentada com o desiderato de tutelar o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a faculdade de comparecer perante o juízo da causa, na condição de *amicus curiae*, para contribuir, desinteressadamente, com a melhor composição da lide, do ponto de vista da coletividade.

Não parece ser nenhum disparate supor que as respostas podem ser encontradas por exclusão, a partir do reconhecimento da existência de legitimidade ativa ou do interesse jurídico, que possuam os pretensos amigos da corte. Acima, foram analisadas a distinção entre interesse institucional, requisito legal para intervenção do *amicus curiae* e interesse jurídico, exigível nas modalidades de intervenção de terceiros propriamente ditas.

Também se cotejou o interesse jurídico como nascedouro de irrefutáveis direitos subjetivos dentro do processo, poderes que a lei processual assegura àqueles terceiros que, de fato, intervém na relação, poderes estes não outorgados ao *amicus curiae* (que, portanto, consiste num auxiliar do juízo). Em síntese, quem tiver legitimidade para figurar como autor ou réu de uma espécie de ação coletiva, ou interesse jurídico que o autorize a ingressar na relação adjetiva, como terceiro interveniente, não poderá postular ser admitido como *amicus curiae*.

Ressaltar-se-á, ainda que haja proibição legal de intervenção de terceiros em uma determinada modalidade de ação coletiva, o portador de interesse próprio não poderá pretender valer-se do art. 138 do CPC, pois se assim não fosse, estar-se-ia admitindo uma verdadeira fraude processual.

8. AÇÃO POPULAR AMBIENTAL E *AMICUS CURIAE*.

Importante instrumento processual de tutela de direitos coletivos é a ação popular. Criada pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, foi erigida pela Constituição de 1988 à condição de garantia fundamental, inserta no art. 5º, LXXIII, que faculta a qualquer cidadão usá-la, para impugnar ilegalidades, que ponham em risco ou lesem direitos difusos elencados no próprio preceito constitucional, figurando o meio ambiente expressamente dentre eles.

Na sintética expressão de Theodoro Júnior: “O benefício buscado por seu intermédio não se volta para o autor. É o povo, como um todo, que aproveitará de tal benefício, como titular que é do direito subjetivo a um governo honesto”. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 784).

A opção do constituinte, que limitou a legitimidade ativa da ação popular exclusivamente aos cidadãos, exclui a possibilidade de interpretações ampliativas, a partir

de outras normas do microsistema coletivo, para além dos cidadãos, assim compreendidos aqueles que estejam no pleno gozo dos direitos políticos, com exclusão daqueles que tiveram tais direitos perdidos, suspensos, ou não completaram todas as condições legais para adquiri-los. (PORTO, 2018, p. 521).

Estará apto, portanto, quem ostentar a condição de eleitor, no momento da propositura. Tanto assim, o art. 1º, §3º, da Lei 4.717/1965 exige prova documental dessa condição, que deverá acompanhar a inicial, como documento indispensável (CPC, art. 320), sob pena de indeferimento (CPC, art. 321, parágrafo único). A legitimação extraordinária para a ação popular é classificada como “disjuntiva”, cada um dos legitimados pode tomar a iniciativa da propositura, isoladamente, sem obrigatoriedade de formação de litisconsórcio (DIDIER JR, 2018, p. 233), do que se extrai sua amplíssima dimensão. Em tese, qualquer eleitor no Brasil estará legitimado, independentemente do seu domicílio eleitoral e do local donde praticado o ato objurgado.

Foi além o legislador. Não tendo figurado como coautor da ação, qualquer cidadão poderá nela ingressar *a posteriori*, como assistente, ou até mesmo litisconsorte ativo, força de previsão expressa nesse sentido, no art. 6º, §5º, da lei especial de regência. Todavia, a pouca precisão técnica do preceito causa certa dúvida.

Para Neves (2021), a opção do cidadão interveniente, pela assistência ou litisconsórcio dependerá da sua atuação concreta. Se aditar o pedido ou a causa de pedir (o que se admite até a estabilização da demanda, com a citação do réu – CPC art. 329) optará por formar litisconsórcio. Se não ampliar os limites da ação, optará por assistência. É desnecessário maior aprofundamento neste ponto. Litisconsórcio ou assistência, o que importa aqui é que há direito subjetivo de qualquer cidadão, de intervir, efetivamente, na relação processual, exercendo poderes legalmente assegurados, que resultam na incompatibilidade com o interesse institucional de *amicus curiae*.

A resposta possivelmente mais acertada à indagação, sobre a possibilidade do cidadão se manifestar em ações populares ambientais, na condição de *amicus curiae*, parece ser a negativa. Outra dúvida surge da convergência entre a ação popular e o *amicus curiae*, sobre a possibilidade de assim manifestar-se a pessoa jurídica, em nome da qual se editou o ato coimado lesivo ao bem material transindividual.

São destituídos de legitimidade para o manejo da ação popular, além dos não eleitores, as pessoas jurídicas, públicas e privadas, inclusive os entes federativos (súmula 365, STF). Contudo, embora não possa iniciar a ação popular, poderá a pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da qual fora o ato lesivo praticado, por expressa disposição no art. 6º, §3º, da LAP, optar por “atuar ao lado do autor”, ao invés de contestar o pedido (legitimação bifronte).

A faculdade processual de resistir ou aderir, formalmente, ao pedido da ação popular, expõe, suficientemente, o interesse jurídico direto no desfecho do julgamento. Disso, pode-se inferir que o ente público ou privado, em nome do qual se emanou o ato lesivo ao interesse difuso, não é admissível como *amicus curiae*.

CONCLUSÃO

Talvez pelo curto período de vigência do CPC/2015, não tenha ainda o Judiciário tomado consciência da grande importância que repousa na correta distinção entre o que seja interesse institucional e interesse jurídico, para se aferir quem está apto a contribuir, desinteressadamente, para a solução mais adequada dos litígios ambientais, sob a óptica da coletividade, despido de pessoais seus ou de grupos mais ou menos determináveis.

A pretexto da boa intencionada abertura democrática do processo judicial coletivo, muitas vezes se tem admitido mal disfarçadas manifestações de interesses nada sociais, por entidades representativas de interesses verdadeiramente jurídicos, quiza econômicos, de grupos, classes ou categorias. O sistema processual brasileiro coloca instrumentos de intervenção à disposição de terceiro que possa, de algum modo, em alguma dimensão ou intensidade, ser impactado pelos efeitos jurídicos resultantes do julgamento de ações coletivas ambientais.

E se casos há de em que o legislador vedou as intervenções de terceiros, não se pode olvidar que deliberações deste jaez decorrem de exercícios de ponderações entre valores jurídicos axiológicos conflitantes, estabelecendo, racionalmente, o ponto exato de equilíbrio mais adequado às espécies de litígios materiais subjacentes àquela modalidade de ação.

Admitir-se a intervenção de quem ostenta potencial para ser atingido, em alguma medida, em direitos próprios ou de algum terceiro a quem se mostre vinculado, na condição de *amicus curiae*, implica indesejável burla às normas processuais, que se sabe serem de ordem pública, editadas no interesse da boa administração da justiça, fora do livre alvedrio das partes e do próprio juízo.

Pior que isso, abre espaço para ações contrárias ao primado da boa-fé processual. Por exemplo, permite a quem se enquadre à moldura delineada para o assistente (CPC, art. 119), defenda seus próprios interesses jurídicos, sem as contrapartidas processuais apropriadas: sujeição às preclusões consumadas (recebe o processo no estágio que se encontre); assunção a titularidade em caso de contumácia do assistido (art. 122, parágrafo único); submissão aos efeitos da coisa julgada (art. 123).

Incumbe ao juiz ou relator o mister de dirigir o processo em sintonia com as normas cogentes que o regulam, coibindo comportamentos atentatórios (CPC, art. 139). Por isso, a filtragem da espécie de interesse do pretense *amicus curiae* pode e deve ser feita a qualquer momento, não só no ato da sua admissão. Caso admitido, se vier a manifestar-se de forma parcial, com foco a corroborar interesses não difusos, mas individuais ou de grupos determinados ou determináveis, há de ser revogada a decisão que o admitiu, inclusive com determinação do desentranhamento de seus escritos e exclusão dos registros de suas falas. É a antiga e bem conhecida máxima jurídica: “não há bônus sem ônus”.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. Saraiva. São Paulo: 2005.

COSTA, Rosana Henriques. Comentários ao código de processo civil (coord. Cássio Scarpinella Bueno), v. 1. Saraiva. São Paulo: 2017.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil, v. 1. JusPodvm. Salvador: 2018.

DONIZETTI, Elpídio. Novo código de processo civil comentado. Atlas. São Paulo: 2015.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. Novo curso de direito processual civil, v. 1. Saraiva. São Paulo: 2010.

MARIONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, DANIEL. Código de processo civil comentado. Revista dos Tribunais. São Paulo:2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. Saraiva. São Paulo: 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. Saraiva. São Paulo: 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: 2005.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de processo civil comentado. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de direito processual civil. Método. São Paulo: 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assunção, Manual de direito processual civil. JusPodvm. Salvador: 2017

NEVES, Daniel Assunção Amorim. Manual de processo coletivo. JusPodvm. Salvador: 2021.

PORTO, Sérgio Gilberto. Comentários à Constituição do Brasil (coord. JJ Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes e outros). Saraiva. São Paulo: 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo civil ambiental. JusPodvm. Salvador: 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1. Forense. Rio de Janeiro: 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, v.1. Fo-

rense. Rio de Janeiro: 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, v. 2. Forense. Rio de Janeiro: 2018.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Código de processo civil interpretado (coord. Antonio Carlos Marcato). Atlas: São Paulo: 2004

A PROVA PROCESSUAL EM CASO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AMBIENTAL

Noemi Lemos França¹
Nelson Flávio Brito Bandeira²

Resumo: Um litígio pode ter relativo sucesso ou fracasso a depender de como são registradas as provas no momento do dano ambiental para uso em processo. A responsabilidade civil em processo judicial sobre danos ambientais é afetada pela prova produzida no momento do ilícito e durante os seus efeitos no tempo. Então, a prescrição não pode influenciar negativamente o levantamento da prova do dano ambiental. Objetivos: criar medidas de efetividade das soluções pacíficas de conflitos e analisar criticamente o registro da prova do dano ambiental. Metodologia: dialética. Resultados: contribuição para o registro da prova do dano ambiental como subsídio em processos judiciais. Conclusão: dentre outras, em se tratando de danos decorrentes de invasão de terras indígenas, de efeitos imediato ou retardado, que seja usada a perícia com especialidade das ciências sociais para registro das provas.

Palavras-chave: Prova – Imprescritibilidade – Danos ambientais

1. INTRODUÇÃO

Este estudo descreve, pelo método de caso de Christopher Columbus Langdell (“Langdell”) (GHIRARDI, 2019), como a prova processual foi tratada no caso “Tema 999 de repercussão geral” (“Tema 999”), que tramitou no Supremo Tribunal Federal (“STF”). Para tanto, faz-se uma revisão bibliográfica de conceitos básicos como prova, controle de constitucionalidade e princípio da imprescritibilidade do dano ambiental.

Quanto à prova, tem-se que os meios pertinentes ao dano ambiental acompanham o sistema próprio de responsabilização civil. Esse sistema, por sua vez, segue as especificidades do direito ambiental e sua principiologia (CARVALHO, 2020, p. RB-4.1). Uma das especificidades do direito ambiental é o processo de interface entre o fato jurídico e outras ciências por seus especialistas, através de um laudo pericial, a fim de sanar dúvida sobre as consequências de um certo evento (CARVALHO, 2020,

¹ A autora é aluna regular do doutorado em Direito ambiental internacional da UNISANTOS – Universidade Católica de Santos, docente com prática em metodologia ativa e bolsista CAPES PROSUC Edital nº 76 de 1º/7/2021 (Lattes: <http://lattes.cnpq.br/51992951110b09969>).

² O autor é Procurador geral da Câmara Municipal de São Vicente/SP e mestrando em Direito ambiental da UNISANTOS (Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2286767464257082>).

p. RB-4.7).

É sabido que as ciências de um modo geral permanentemente atualizam seus objetos de estudo e disso resultam novos conhecimentos; diferentemente, um processo judicial tem limitações de tempo por razões de segurança jurídica. Então, é possível que uma decisão judicial precise ser proferida mesmo que a ciência esteja em estado de incerteza sobre uma questão (CARVALHO, 2020, p. RB-4.7). Se assim é em temas gerais tratados em processos judiciais, as questões ambientais têm como complicador a variável de que suas consequências não se revelam integralmente em período determinado, porque a causalidade do dano ambiental tem como característica um somatório de ações, sendo preciso identificar o agente diretamente relacionado e, o que se releva ainda mais complicador, um dano de efeito retardado (CARVALHO, 2020, p. RB-4.7), o que se explorará melhor no item 2.1.

A imprescritibilidade do dano ambiental diz respeito a um de fato jurídico que advém da inação do titular quanto ao exercício de direito subjetivo em dado lapso de tempo. O controle de constitucionalidade é uma tarefa do Estado, com ampliação de funções para um tribunal constitucional à proporção que tem implicação vinculativa normativa, sendo o controle concreto ou abstrato (IDP, 2009, pp. 89-90).

Esse controle se dá também quanto ao aspecto constitucional da proteção ambiental, ou ao “regime jurídico ecológico” (SARLET, 2021, p. RB-6.19). Este estudo também apresenta alguns dos problemas quanto à produção da prova processual e o fator tempo. Com esses pressupostos, esta pesquisa se justifica, porque a responsabilidade civil em processo judicial sobre danos ambientais é afetada pela prova produzida no momento do ilícito; então, a prescrição não pode influenciar negativamente o levantamento da prova do dano ambiental. No item 2, este trabalho descreve o debate nas questões jurídicas sobre controle de constitucionalidade ambiental, em especial quanto à imprescritibilidade do dano ambiental. No item 2.1, é analisada a experiência jurídica a partir do caso descrito quanto ao aspecto da prova processual. No item 3, elabora proposta de tratamento da prova processual em futuros casos semelhantes.

Com essa abordagem, a pesquisa tem como objetivo geral criar medidas de efetividade das soluções pacíficas de conflitos; e específico analisar criticamente o registro da prova no momento do dano. Metodologicamente, o estudo se dá pelo método dialético (BITTAR, 2016, pp. 34-35), que percebe lacuna no conhecimento, formula hipótese, inferência dedutiva e teste da pretensão da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese (BOAVENTURA, 2017). As técnicas de investigação são (GIL, 2009, p. 42) o levantamento bibliográfico (GIL, 2009, p. 42) ou técnica de investigação teórica, conceitual e normativa (BITTAR, 2016, ps. 215-217); e a análise de exemplos que “estimulem a compreensão” (GIL, 2009, p. 42) ou técnicas de investigação empírica estudo de caso (BITTAR, 2016, ps. 217-221). Os resultados são uma contribuição para o registro da prova do dano ambiental como subsídio em processos judiciais.

Como continuidade dessa pesquisa, tem-se como necessário o estudo de outros

casos de controle de constitucionalidade como os de números ADIs – Ações diretas de inconstitucionalidade nºs 6288, 5547, 3646 e 4066 e ADC – Ação direta de constitucionalidade nº 42 do STF – Supremo Tribunal Federal.

2. CASO DO “TEMA 999 DE REPERCUSSÃO GERAL” DO STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 17 de abril de 2020, o concluiu o julgamento proferido no âmbito do Recurso Extraordinário de nº 654.833, que teve como relator o Ministro Alexandre de Moraes, e fixou a tese da imprescritibilidade da pretensão pela reparação civil de danos ambientais, e, inclusive, restou reconhecida, por maioria de votos, a sua repercussão geral, sob a tutela de Repercussão Geral de nº 999, nos seguintes termos: “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”.

A estruturação da responsabilidade civil em matéria ambiental é consignada na noção de restabelecer a harmonia e o equilíbrio que, anteriormente consolidados, foram violados pela atitude danosa que lhe constitui como a fonte geradora. Portanto, afirma-se expressamente em lei que se promoverá a um desestímulo de novas atitudes que sejam perpetradas, associada à ideia de reparação de um dano patrimonial ou extrapatrimonial (MALUF, 2009).

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra geral é a de que a pretensão de exigir a reparação dos danos seja submetida à prescrição. A imprescritibilidade, portanto, é exceção. Depende de fatores externos que o ordenamento jurídico reputa inderrogáveis pelo tempo. Embora a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias não disponham acerca do prazo prescricional para a reparação de danos civis ambientais, sendo regra a estipulação de prazo para pretensão ressarcitória, a tutela constitucional a determinados valores impõe o reconhecimento de pretensões imprescritíveis. O que reforça a tese da imprescritibilidade do dano ambiental é a própria natureza fundamental do bem jurídico protegido: o ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, como expressamente consagrado e garantido no artigo 225, Constituição Federal de 1988 (MILARÉ, 2015, p. 426)

O meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum de toda a humanidade, para a garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras. Todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de terceira geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual. Vale ressaltar que, mesmo antes da decisão do STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já possuía o entendimento de que a pretensão, neste caso, é imprescritível. Em sua dimensão coletiva, a jurisprudência desta Corte superior entende que a pretensão de reparação do dano ambiental não é atingida pela prescrição, em função da essencialidade do meio ambiente.

O dano ambiental pode ser conceituado como uma alteração indesejada/intolerável ao meio ambiente, englobando também os desdobramentos que tal alteração pode acarretar aos indivíduos e aos seus interesses. É, portanto, privar o outro de gozar de seu direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (LEITE; AYALA, 2010, p. 92). A reparação do dano ambiental deve ser no todo. É nesse sentido o ensinamento de Annelise Monteiro Steigleder, com muita propriedade, explica que “o fundamento para que a reparação do dano ambiental seja integral decorre do princípio do poluidor-pagador, pelo que o responsável pela degradação ambiental deve internalizar todos os custos com prevenção e reparação dos danos ambientais” (STEIGLEDER, 2011, p. 211). Para Heraldo Garcia Vitta, a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente é objetiva e “solidária de todos os que concorrem para o resultado, ressalvada, entre eles, a via regressiva” (VITTA, 2008, p. 86) A responsabilidade no Brasil, além de fundamentar-se na teoria do risco, ainda é solidária, conforme Thomé (2012, p. 495):

[...] solidária, ou seja, todos os responsáveis diretos ou indiretos pelo dano causado ao meio ambiente responderão solidariamente, podendo a obrigação ser reclamada de qualquer dos devedores. Tal artifício técnico é utilizado para facilitar e agilizar a reparação do dano ambiental. (THOMÉ, 2012, p. 495).

De acordo com a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, citados por Mirrá (NERY JÚNIOR; NERY *apud* MIRRÁ, 2004, p. 3), a responsabilidade é solidária:

O causador do dano ambiental é que tem o dever de indenizar. Havendo mais de um causador, todos são solidariamente responsáveis pela indenização segundo o artigo 1518, *caput* (Código Civil de 1916), que determina a solidariedade na responsabilidade extracontratual, independentemente de concerto prévio, unidade de propósitos etc. (...) (NERY JÚNIOR; NERY *apud* MIRRÁ, 2004, p. 3).

A propósito, não é outro o entendimento de Mirrá (MAZZILLI *apud* MIRRÁ, 2004, p. 14):

[...] tem-se admitido a solidariedade passiva em matéria de danos ambientais: a) o artigo 1518 do Código Civil 1916 (artigo 942 do CC/2002) estipula a solidariedade nas obrigações resultantes de ato ilícito; b) os corresponsáveis, por via de regresso, poderão discutir posteriormente, entre si, uma destruição mais equitativa da responsabilidade; c) nas obrigações indivisíveis de vários devedores, os artigos 891 e 892 do Código Civil impõem a cada um deles a responsabilidade pela dívida toda, e, como lembra Barbosa Moreira, em argumento retomado por Mancuso, é a indivisibilidade precisamente uma das características essenciais

da estrutura dos interesses difusos. (MAZZILLI *apud* MIRRÁ, 2004, p. 14)

O Poder Constituinte Originário, no §3º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 e o legislador infraconstitucional, nos incisos VI e VII do artigo 4º da Lei 6.938 (BRASIL, 1981), referiram-se indistintamente à reparação, à restauração, à recuperação e à correção de lesões ao meio ambiente, com o intuito de garantir a reparação dos danos ambientais, assim como a eliminação da sua causa. O principal objetivo do Direito Ambiental é evitar a ocorrência do dano. Todavia, uma vez configurado, deve haver uma resposta rigorosa e imediata, a fim de reparar o dano ou, ao menos, amenizar as consequências dele decorrentes.

Responsabilidade civil é aquela que impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta. Ela pode ser contratual, quando fundamentada em um contrato, ou pode ser extracontratual, quando decorrer de exigência legal, ato ilícito ou até mesmo por ato lícito (SILVA, 2004). A responsabilidade civil objetiva, sem cogitar a imputabilidade ou de qualquer investigação de antijuridicidade do fato danoso, importa assegurar o ressarcimento, bem como verificar se ocorreu o evento e se dele surgiu algum prejuízo. Ao prescindir de ânimo de agir, simplesmente condiciona à reparação em decorrência de um dano, vinculado por um evento de causalidade (BEDRAN; MAYER, 2013, p. 55). A respeito deste assunto da solidariedade, Annelise Monteiro Steigleder (STEIGLEDER, 2011, p. 186), sustenta que:

Portanto, como decorrência desta solidariedade, será possível a responsabilização de toda a cadeia produtiva que contribui, ainda que indiretamente, para o dano ambiental, como ocorre, por exemplo, com as instituições financeiras. Como a concessão do crédito é uma das condições sem a qual a prática da atividade lesiva não teria ocorrido, pois o financiador tem o controle econômico do projeto utilizador de recursos ambientais ou potencialmente lesivo, pode-se estabelecer liame de causalidade entre a atividade de financiamento e o dano ambiental que se venha produzir. (STEIGLEDER, 2011, p. 186).

Entretanto, diante de uma sociedade em constante evolução, movida pelo impulso desenvolvimentista, seguido de uma série de multiplicações das oportunidades e das causas de danos, o indivíduo ou grupo lesado restam, por vezes, a encontrar-se em dificuldades para provar a culpa dos agentes causadores de danos, o que, por si só, já levava a uma situação de ausência de reparabilidade (PEREIRA, 1990, p. 35).

A aplicação da responsabilização objetiva, nos casos de dano ambiental, tem resguardo no pressuposto da existência de uma atividade que implica riscos para a saúde e ao meio ambiente em si, impondo-se ao empreendedora obrigação de prevenir riscos – princípio da prevenção – e de internalizá-los em seu processo produtivo – princípio do poluidor-pagador (STEIGLEDER, 2011, p. 171).

Nesta linha, verifica-se que o sistema de responsabilidade civil tem uma clara vocação preventiva, pois além de trazer segurança jurídica, pela certeza da imputação, e fazer com que o eventual poluidor evite o dano, contribuirá para a conscientização da preservação (LEITE, 2003). Essa estruturação da responsabilidade civil em matéria ambiental é consignada na noção de se restabelecer a harmonia e o equilíbrio que, anteriormente consolidados, foram violados pela atitude danosa que lhe constitui como a fonte geradora. Portanto, afirma-se expressamente em lei que se promoverá a um desestímulo de novas atitudes que sejam perpetradas, associada à ideia de reparação de um dano patrimonial ou extrapatrimonial. (MALUF, p. 2009, p. 9-10).

Percebe-se que, em decorrência de função essencial do meio ambiente à vida humana, o entendimento do STJ é no sentido da imprescritibilidade da pretensão de reparação ao dano causado ao meio ambiente. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 324) destaca um acórdão do STJ que trata da responsabilidade solidária:

[...] no julgamento do Recurso Especial 37.354/93-SP, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão unânime, na qual expressou o entendimento de que a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente é solidária, alcançando os responsáveis diretos e indiretos pelo dano, ou ambos. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 324).

Na mesma toada, averigua-se que as infrações ao meio ambiente são de caráter continuado, motivo pelo qual as ações de pretensão de cessação dos danos ambientais são imprescritíveis. O art. 225 da Constituição Federal de 1988 estabelece 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” (BRASIL 1988). Sob essa perspectiva, o meio ambiente assume função dúplice no microsistema jurídico, na medida em que representa simultaneamente um direito e um dever dos cidadãos, os quais se posicionam, paralelamente, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva.

Em resumo, restou pacificado que devem prevalecer os princípios constitucionais da proteção, preservação e reparação do meio ambiente, uma vez que esses beneficiam toda a sociedade; em detrimento ao princípio da segurança jurídica, uma vez que esse princípio beneficia exclusivamente ao causador de dano ambiental em razão de eventual inércia do Poder Público. Também foi pacificado que, em que pese o ordenamento jurídico Brasileiro ter como regra a prescrição da reparação reparatória, tal regra comporta exceção quando se toca à proteção ao meio ambiente. Nesse tocante, embora não haja determinação legal para tanto, a reparação ao meio ambiente comporta interpretação constitucional de impõe seja reconhecida a imprescritibili-

dade. O meio ambiente deve ser entendido como bem comum e deve ser protegido para a presente e para as gerações futuras. A reparação ao meio ambiente deve ser percebida como imperativo e como direito indisponível.

2.1. Exploração da Epistemologia do Litígio Constitucional pelo Método de Caso de Langdell

Neste item, analisa-se a experiência jurídica a partir do caso descrito quanto ao aspecto da prova processual. Essa experiência jurídica pode ser explorada a partir do método de caso de Christopher Columbus Langdell (GHIRARDI, 2019), que, no século XIX, nos Estados Unidos da América, concebeu essa prática pedagógica a fim de seus estudantes pudessem pensar a aplicação da norma jurídica e a justiça praticada por meio de uma decisão judicial. Com esses fins, o pressuposto didático era tomar uma sentença ou acórdão como um objeto de estudo, sobre o qual é posto um olhar crítico, de pontos positivos e negativos. Para guiar essa análise, podem ser feitas três perguntas básicas: uma sobre a adequação da aplicação do direito material ao caso dado, outra acerca da coerência dos instrumentos processuais com os resultados alcançados, e a última relativa a outras soluções possíveis para a questão objeto do litígio (GHIRARDI, 2019).

O conteúdo resultante da reflexão e elaboração das respostas a essas perguntas básicas é uma genuína análise jurídica, sendo este o efeito de ensino-aprendizagem do método de caso. Esses conteúdo e efeito significam conhecimento sobre o sistema de justiça, que alimenta a evolução das instituições sociais e a própria ciência do Direito. Por essas premissas, tem-se que é possível explorar a epistemologia do litígio constitucional objeto deste estudo pelo método de caso de Langdell, especificamente quanto ao aspecto da prova processual.

Tomando-se o caso do Tema 999, descrito no Item 2, sobre “Imprescritibilidade da pretensão de reparação civil de dano ambiental” (“Tema 999”), do qual resultou a Tese “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental” (STF, 2020), tem-se os seguintes aspectos de prova processual: a) Os fatos objeto de reparação civil ocorreram entre os anos de 1981 e 1987; b) a alegada nulidade da prova pericial foi descaracterizada; c) o laudo pericial indicou danos causados ao meio ambiente, em grande escala, quanto à flora, à fauna e aos recursos hídricos; d) uma antropóloga e uma socióloga ostentam formação técnico-científica compatível com a constatação das consequências sociais, econômicas, psicológicas, mentais e culturais decorrentes da extração de madeira em território indígena; d.1) a utilização pelas peritas de informações colhidas com integrantes da comunidade indígena diretamente interessada no julgamento da causa não compromete, por si só, o resultado da prova técnica; d.2) as peritas eventualmente terem desconsiderado danos provocados por terceiros (posseiros, seringueiros, garimpeiros, narcotraficantes etc.) deve ser objeto de apreciação por ocasião do julgamento do mérito, porque relativo à quantificação dos

danos, basicamente; e e) um engenheiro florestal se mostra perfeitamente qualificado para a mensuração de áreas destinadas à exploração madeireira e/ou nas quais exista potencial.

O mesmo caso do Tema 999 (STF, 2020), detalhado no Item 2, tem os seguintes aspectos quanto ao fator tempo, tem-se que o tribunal firmou posição na prescrição vintenária e o STJ considerou a imprescritibilidade do dano ambiental.

Em que pese a dialética própria do debate processual, essa se sintetiza quando se identificam danos de efeitos retardados (CARVALHO, 2020, p. RB-4.7) como erosão do solo, redução da biodiversidade pelo mogno, compactação do solo pelo trânsito de máquinas pesadas, interrupção do escoamento d'água de pequenos igarapés, assoreamento de mananciais hídricos e afetação das condições de sobrevivência da flora e fauna (STF, 2020, ps. 8-9).

Obviamente alguns danos são de efeito imediato após a invasão das terras em questão como o desmatamento e o ruído. Entretanto, alguns efeitos desses danos são retardados, porque às vezes o desequilíbrio ecológico se dá em cadeia, já que é próprio do bem ambiental protegido pela norma jurídica a natureza de conjunto de sistemas interrelacionados. Está-se tratando, como é possível inferir, da prova do nexo de causalidade entre o autor e o dano, dificultada porque “algumas consequências danosas só se manifestam no transcurso de um longo período de tempo”, “o dano pode ser oriundo de emissões [...] históricas, combinadas e acumuladas” e “muitas vezes existem enormes distâncias entre possíveis locais emissores e os efeitos danosos [...]” (CARVALHO, 2020, p. RB-4.11).

Reconhecer a característica do efeito retardado dos danos serve não apenas ao exercício a qualquer tempo do direito subjetivo de ressarcimento (imprescritibilidade do dano ambiental) como também ao arbitramento da compensação (STEIGLEDER *apud* CARVALHO, 2020, p. RB-4.18). Diante da análise da experiência jurídica a partir do caso descrito quanto ao aspecto da prova processual e o fator tempo, é possível inferir que: a) o levantamento preciso da prova do dano ambiental é relevante ainda que haja imprescritibilidade; b) umas das formas de se levantar os efeitos imediatos e retardados do dano ambiental é pela perícia; e c) por ser o meio ambiente um conjunto de sistemas biogeoquímicos e social, as especialidades presentes no laudo pericial devem aqueles onde o dano se evidencie.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, para o problema de pesquisa e a hipótese propostos neste estudo, quanto à formulação de proposta de tratamento da prova processual em futuros casos semelhantes, deduz-se que: a) em se tratando de danos decorrentes de invasão de terras indígenas, de efeitos imediato ou retardado, seja usada a perícia com especialidade das ciências sociais para registro das provas; b) a imprescritibilidade do dano ambiental não desestime o diligente registro das provas como subsídio

em processos judiciais; e c) as medidas de solução pacífica de conflito considerem o efeito retardado do dano ambiental.

REFERÊNCIAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por dano ao meio Ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BEDRAN, Karina Marcos, MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no Direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. *In: Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 45-88, jan./jun.de 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 14. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 08 out. 2021

CARVALHO, Délton Winter de. Gestão jurídica ambiental [livro eletrônico] / Délton Winter de Carvalho. -- 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. -- (Coleção prática e estratégia). [link: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/132799236/v2/page/II>>] [CAPÍTULO 4. DANO E RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL, Page RB-4.1].

BRASIL, República federativa. Constituição. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 abr.2021.

DOMS, Daniela. ECOLOGIA CAPÍTULO 2 - Como os principais processos biogeoquímicos podem ser afetados pelas mudanças climáticas e qual o impacto para os seres humanos? E-book do curso de Tecnologia em Gestão ambiental da UNIFACS – Universidade Salvador, 2019. Disponível em: < <https://estudantesunifacs.eadlaureate.com.br/administracao/paginaInicial.php>>. Acesso em: 9/10/2021.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GHIRARDI, José Garcez. Formação docente para professores de direito, Método de caso. Curso gratuito de atualização com duração de 10h, 2019. In: FGV On line – Programa de educação à distância da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <<https://educacao-executiva.fgv.br/cursos/online/curta-media-duracao-online/formacao-docente-para-professores-de-direito>>. Acesso em: 8 fev.2021.

IDP, . B. D. D. P. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book. [link: < <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/600670?title=TEMAS%20FUNDAMENTAIS%20DO%20DIREITO%20CONSTITUCIONAL>>] [item 5.4]

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. de A. Dano Ambiental. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MALUF, A. C. R. F. D.. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. In: Nery, R. M. de A., Donnini, R.. Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 426.

MIRRÁ, Álvaro Luiz Valery. A Noção de Poluidor na Lei 6.938/81 e a Questão da Responsabilidade Solidária do Estado pelos Danos Ambientais Causados por Particulares. In LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Organizadores). Aspectos Processuais do Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 1-17

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro:Forense, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito Constitucional Ecológico [livro eletrônico]: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza / Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021. [link: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/93001289/v7/page/RB-6.1>>

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional, São Paulo: Malheiros, 4. Ed., 2ª tiragem, 2003.

STEIGLEDER, A. M.. Responsabilidade Civil Ambiental: as Dimensões do Dano Ambiental no Direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STF – Supremo Tribunal Federal. RE - recurso extraordinário 654833 / AC – ACRE, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/04/2020. Publicação: 24/06/2020. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Repercussão Geral, tema 999. DJe-157 divulgado em 23/06/2020, publicado em 24/06/2020. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427220>>. Acesso em: 8/10/2021.

STJ. 3ª Turma. REsp 1641167/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/03/2018.

VITTA, Heraldo Garcia. Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANÁLISE CRÍTICA DA PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXPEDIÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À LUZ DO CASO DO FRETE DE TRANSPORTE DE VEÍCULOS NOVOS NO BRASIL

Camila Marques Gilberto¹

Flávia de Oliveira Santos do Nascimento²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar um dos mecanismos de atuação extrajudicial do Ministério Público, as Recomendações. Previsto na Constituição e no plano infraconstitucional, a recomendação pode ser dirigida ao Poder Público em geral, para que sejam respeitados direitos assegurados constitucionalmente. Entretanto, sua aplicação prática não é despidida de críticas. O viés de análise deste estudo toma por base caso emblemático que tramita, há mais de duas décadas, no Judiciário. Trata-se do caso envolvendo o frete de transporte de veículos novos no Brasil. As investigações travadas no inquérito civil neste caso tomaram caminhos diversos junto à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e o próprio Judiciário. As recomendações expedidas, enfrentadas em juízo, foram analisadas minudentemente segundo a legislação de regência no presente artigo. A despeito da jurisprudência firmada nos autos do Agravo Regimental em Recurso Especial n. 762.440-RS, buscou-se revisitar os fundamentos da decisão proferida e, com isso, atribuir olhar distinto ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. A metodologia empregada neste trabalho foi desenvolvida utilizando-se o método de abordagem dedutivo, valendo-se de técnica de pesquisa bibliográfica lastreada em doutrinas, publicações avulsas, artigos, autos administrativos e judiciais.

Palavras-chave: Inquérito Civil; Ministério Público; Recomendações; Ação Civil Pública.

1. INTRODUÇÃO

Dentre os instrumentos processuais e extraprocessuais disponíveis ao Ministério Público (MP) na tutela de interesses metaindividuais encontra-se o instituto da

¹ Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito Internacional. Membro do grupo de pesquisa “Direitos Humanos e Vulnerabilidades”. Professora da Universidade Católica de Santos. Advogada.

² Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito Ambiental. Membro do grupo de pesquisa “Regimes e Tutelas Constitucionais”. Professora da Universidade Católica de Santos. Advogada.

recomendação. Caracterizada como instrumento de atuação extrajudicial do MP por meio do qual se expõe, formalmente, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de que o recomendado pratique ou deixe de praticar atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição.

A expedição de recomendação pressupõe uma investigação prévia, que é realizada por meio do inquérito civil e sua função é a de prevenção de responsabilidades e correção de condutas. Prevista na Lei Complementar 75/93 e atualmente disciplinada pela Resolução nº 164/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a expedição de recomendação é prerrogativa do *Parquet*.

Considerando que o MP exerce um papel constitucional relevante de verdadeiro *Ombudsman*, o inquérito civil e, conseqüentemente, as recomendações são instrumentos essenciais para a garantia da manutenção dos direitos assegurados pela Constituição Federal (CF). Contudo, em algumas situações práticas, o atendimento a recomendações pode implicar supressão de um direito fundamental por outro.

O tema encontra relevância na medida em que não são raras as situações de extrapolação de limites funcionais pelos membros do MP, demonstrando invasão indevida das atribuições alheias. O objetivo do presente trabalho consiste na análise crítica do instituto da recomendação, como prerrogativa constitucional do MP, por meio do estudo do caso do frete de transporte de veículos novos no Brasil.

Para tanto, serão abordados os elementos norteadores do inquérito civil, com ênfase para a recomendação, como uma das quatro possibilidades de desfecho. Posteriormente, serão apresentados os desdobramentos da Ação Civil Pública n. 2002.71.00.028699-1, que deu origem às recomendações objetos da análise, que serão tratadas no item seguinte. A metodologia utilizada no presente trabalho consiste na pesquisa teórico-bibliográfica, com busca em literaturas nacionais e artigos científicos. Será empregado também o estudo de caso da Ação Civil Pública n. 2002.71.00.028699-1. A análise será feita com base no método dedutivo.

2. ELEMENTOS NORTEADORES DO INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil foi criado pela Lei federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), tendo sido posteriormente constitucionalizado. A teor do art. 129, III, da Constituição Federal (CF) é função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Pode-se conceituar o inquérito civil como um procedimento investigatório, sob a responsabilidade do Ministério Público (MP), tendo como objeto a coleta de elementos de convicção que sirvam de base à propositura de uma ação civil pública (ACP) para a defesa de interesses transindividuais (MAZZILLI, 2000). Isso significa

que o inquérito civil é instrumento à disposição do representante do MP, que fará uso dele para colher elementos de convicção que levem ou não ao ajuizamento de ação civil pública contra o investigado.

A despeito de haver vários legitimados à propositura de ação civil pública, como União, estados, municípios, autarquias, dentre outros, somente o Ministério Público é o autorizado a instaurar e presidir o inquérito civil. Trata-se de função privativa constitucional do *Parquet*.

O inquérito civil tem caráter administrativo, extrajudicial, pré-processual, investigatório e inquisitorial. Ele é instaurado, conduzido e concluído pelo MP e possui o objetivo de reunir elementos probatórios e de convicção que fundamentem a atuação do MP na defesa dos valores, direitos e interesses metaindividuais ou individuais indisponíveis.

Mazzilli (2000) considera ter o inquérito civil natureza de procedimento administrativo e não de processo. Isto porque nele não há uma acusação, nem se aplicam sanções ou penalidades. A decisão de propor ou não a ACP não se equipara a uma decisão que ocorre no término do processo administrativo.

Todavia, ainda que sua finalidade seja essencialmente preparatória da ACP, as informações nele contidas concorrem para formar ou reforçar a convicção do juiz no julgamento dessa demanda. Por tal motivo, autores como Jorge (2007) preferem classificar o inquérito civil como processo administrativo, como instrumento capaz de atingir não só a finalidade da investigação, mas principalmente a segurança do processo jurisdicional, com todas as garantias que lhes são inerentes.

O inquérito civil tem seu procedimento dividido em três fases: instauração, instrução e conclusão. Como já mencionado, a instauração é função institucional do Ministério Público. O órgão poderá agir de ofício ou por impulso de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas), que se valem do direito de petição. Também poderá ser instaurado por informações recebidas de autoridades ou entidades da Administração Pública, por meio de representação. Seja qual for o impulso para a instauração, imprescindível que exista um fato determinado, o qual irá constituir o objeto da investigação (DE MELLO FRANCO JR, 2016).

Sua instauração se dará por meio de portaria, que deverá conter a fixação do objeto de investigação, acompanhada de justificativa de sua necessidade. Sempre que possível, a portaria deverá indicar as pessoas envolvidas nos fatos a serem apurados e as diligências que, de início, serão realizadas.

Ato seguinte ao da instauração, ocorre a instrução do inquérito civil. A lei complementar n. 8.625/93, as leis complementares estaduais, a lei orgânica do MP da União e a LACP trazem um rol de providências que podem ser utilizadas pelos membros do MP, na busca da verdade real que interessa aos seus procedimentos administrativos (DE MELLO FRANCO JR, 2016).

Há um extenso leque de possibilidades de poderes investigativos concedidos ao MP. Os mesmos poderes instrutórios gerais concedidos às autoridades policiais na

condução do inquérito policial, são aqueles conferidos ao MP no encaminhamento do inquérito civil (JORGE, 2007). Inspeções pessoais, requisição de perícias, colheita de depoimento e documentos e requisição de informações são exemplos das possibilidades de produção de prova no inquérito civil.

Enfim, a instrução do inquérito civil agrupa todos os meios de prova admitidos em direito, desde que não impliquem em produção ilícita de prova e sejam realmente úteis a formar o juízo de convicção (DE MELLO FRANCO JR, 2016). Inclusive o falso testemunho prestado no âmbito da instrução do inquérito civil pode ensejar no crime de falso testemunho, tipificado no Código Penal. Além disso, o comparecimento injustificado no depoimento gera o direito da testemunha ou do investigado ser conduzido coercitivamente.

A questão controvertida na instrução do inquérito civil reside na possibilidade ou não do contraditório. Considerando a natureza jurídica como inquisitorial, Roquim Filho e Sedenho (2016) sustentam que não devem estar presentes os princípios do contraditório e da ampla defesa. Sobretudo porque o inquérito civil não se destina a aplicação de sanções. Mazzilli (2000) admite que será juízo de conveniência do MP facultar ou não o contraditório no âmbito do inquérito civil.

Ao considerarem o contraditório, um princípio constitucional explícito, resultado do sistema participativo, Costa e Alves de Paula (2021, p. 27) pressupõe que ele deva ser utilizado como referencial teórico para “assegurar o efetivo direito de participação dos sujeitos afetados pelos efeitos do provimento estatal”. Nesse contexto, os autores entendem indispensável a observância do contraditório no inquérito civil.

Ao classificarem o inquérito civil como processo administrativo, autores como Jorge (2007) e Rodrigues (2012) recomendam a aplicação do princípio do contraditório. Justificam que desde a instauração o inquérito civil pode acarretar consequências à moral, imagem, reputação e finanças do investigado. Deste modo, a negação do contraditório traria sérias implicações a sua órbita jurídica, afrontando o preceito constitucional.

Ainda na seara da instrução do inquérito civil, reside a questão sobre a publicidade do mesmo. Há consenso de que a regra geral é a da publicidade, franqueando-se o acesso aos interessados. Isso em razão do princípio geral de publicidade dos Atos da Administração, estampado no art. 37, CF. O sigilo, então, é exceção guardada para os casos em que a publicidade causar prejuízo à investigação, ou quando se impuser sigilo aos dados e informações constantes do inquérito. Nessas situações, incumbirá ao MP manter o sigilo.

Mazzilli (1999) entende que, em caso de sigilo, o MP poderá impedir o acesso inclusive de advogados aos autos do inquérito civil. O autor sustenta que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ao prever a prerrogativa do exame de quaisquer autos aos advogados, não preconizou os casos em que há sigilo.

Por meio da Resolução 23/2007, o Conselho Nacional do Ministério Público disciplinou a instauração e tramitação do inquérito civil. Dentre as disposições, cons-

ta a garantia do respeito do princípio da publicidade (arts. 7º e 8º).

A fase de conclusão do inquérito civil pode desaguar em quatro caminhos: a) arquivamento puro e simples, ante à ausência de elementos suficientes para a propositura de ACP; b) formalização de compromisso de ajustamento de conduta, seguido de arquivamento; c) ajuizamento de ACP; d) expedição de recomendação administrativa, seguida de arquivamento.

O arquivamento puro e simples ocorre quando o MP se convence da inexistência do dano ou de fundamento para a propositura da ACP. Muitas vezes, a simples instauração do inquérito civil tem um viés preventivo, e acaba servindo, por si só, para a proteção almejada (DE MELLO FRANCO JR, 2016).

A promoção de arquivamento do inquérito civil deverá ser submetida ao Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), no prazo de três dias. Caso o órgão superior homologue o arquivamento, os autos serão definitivamente arquivados. Todavia, se o CSMP discordar do arquivamento, deverá designar promotor de justiça substituto para a implementação de novas medidas, como novas diligências ou ajuizamento da ACP.

Outra finalização prevista para o inquérito civil é a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre Ministério Público e investigado. Introduzido na LACP pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), o TAC é considerado o mais importante instrumento de atuação extrajudicial do MP.

O compromisso de ajustamento de conduta pressupõe certas situações concretas de dano iminente ou consumado em que se evidencia, pela razoabilidade, ser possível a composição entre o Ministério Público e aqueles que, pelos mesmos fatos, poderiam figurar ou figuram no polo passivo de uma ACP (DE MELLO FRANCO JR, 2016). O TAC se destina, assim, a evitar o litígio.

Sua formalização deve ser feita por meio de instrumento escrito, firmado pelo MP e pelo investigado do inquérito civil. Nas cláusulas do ajuste de composição são estipuladas todas as obrigações do investigado, assim como as penas cominadas em caso de descumprimento. O TAC é revestido de força de título executivo extrajudicial.

Três apontamentos são necessários ainda com relação ao TAC. O primeiro diz respeito aos legitimados a celebrá-lo. Diferentemente do que ocorre com o inquérito civil, no TAC o MP não é o único com legitimidade para propor sua assinatura. Na verdade, quaisquer dos órgãos públicos legitimados para propor a ação civil pública poderão tomar dos interessados o referido compromisso, bem como, fixar as devidas cominações pelo seu inadimplemento.

O segundo apontamento diz respeito à necessidade de homologação do TAC pelo Conselho Superior do Ministério Público, necessidade que consta de algumas leis orgânicas estaduais do MP, como é o caso do estado de São Paulo.

O terceiro concerne no acompanhamento da execução do ajuste, que significa que o MP irá fiscalizar o efetivo cumprimento do TAC. Neste momento, o represen-

tante do *Parquet* poderá contar com o auxílio de especialistas na matéria consubstanciada no TAC.

O terceiro desfecho possível do inquérito civil é o ajuizamento da ação civil pública (ACP), com o objetivo de postular a tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais. Considerada a ação não penal do MP, a ACP é um importante instrumento para a tutela processual dos interesses difusos. Todavia, por não ser a ACP o objeto do presente estudo, passaremos a abordar o quarto desfecho do inquérito civil: a recomendação administrativa.

No que concerne à recomendação administrativa, objeto da presente análise, pode-se considerar função própria de *Ombudsmen*, ou seja, defensor do povo, atribuída ao MP por força do art. 129, III da Constituição Federal. Nas lições de Martins Junior (2015) depreende-se que a função de Ombudsman deve ser exercida pelo MP tanto na esfera judicial, quanto no âmbito extrajudicial.

O instituto da recomendação está previsto em termos infraconstitucionais no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei 8.625/93; no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar 75/1993 (por aplicação subsidiária dos Estados); assim como em Leis Orgânicas do Ministério Público de estados como Bahia e Rio Grande do Sul. Além disso, a Resolução 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) disciplina o instituto da recomendação. Optou-se pela definição de recomendação dada por De Paula (2018):

Consiste a recomendação em um instrumento jurídico extrajudicial, unilateral, utilizado pelo Ministério Público para apontar ao recomendado – pessoa física ou jurídica, pública ou privada – eventual necessidade de adoção de um determinado comportamento, para que não incorra em descumprimento de normas constitucionais ou infraconstitucionais, seja por uma atuação comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, com o intuito de melhorar os serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover. (p. 34).

A recomendação é um ato jurídico que tem como finalidade corrigir, por aconselhamento, o desvio detectado ao longo do inquérito civil. Não tem efeito vinculante, visto que o recomendado pode acatar ou não as suas disposições. Todavia, o recomendado deverá dar divulgação às recomendações, bem como responder por escrito ao MP, fundamentando a decisão de cumprir ou não o que foi recomendado.

De Melo Franco Junior (2016) esclarece que a recomendação é dotada de caráter vinculativo mínimo, desprovida de propósito punitivo direto. Mas representa a intenção de sugerir uma conduta do representado, alertar sobre algo ou pedir providências, com a força persuasiva e política do representante do MP. Dentre os efeitos da recomendação, está o de ensejar a caracterização do dolo para fins de improbidade administrativa do agente estatal. Mazzilli (1999) destaca as consequências do des-

cumprimento do instituto da recomendação por dois aspectos: a força moral e a força política. Um efeito direto de ambas as forças é a comprovação documental da ausência de boa fé do destinatário que, apesar de alertado, continuou a agir ilicitamente.

Quanto à possibilidade da recomendação ser realizada de forma autônoma, ou seja, sem o procedimento investigatório prévio, a doutrina diverge totalmente. De um lado, entende-se que a sua expedição não pressupõe a prévia instauração de inquérito civil (MIRANDA apud DE PAULA, 2018). De outro, compreende-se essencial a investigação prévia dos fatos antes da expedição da recomendação (MAZZILLI, 1999).

A expedição de recomendação no curso de ACP, durante a instrução processual, tal como ocorreu na ação objeto do presente estudo, não encontra respaldo na disciplina da Resolução 164/2017 do CNMP. Sobretudo porque a recomendação em discussão foi exarada em 2003, época anterior à resolução do CNMP. Entretanto, a discussão sobre esse aspecto servirá para futura pesquisa, delineando-se os contornos do presente trabalho tão somente no aspecto do objeto da recomendação.

3. OS DESDOBRAMENTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 2002.71.00.028699-1-RS.

Este estudo é resultado da pesquisa feita nos autos da Ação Civil Pública n. 2002.71.00.028699-1-RS e alguns de seus desdobramentos, notadamente, os autos n. 08012.005669/2002-31, processo administrativo que tramitou junto à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Os processos em questão, ainda que sob análise em instâncias e jurisdições distintas, derivam de caso em que foi identificado pelo Ministério Público Federal infrações à ordem econômica.

Longe de buscar avaliar o mérito da ACP em si, ou seja, se houve ou não infração à ordem econômica, o artigo em questão debruça-se sobre uma das possíveis consequências oriundas do Inquérito Civil: a emissão de recomendações. Para tanto, é necessário traçar breve contexto do caso. O Ministério Público Federal promoveu Ação Civil Pública com pedido de tutela antecipada em face da Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos (ANTV), do Sindicato Nacional dos Transportes Rodoviários de Veículos e Pequenas e Microempresas de Transporte Rodoviário de Veículos (SINDICAN), a General Mortos do Brasil Ltda. (GMB) e Luís Moan Yabicu Júnior. A ACP objetivava a abertura do segmento de mercado para cegonheiros autônomos na área de transporte para diversas localidades do país, de veículos fabricados pela GMB.

A tutela foi concedida nos autos da ACP pois entendeu-se, a priori, que as Requeridas teriam cartelizado o mercado de transporte de veículos, determinando que empresas e profissionais autônomos, desvinculados das empresas associadas da ANTV e não filiados ao SINDICAM, realizassem serviços de transporte de veículos à GMB. Neste ínterim, o MPF emitiu recomendações às empresas montadoras de automóveis para que promovessem medidas de abertura do sobredito mercado, com

a contratação de novas transportadoras, não relacionadas à ANTV.

A ANTV, por sua vez, requereu que as recomendações fossem tornadas sem efeito e que o MPF se abstinhasse da emissão de novos atos. O pedido foi negado tendo em vista que a expedição de recomendações está respaldada no inciso XX do Art. 6º da Lei Complementar 75/93. Irresignada, a ANTV agravou da decisão e o recurso foi desprovido. Após interposição de embargos de declaração, não acolhidos, a ANTV manejou Recurso Especial cujo seguimento foi negado. Foi assim que, interposto Agravo Regimental pela ANTV chegamos ao julgamento do AgRg no Resp n. 762.440-RS, objeto específico do presente artigo.

4. AS RECOMENDAÇÕES EMITIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NOS AUTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 2002.71.00.028699-1.

Muito embora, o Superior Tribunal de Justiça tenha consignado que a faculdade conferida ao Ministério Público de emitir recomendações decorre do cumprimento de sua missão institucional de zelar pela proteção aos serviços públicos, aos serviços de relevância pública, bem como aos direitos constitucionalmente assegurados cuja defesa lhe cabe; há que se tratar destas questões por um olhar diferenciado. Neste sentido, um dos trechos das recomendações expedidas pelo MPF na Ação Civil Pública n. 2002.71.00.028699-1 se sobressai:

[...] dá plena ciência e constitui em mora os destinatários quanto às providências solicitadas e aos fatos acima articulados e poderá, em tese, após a devida apuração do ocorrido, na hipótese de não observância ou não atendimento, importar em atividade ilícita, tanto cível como penalmente, além de repercussões de outra ordem, e.g. administrativa.

Da análise do excerto supra é possível vislumbrar muito mais uma ameaça do que uma recomendação (“*constitui em mora os destinatários*”, “*atividade ilícita, tanto civil quanto penalmente*”). Isto porque, parece evidente que o MPF diz, nas recomendações, às duas montadoras que, se contratarem empresas filiadas à ANTV, as contratações serão consideradas ilícitos civis e penais.

A forma de atuação do Ministério Público vem definida no §1º do artigo 5º da Lei n.º 7347/75 que, assim, estabelece “*O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei*”. Neste sentido, em ações em que o *parquet* não seja parte do processo, atuará como fiscal da lei; por outro lado, naquelas em que é parte, não poderá agir como tal.

Trata-se de dispositivo legal estabelecido para melhor compreender a forma e limites de atuação do Ministério Público. Com efeito, podemos observar dois prismas de atuação do MPF nos autos objeto de análise deste estudo. Enquanto Representan-

te, segundo previsto no artigo 32 da Lei n. 8.884/94, utilizando-se a linguagem processual antitruste, nos autos que tramitaram junto à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; e como efetivo fiscal da lei na Ação Civil Pública proposta.

Estabelecidas tais diferenciações, convém analisar a forma de atuação do *Parquet* em ambos os cenários para verificar se houve subsunção aos ditames legais que estabelecem suas funções e obrigações sem que, com isso, se ultrapassem os limites postos pela legislação. Pela análise dos autos sobressaem-se duas recomendações cujo fundamento legal incluíram diversos incisos do art. 4.º da Lei n.º 8.137/90, além de dispositivos constitucionais retirados do Capítulo referente à Ordem Econômica e figuras da Lei 8.884/94.

Como demonstrado no item 1 do presente artigo, os poderes do Ministério Público para emissão de recomendações acerca dos interesses e direitos que lhe cabe defender estão estabelecidos na Lei Complementar n.º 75/93. Esses poderes, todavia, são limitados e certamente não podem incluir o direcionamento da economia, como que substituindo todo o sistema jurídico vigente (inclusive as garantias constitucionais de livre concorrência e ampla defesa que o MPF deve defender).

Exatamente neste sentido que a Lei Complementar n.º 75, de 1993, em seu art. 6º, inciso XX, diz que compete ao Ministério Público da União *“expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis”*.

O alcance e possibilidade das recomendações restam perfeitamente definidos no texto legal. Ainda assim, a figura jurídica do termo ou expressão *recomendação* pode gerar dúvida quanto ao seu verdadeiro escopo, razão pela qual, o Dicionário Aurélio (edição de 2021) indica tratar-se de “conselho, aviso, advertência”.

O que resulta claro é que serviços de relevância pública não se confundem com atividade eminentemente empresarial. Existem setores – como o da saúde, previsto no art. 197 – aos quais a Constituição Federal deu o caráter expresso de relevância pública. Martins Junior (2002) bem define o que são os serviços de relevância pública:

[...] Sabiamente as normas constitucionais e infraconstitucionais mencionam os serviços de relevância pública com o claro intuito de incluir no âmbito da atividade controladora confiada ao Ministério Público as empresas privadas delegadas da execução de serviços públicos (concessão e permissão), as entidades privadas colaboradoras (terceiro setor ou setor público não estatal) na execução de atividades privadas de interesse público (contrato de gestão e termo de parceria) e as empresas ou entidades privadas que desempenhem, em nome próprio, com autorização estatal, qualquer serviço que tenha relevância pública (isto é, que afete ou se disponibilize ao público) como os serviços privados de utilidade pública consentidos a entidades privadas com ou sem autorização estatal. (p. 50)

A relevância pública está ligada, assim, à noção de interesse público, representando, tanto um direito público subjetivo indisponível como um poder-dever do Estado controlar ou executar uma função, entenda-se, desenvolver um poder jurídico de interesse da população (MARTINS JUNIOR, 2002, p. 51). A relevância pública possui uma razão de ser, um objetivo maior, como ressalta Martins Junior (2002):

[...] O objetivo, portanto, é a neutralização de qualquer tentame de alforria da Administração Pública pelo fato de promover a delegação de serviços públicos (serviços públicos não exclusivos aos particulares e, por intermédio deles, frustrar os fins do controle cuja essência não é tomada por uma perspectiva subjetiva, mas, e, ao contrário, objetiva: verga-se a proteção dos direitos constitucionalmente assegurados, pouco importando se quem vem feri-los é o poder público, seus delegados ou parceiros. (p. 51)

Com efeito, dada a amplitude de serviços dispostos à população, ainda podem surgir dúvidas quanto àqueles que seriam, ou não, de relevância pública. Neste ponto, sobressai-se lição de Camargo Ferraz (1997) ao esclarecer que:

[...] a diferença parece estar no objeto do serviço, que, como no caso da saúde, está diretamente conectada à sobrevivência do homem. [...] Dessa essencialidade surge para o Estado, como decorrência do próprio interesse da sociedade na garantia do seu direito, um dever-poder de prestar o serviço. E, quando não o faz diretamente, mantém o Estado um poder de intervenção em nível mais elevado que em relação a outros serviços prestados por particulares. (p. 65)

Exatamente por isso que não se pode compreender o poder de expedir recomendações, explícito no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75, de 1993, como algo dissociado das funções institucionais do Ministério Público, constantes do art. 129 da Constituição Federal. Isto porque, a expedição de recomendações não poderá, sobremaneira, direcionar a atividade de empresa comercial quanto às escolhas de seus parceiros de negócios, sob pena de ser tida como totalmente incompatível com as funções institucionais do Ministério Público. Deste modo, parece evidente que, ao expedir recomendações à GEFCO e à IVECO, o MPF extrapolou suas funções, interferindo em uma atividade privada, direcionando-a, ou seja, fazendo algo que, não sendo serviço público ou de relevância pública, não poderia, sobremaneira, ser objeto de tais recomendações.

Justamente neste sentido que surpreende a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg em Resp n. 762,440-RS. As recomendações feitas podem ser interpretadas como um direcionamento de atividades comerciais, na medida em que foi *aconselhado* às empresas GEFCO e IVECO que deixassem de utilizar os ser-

viços da ANTV para utilizar os serviços de outras empresas. Isto viola o artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal ao direcionar as contratações das empresas destinatárias através de recomendações que excluem determinadas transportadoras do leque de opções das montadoras.

Por outro lado, ainda que se argumente sobre o direito do *parquet* emitir recomendações para entidades privadas exercendo atividade puramente empresarial, é certo que tal direito, analisado exclusivamente sob o aspecto de combate a cartéis, só poderia existir depois de decisão definitiva, administrativa ou judicial.

Todavia, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, reputou inexistir prática atentatória à concorrência nos autos objeto de sua apreciação, a Representação n. 198/93. Já a Ação Civil Pública n. 2002.71.00.028699-1 ainda não transitou em julgado após mais de duas décadas de instauração do Inquérito Civil, sendo objeto de análise de recurso pelas instâncias superiores.

Outra aparente ilegalidade contida nas recomendações reside no axioma segundo o qual o direito da concorrência não protege concorrentes, mas sim a concorrência. As recomendações levadas a efeito pelo MPF, entretanto, tiveram resultado prático inverso tendo em vista que podem ser interpretadas como protetivas a determinados concorrentes em detrimento de outros, no caso as empresas integrantes da ANTV. Por outro lado, tendo em vista o teor das recomendações, o não cumprimento pelas montadoras, poderia representar conivência com as condutas criminosas imputadas pelo MPF à ANTV.

Com efeito, a legislação de proteção à concorrência é objetiva quanto às consequências quando verificada a existência de um cartel, estabelecendo que a punição será de (i) multa e de (ii) determinação de cessação da ação concertada. Entretanto, nem a Lei de Defesa da Concorrência e, tampouco a Lei Complementar 75/93 confere poderes ao Ministério Público para que determine a um determinado adquirente de serviços que contrate outros que não os acusados da aludida ação concertada.

Evidente que, a escolha do prestador dos serviços continua a ser de quem os contrata. O direito da concorrência não tem por objetivo final a extinção da empresa eventualmente infratora. A concorrência deve continuar sob pena de se validar uma pena capital ao suposto infrator em vez da livre concorrência.

Nesta perspectiva, a análise do caso em questão evidencia um excesso na atuação do *parquet* quanto à finalidade das recomendações efetuadas que levam à proteção dos concorrentes e não da concorrência, o que certamente não é o seu objetivo e resulta em violação aos princípios constitucional e legal da livre concorrência.

A adoção das recomendações do *parquet* resulta, em último caso, num esvaziamento das próprias funções do Conselho de Administração e Defesa Econômica e da Secretaria de Defesa Econômica, considerando que seriam substituídos pelas recomendações do MPF que, sem necessidade de abertura de contraditório e de concessão de ampla defesa, buscam ajustar o mercado. Notadamente, foi este o resultado

prático obtido com o julgamento do AgRg em Resp. n. 762.440-RS.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou evidenciar, por outras lentes de análise, o papel do instrumento das *recomendações* previsto na Lei Complementar 75/93. Enquanto mecanismo de orientação, sem efetivo poder coator ou punitivo, serve para persuadir o recomendado a praticar ou deixar de praticar determinado ato. Determinados julgados, ainda que decididos de forma diversa da análise levada a efeito neste artigo, merecem reflexão distinta. Obviamente que, o intérprete da lei e das decisões judiciais nem sempre estarão alinhados, razão pela qual um novo olhar se faz necessário.

Um regime democrático exige de seu cidadão a contínua análise para que determinados equívocos não se perpetuem. Longe de buscar um resultado distinto àquele proferido nos autos do AgRg em Resp. n. 762.440-RS, este artigo tratou de evidenciar as incoerências presentes após o cotejo analítico dos autos. Do mesmo modo, não se buscou (re)discutir se o caso em tela resulta ou não em concorrência desleal, mas, apenas e tão somente, avaliar, pela estrita observância e interpretação da legislação de regência e princípios constitucionais correlatos se, a atuação do Ministério Público Federal observou os limites e escopo normativo.

A conclusão a que se chega é contrária àquela promulgada pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg em Resp. n. 762.440-RS, na medida em que se observou uma usurpação das funções do *parquet* quando não estava imbuído de seu papel de fiscal da lei. Isto porque, o MPF não tem o poder de direcionar a atividade comercial de quem quer que seja, muito menos determinar a qualquer montadora de veículos (objeto desta análise) quais empresas de transporte deve ou não utilizar, sob pena de acabar por proteger determinados concorrentes em detrimento de outros e não a concorrência, sendo que o princípio constitucional da livre concorrência foi atacado pelas recomendações feitas pelo MPF.

As violações identificadas decorrem da instituição em mora dos destinatários das recomendações e da ameaça de instauração de processos civis e penais caso não as acatem. Com efeito, recomendações desta envergadura só poderiam ser emitidas após decisão definitiva, administrativa ou judicial, para que não se afronte os princípios constitucionais e legais da ampla defesa e do contraditório com um julgamento sumário que ignora o Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello de. Ministério Público e Afirmação da Cidadania. São Paulo, 1997.

COSTA, Fabrício Veiga; DE PAULA ALVES, Davi. Contraditório no inquérito

civil como modelo participativo de tutela coletiva. *Revista Thesis Juris*, v. 10, n. 1, p. 84-114, 2021.

DE MELLO FRANCO JR, Raul. O Inquérito Civil e a Tutela do Meio Ambiente. *Revista de Direito do IAP*, v. 1, n. 1, p. 159-174, 2016.

DE PAULA, Eduardo Loula Novais. A recomendação pelo Ministério Público como instrumento de provocação do controle preventivo de constitucionalidade. Atuação: *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, v. 13, n. 28, p. 25-51, 2018.

JORGE, André Guilherme Lemos. A efetividade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito civil. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2007.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Controle da Administração Pública pelo Ministério Público. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo, 2002.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. *Ação Civil Pública–Lei*, v. 7, p. 85-15, 2000.

RONQUIM FILHO, Adhemar; SEDENHO, Fernanda Izabela. INQUÉRITO CIVIL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg em Resp. n. 762.440-RS. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14 de dezembro de 2010. Publicado em 17 de dezembro de 2010.

TUTELA AMBIENTAL. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFA-FIBE)*, v. 4, n. 2, p. 1-18, 2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação Cível n. 5080116-37.2016.4.04.7100/RS. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Joseste Pantaleão Caminha, julgado em 20 de setembro de 2019.

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS: CONCEITO E MICROSSISTEMA DE TUTELA (LEI 7.347/85 E ART. 81, LEI 8.078/90)

Pedro Henrique Incerpi Paiva Martins¹

Resumo: A tutela processual dos interesses transindividuais é relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro. O surgimento de um novo ramo do direito, o direito processual coletivo, foi necessário para que fosse possível uma efetiva proteção judicial desta espécie peculiar de direitos, pois a tutela individual e tradicional não era mais efetiva. Este ramo do direito possui certas particularidades que foram analisadas neste trabalho, sobretudo, a classificação dos direitos transindividuais. Cada espécie de direito transindividuais traz consequências jurídicas distintas, conforme prevê o ordenamento jurídico. Além disso, um princípio inovador neste ramo é o do microsistema de tutela coletiva, que visa uma maior efetividade na proteção destes direitos, a partir do diálogo entre as diversas leis existentes na tutela destes direitos.

Palavras-chave: direitos transindividuais; direitos coletivos; direitos difusos; direitos individuais homogêneos.

1. INTRODUÇÃO

À medida que a sociedade evolui, novas espécies de conflitos de interesses vão surgindo. Deste modo, o ordenamento jurídico procura tutelar novos direitos subjetivos, bem como criar mecanismos processuais eficientes para essa tutela. Diante do cenário trazido pelas modificações sociais, principalmente aquele que eclode na Revolução Industrial, e, posteriormente, pela sociedade de consumo em massa, a tutela de direitos individuais se mostrou insuficiente. Existem direitos e interesses que não são mais de titularidade dos indivíduos tomados cada um por si, mas de grupos, determináveis ou não.

Assim, surgem os direitos e interesses transindividuais, destinados a tutelar aqueles que pertencem a um indeterminado número de pessoas. Embora os direitos e interesses transindividuais abrangem os que sejam de titularidade indeterminada, dentro desta categoria de direitos é possível uma subdivisão. Esta classificação não tem fins meramente didáticos, mas práticos também, conforme se verá adiante. Ade-

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos (2016). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2020). Mestre em Direito Pela Universidade Católica de Santos (2023). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito.

mais, a tutela processual dos direitos coletivos também possui suas peculiaridades, em decorrência da distinta natureza destes direitos. Nesse ponto, será feita uma breve análise a respeito do microsistema de tutela coletiva, presente no ordenamento jurídico pátrio.

1. BREVE HISTÓRIA DOS DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS.

A história dos direitos e interesses transindividuais se confunde, em determinado momento, com as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. A primeira materialização dos direitos fundamentais tem como marco fundamental a Revolução Francesa de 1789. Diante dos abusos do Estado Absolutista, o movimento revolucionário reconheceu os direitos individuais civis, como liberdade, propriedade, segurança, e políticos, a serem exercidos em face do Estado. Deste modo, estes direitos protegiam os particulares de eventuais arbítrios estatais, tendo um viés predominantemente liberalista.

Posteriormente, a partir de meados do século XIX, diante da nova realidade influenciada, sobretudo, pela Revolução Industrial, passaram a serem reconhecidos direitos econômicos, culturais e sociais, fundamentados na igualdade material. Esta geração de direitos tem como objeto em comum a exigência de atuações estatais. Neste momento houve o reconhecimento jurídico dos primeiros interesses de dimensão coletiva, isto é, que protegiam a todo um grupo, classe ou categoria de pessoas.

Depois, diante do cenário evidenciado ao fim da Segunda Guerra Mundial, nasceu a necessidade do reconhecimento de uma nova geração de direitos. Os direitos de fraternidade ou de solidariedade, que compõem a terceira geração, são materializados no direito à paz, ao desenvolvimento e a um meio ambiente hígido. São direitos de toda humanidade, razão pela qual é necessária uma cooperação entre as nações. Esta geração de direitos também possui a característica de ser transindividual, pois são de titularidade difusa.

A doutrina ainda costuma elencar direitos de quarta e quinta geração, contudo, os entendimentos são variados razão pela qual não adentraremos a estas outras classificações. Como visto, o direito material coletivo surgiu principalmente na segunda e terceira gerações de direitos humanos ou fundamentais.

Embora os direitos coletivos possuíssem tutela dos ordenamentos jurídicos, não havia ainda uma especificidade em relação a sua tutela processual, o que seria necessário, uma vez que esta espécie de direitos e interesses possui características peculiares em relação aos direitos individuais, não sendo totalmente adequada a utilização de procedimento idêntico a estes direitos.

Para que fosse possível uma adequada proteção processual desse novo gênero de direitos materiais, surgiu um novo ramo do direito processual, com princípios, regras de interpretação e institutos próprios, o direito processual coletivo. A história do di-

reito processual coletivo como ciência envolve obrigatoriamente o direito processual civil, pois surgiu como um ramo deste.

A primeira manifestação da tutela processual de direitos materiais de dimensão coletiva pode ser identificada nas ações populares do direito romano, que permitiam ao cidadão a defesa de logradouros públicos e coisas de uso comum e domínio do povo; e o *bill of peace* inglês, que consistia em uma autorização, a pedido do autor da ação individual, para que ela passasse a ser processada coletivamente, beneficiando os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, e evitando a multiplicação de processos.

A primeira fase do direito processual civil foi a sincretista ou privatista que teve início no direito romano e perdurou até o ano de 1868. O direito processual não era uma ciência autônoma. O direito de ação era vinculado ao direito material, sendo considerado o direito material exercido em juízo. Caso a ação fosse improcedente, o direito de ação não havia sido exercido. Em 1868, Von Bulow escreveu uma obra sobre exceções, visualizando que toda vez que temos uma relação jurídica material, temos uma relação jurídica bilateral. Posteriormente, surgiu a fase autonomista ou conceitual, que teve início em 1868 e durou até 1950. Nesta fase entendia-se que a relação jurídica processual era paralela a relação jurídica material. Assim, o Direito Processual Civil se torna um ramo independente.

Finalmente, na fase instrumentalista, propõe-se que haja um retorno ao direito material, contudo, sem perder a autonomia. O Direito Processual Civil continua autônomo, mas não se pode esquecer que o processo surgiu para tutelar o direito material. O instrumentalismo prega que o processo deve ser visto como um meio de acesso à justiça, servindo como instrumento do direito material. O marco desta fase se dá no ano de 1950, em que dois autores, Bryan Garth e Mauro Cappelletti apresentam um relatório chamado “acesso à justiça” e defendem que deveriam ser observadas três ondas renovatórias de acesso à justiça:

Na primeira onde se busca a tutela do hipossuficiente, com a criação de instrumentos para que o hipossuficiente tenha condições de acessar a justiça. Exemplos desta onda são: a defensoria pública, gratuidade judiciária, juizado de pequenas causas. Já a segunda onda prega a tutela dos direitos metaindividuais, por meio de instrumentos processuais específicos, uma vez que as ferramentas do processo individual não são capazes. É nesta onda que surge o processo coletivo.

Por fim, a terceira onda prega a efetividade do processo, pois não adianta tutelar os hipossuficientes e os direitos metaindividuais se essa proteção não for efetiva, alcançando resultados úteis. No Brasil, o embrião do processo coletivo é a ação popular, com origem nas Ordenações do Reino e até hoje possuindo previsão legal. Contudo, o objeto dela era muito restrito (patrimônio público, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e moralidade);

O nascimento do processo coletivo se dá com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que cria a Ação Civil Pública, prevendo a responsabilidade civil do

poluidor, que foi posteriormente regulamentado pela devida lei. Com a Constituição Federal de 1988 houve uma potencialização da tutela processual coletiva atribuindo função ao MP para a defesa dos direitos difusos e coletivos, bem como o Código de Defesa do Consumidor que regularizou a defesa dos direitos individuais homogêneos (ANDRADE, p. 30-41, 2015).

2. INTERESSES OU DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

O art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos desse Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Nota-se que, além do legislador utilizar o termo “direitos”, a legislação também faz uso da palavra “interesses”, o que pode evidenciar uma eventual distinção entre eles. Deste modo, inicialmente se faz necessária uma análise destes conceitos. O conceito de interesse é basilar para o estudo do direito processual civil. O termo pode possuir diversos sentidos, jurídicos ou não. Usualmente, se expressa na maioria das vezes na acepção de utilidade, vantagem, proveito ou lucro.

Por outro lado, para a ciência do direito, o interesse pode ser entendido como a procura intencional de satisfação de uma necessidade, através de bens ou vantagens que sejam favoráveis à finalidade visada (GONÇALVES, 2019, p. 13). Interesse é o bem da vida, a pretensão, almejada por alguma pessoa. O termo “interesse” também pode ser delimitado quando se realiza a distinção em relação ao termo “direito”. Conforme ensina Andrade (2015), “interesse é qualquer pretensão em geral, é o desejo

de obter determinado valor ou bem da vida, de satisfazer uma necessidade”. Este interesse pode ter ou não proteção no ordenamento jurídico.

Por outro lado, direito subjetivo pode ser entendido como “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio” (ANDRADE, 2015). Assim, é a posição jurídica que o ordenamento jurídico assegura a uma pessoa, a um grupo de pessoas ou a um ente, em relação a um determinado bem e/ou pessoas. Portanto, direito é o interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico.

Pense-se, agora, em outra, que postule a tutela de valores cuja proteção, por fim, seja deferida, ante a existência de respaldo no ordenamento. Ela terá visado, portanto, à defesa de direitos subjetivos. Não queremos dizer, com isso, que o direito subjetivo depende sempre de um prévio reconhecimento judicial. A manifestação do Estado-juiz, muitas vezes, é meramente declaratória de um direito subjetivo preexistente.

Esta formulação intuitiva decorre, em primeiro lugar, da concepção clássica do processo sob o ponto de vista individualista, como sendo instrumento voltado à proteção dos interesses de um indivíduo, e secundariamente, da concepção imanentista ou sincretista do direito de ação, adotada, v. g., no art. 75 do CC, pelo qual a todo direito corresponde uma ação que o assegura. Isto implicaria equívoca afirmação de que somente teria cabimento a postulação em juízo de qualquer hipótese de tutela jurisdicional quando houvesse lesão a um direito subjetivo.

O direito subjetivo nada mais é que a posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma a seu favor. Ostenta o titular do direito subjetivo um interesse juridicamente protegido pela norma substancial. Identifica-se uma situação concreta que retrata genérica previsão normativa, residindo a importância desta concepção na consagração da necessária correlação entre um poder e um dever, ambos emanados da norma jurídica. O interesse pode expressar vantagem de apenas uma pessoa, de um grupo de pessoas ou de uma coletividade. Assim, em sentido amplo, pode ser individual ou coletivo. Sobre o assunto, conforme ensina Gonçalves:

Há certos interesses que não pertencem a uma única pessoa, mas a um grupo ou a uma coletividade que podem ou não ser determinados ou determináveis. O titular de um interesse nem sempre pode ser identificado, ou porque este pertence a toda a comunidade ou porque pertence a uma coletividade indeterminável. Há interesses que não são públicos, na medida em que não pertencem ao Estado e aos seus entes, mas também não podem ser considerados privados, porque pertencem a todo um grupo ou categoria de pessoas. A sociedade contemporânea exige a identificação e proteção de uma nova categoria de interesses, os coletivos em sentido amplo (...). (GONÇALVES, 2019, p. 14).

3. OBJETO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO: OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

A divisão tradicional dos ramos da ciência do direito utilizava como parâmetro para sua classificação a diferença entre os direitos públicos e os privados. O que delimitava a que divisão pertencia o ramo do direito era a natureza pública ou privada do direito predominante e dos sujeitos das relações por eles disciplinadas. A nova realidade social de massa trouxe consigo a proteção jurídica de novas espécies de interesses, e os novos ramos dogmáticos daí resultantes (direito ambiental, direito do consumidor etc.) não se inserem confortavelmente ao Direito Público, nem ao privado.

Com efeito, as normas consagradoras desses novos “direitos” não se encaixam adequadamente como ramos do Direito Privado, pois se afastam do modelo segundo o qual as partes envolvidas são sempre determinadas, estão em pé de igualdade nas relações jurídicas, gozam de ampla autonomia para celebrar seus negócios, e cujos direitos podem ser fruídos ou dispostos de modo exclusivo por uma única pessoa. Por outro lado, os novos “direitos” tampouco se conformam ao Direito Público, pois suas regras não se baseiam no disciplinamento de relações em que a Administração Pública surge numa relação de superioridade em relação a administrados.

Tais direitos/interesses, de dimensão coletiva, foram sendo consagrados, sobretudo, a partir da segunda (direitos sociais, trabalhistas, econômicos, culturais) e da terceira (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado etc.) dimensão de direitos humanos, e podem ser denominados como transindividuais, supraindividuais, metaindividuais (ou, simplesmente, coletivos em sentido amplo, coletivos “lato sensu”, coletivos em sentido lato), por pertencerem a grupos, classes ou categorias mais ou menos extensas de pessoas, por vezes indetermináveis, e, em alguns casos (especificamente, nos interesses difusos e nos coletivos em sentido estrito), não serem passíveis de apropriação e disposição individualmente, dada sua indivisibilidade.

O reconhecimento e a normatização jurídica dos direitos/interesses de dimensão coletiva permitem identificar, a par dos já consagrados campos do Direito Público e do Direito Privado, uma terceira e novel seara, que se pode denominar por Direito Coletivo ou Metaindividual, composto pelas regras e princípios que se prestam a concretizar os interesses ou direitos subjetivos de natureza transindividual (ANDRADE, p.44-45, 2015). Conhecidos também como direitos transindividuais, são direitos compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas e ultrapassam o âmbito estritamente individual. Assim sendo, a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso ao Poder Judiciário seja coletivo, a fim de que a resolução obtida no processo não apenas seja apta a evitar decisões contraditórias, como também deva conduzir a uma solução mais eficiente da lide.

Dentre as razões que inspiraram a tutela judicial dos direitos coletivos, a primeira é a necessidade de tutelar direito de titularidade indeterminada. Existem determi-

nados direitos e interesses coletivos que não conseguimos ao certo afirmar quem é o titular desse direito, pela sua própria natureza. Exemplo: meio ambiente, patrimônio público, moralidade administrativa, patrimônio histórico e cultural. São direitos que ao mesmo tempo são de todos e de ninguém. Isso gera um problema: não se sabe quem vai defendê-los. Como não há um titular certo, é muito provável que ninguém defenda o direito, imaginando que outra pessoa o fará. É o que os americanos chamam de “efeito carona” ou “free hiding”. A saída que nosso sistema arrumou para tutelar essas situações foi criar o mecanismo de “legitimados ativos”, que vão funcionar como verdadeiros porta-vozes, guardiões desses direitos e interesses. Este tipo de situação configura o padrão europeu de tutela coletiva.

Também, outro fundamento é a tutela de interesses economicamente desinteressantes no plano individual. Exemplo: O consumidor percebe que no litro de leite, na verdade, vem 850 ml. O consumidor não entra com ação judicial para reclamar isso! O problema é que se pensarmos globalmente, são milhões de litros de leite subtraídos dos consumidores. Outra razão é quando a tutela coletiva for recomendável do ponto de vista da facilidade. Nesse caso o sistema quer resolver o problema das demandas repetitivas, situações em que o direito é individual, só que é tão arraigado na sociedade que milhares de pessoas vão ao Judiciário reclamar. Nesse caso a tutela coletiva gera economia processual e uniformidade de entendimento (o que gera segurança jurídica e garante isonomia no tratamento de pessoas que estão em situações iguais).

Estes dois últimos tipos de tutela são mais comuns nos EUA. No Brasil, adota-se tanto o padrão europeu quanto o americano. Portanto, os direitos transindividuais são interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas. Como por exemplo, é possível citar-se o caso de moradores de uma região em matéria ambiental, consumidores de um mesmo produto, trabalhadores de uma fábrica, alunos do mesmo estabelecimento, sócios da mesma empresa.

Nestes casos citados, os indivíduos podem ter idade, sexo, capacidade econômica, etnia, profissões diferentes, mas em alguns pontos eles são homogêneos ou uniformes, pois existem interesses comuns. No caso do dano ambiental, a degradação de um rio acarreta prejuízo aos moradores da região; no do produto defeituoso, traz prejuízo aos consumidores e outros expostos ao fato; já na hipótese dos trabalhadores de uma fábrica, a segurança do trabalho é proveito de todos.

Há conveniência social na defesa coletiva. Se cada um tivesse que entrar na justiça individualmente, poderiam existir decisões contraditórias em casos análogos, ou algumas partes não teriam condições de custear seus respectivos processos, não conseguiriam fazer prova, e, ainda que a prova fosse igual, os juízes poderiam julgar diferente, havendo um descrédito em relação ao judiciário. Assim, em uma única ação, poderia ser representado um grupo, haveria prova uniforme, e seria possível beneficiar a todos lesados, até aqueles que não integraram o processo. Esse é o benefício da conveniência social.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS *LATU SENSU*

Os direitos transindividuais ou coletivos *latu sensu* podem ser divididos entre três categorias distintas, cada uma possuindo peculiaridades do ponto de vista metodológico que justificam esta classificação. Ademais, as espécies de direitos ou interesses transindividuais possuem tratamento jurídico distinto, ponto relevante para que se domine a aplicação desta espécie de direitos. A diferença do interesse atrai consequências jurídicas diversa. A imutabilidade do julgado será diferente, o destino da indenização poderá ser distinto, a formulação da ação, do pedido, a intervenção de terceiros.

A classificação usual divide estes direitos em difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos, que inclusive possui posituação no Código de Defesa do Consumidor. As características básicas para distingui-los são: a divisibilidade do objeto e a determinabilidade do grupo. Conforme os incisos do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Inicialmente, os direitos difusos são aqueles em que há uma indeterminação dos titulares. Em outras palavras, direitos difusos são aqueles em que não se sabe quem são seus donos. Os titulares do direito difuso são unidos por circunstâncias de fatos, não existindo uma relação jurídica anterior entre eles. Além disso, há uma alta conflitualidade interna entre os próprios titulares, pois podem divergir em uma série de questões. Por fim, estes direitos possuem uma alta abstração. Como exemplo, podemos citar a proteção ao meio ambiente, defesa da moralidade administrativa e patrimônio público, e propaganda enganosa.

Por sua vez, os direitos coletivos são aqueles em que os sujeitos são indeterminados, contudo, são determináveis por grupo, classe ou categoria de pessoas. Os

titulares são unidos por circunstâncias jurídicas, o que gera uma maior estabilidade. Em razão disso, há uma baixa conflituosidade interna e uma menor abstração. Como exemplo, podemos citar a defesa por um sindicato de uma categoria, estudantes de uma escola que aumentou abusivamente a mensalidade, nulidade de cláusula em contra de adesão.

Por fim, os direitos individuais homogêneos são uma categoria de direitos na qual os sujeitos são determinados ou determináveis, sendo possível individualizá-los principalmente na fase de execução. Os direitos derivam de uma pretensão de origem comum, não havendo relação jurídica entre os titulares. Também há a presença de uma tese jurídica geral, possuindo a mesma causa de pedir em regra. Estes direitos são na essência individuais, pois há a possibilidade de cada pessoa ingressar sozinha com uma ação individual. Como exemplo, podemos citar o caso do anticoncepcional *microvlar*, ação para compelir ao *recall*, hipóteses das poupanças dos planos econômicos, produto em série com o mesmo defeito.

Embora sejam direitos individuais, em razão de varias pessoas serem titulares destes direitos, a lei, por uma opção política, preferiu dar tratamento coletivo a estes. Entre as razões disso podemos dizer: a molecularização dos litígios; a economia processual e redução de custos; evita decisões contraditórias; e aumenta o acesso à justiça ao tutelar direitos que do ponto de vista econômico não são tuteláveis ou interessantes.

A título de curiosidade, outra classificação denomina esses direitos de metaindividuais e os divide em 2 categorias: os direito naturalmente coletivos, que são os difusos e os coletivos, e tem como característica em comum a indivisibilidade, porque a tutela de um equivale a tutela de todos, e a publicidade, sendo impossível de apropriação individual; e os direitos acidentalmente coletivos, que são os individuais homogêneos, que tem como característica principal a divisibilidade e a privacidade.

5. O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA

O direito processual coletivo é regulado por leis esparsas, não havendo uma codificação única, tal como acontece no direito processual civil individual. Deste modo, o princípio da integratividade do microssistema processual coletivo preconiza que as variadas leis disciplinadoras do processo coletivo formam um microssistema. Assim, na aplicação do direito processual coletivo deve se utilizar de todas as leis que tratam sobre o assunto, formando um microssistema.

Em razão de não existir um código de processo coletivo, no qual a matéria seja sistematizada, e existirem várias leis que tratam sobre o tema, a doutrina e a jurisprudência, na tentativa de uniformizar o tratamento do processo coletivo, sustentam a aplicação deste princípio. Conforme este princípio, as leis que tratam sobre processo coletivo formam um microssistema, havendo a aplicação integrativa entre as leis.

Existem diversos exemplos da aplicação deste princípio. Vejamos: O Superior

Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.108.542-SP, decidiu ser possível a aplicação do reexame necessário, condição de eficácia da sentença, previsto no artigo 19 da Lei da Ação Popular quando a sentença for improcedente na Ação Civil Pública. Também, em outro caso da aplicação deste princípio, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível a aplicação da escolha do polo passivo pelo Poder Público nos processos de ação civil pública, conforme preveem o artigo 6, §3, da Lei de Ação Popular e artigo 17, §1, da Lei de Improbidade Administrativa (REsp 791.042-PR).

Outro possível reflexo deste princípio é na resolução da questão da legitimidade ativa nas ações coletivas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entende-se ser possível a aplicação dos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor para ampliar o rol de legitimados ativos. Assim, seria possível a legitimidade da Defensoria Pública e a Administração Direta ou Indireta na defesa de direitos dos infantes. No mesmo sentido, tem-se o aproveitamento da inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor na ação civil pública, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.049.822. Por fim, observa-se a aplicação das regras sobre prescrição da Ação Popular e Lei de Improbidade no âmbito da na ação civil pública, uma vez que não há tal disposição.

CONCLUSÃO

O surgimento do direito processual coletivo é de muita valia para o estudo e aplicação do direito, sobretudo, diante das características únicas dos direitos coletivos. Não seria adequado que fossem tutelados como os outros direitos individuais, que são pelo direito processual civil tradicional. Deste modo, este novo ramo do direito demonstra sua demasiada importância.

A divisão dos direitos transindividuais se faz necessária uma vez que cada uma destas três espécies possui diferenças entre si, que acarretam consequências distintas, como o regime da coisa julgada, do cumprimento de sentença e execução, da legitimidade ativa, etc. Assim, o presente trabalho procurou delimitar essas diferenças para que haja uma melhor compreensão acerca do tema.

Além disso, por se desvincular do direito processual civil, o direito processual coletivo possui princípios particulares, como o da integratividade do microsistema de tutela coletiva. Este princípio, de natureza hermenêutica, traz a este ramo do direito uma possibilidade de integração das diversas normas que regulam o processo coletivo, o que vem sido defendido pela doutrina e aceito pelos Tribunais do país.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. (Esquematizado).

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Tutela de interesses difusos e coletivos / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. (Coleção sinopses jurídicas ; v. 26)

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de processo coletivo – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
DE SANTOS

Afiliado

ABEU
Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

ABEC
Associação Brasileira de Editores Científicos

CBL
Câmara
Brasileira
do Livro