

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL E GESTÃO ESTRATÉGICA
DA SUSTENTABILIDADE

EDUARDO GIORGETTI PERES

UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS PRÉ-PROCESSUAIS NA DEFESA DO MEIO
AMBIENTE

São Paulo

EDUARDO GIORGETTI PERES

**UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS PRÉ-PROCESSUAIS NA DEFESA DO MEIO
AMBIENTE**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade do COGEAE-SP da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte dos requisitos para a obtenção do título de especialista em Direito, Ambiental, sob a orientação do Professor-Orientador Maurício Guetta.

SÃO PAULO
Setembro de 2013

AGRADECIMENTOS

Dedico esse trabalho a todos os meus familiares e amigos, especialmente aos meus pais, aqueles que durante toda a minha formação me acompanharam, oferecendo todo o apoio necessário na consecução dos meus objetivos.

Agradeço, ainda, aos meus professores de minha trajetória acadêmica por terem se dedicado e compartilhado todo o conhecimento necessário para atingir o nível do saber indispensável a qualquer profissional do Direito.

Por fim, agradeço ao Professor Maurício Guetta, responsável por transmitir sua dedicação pelo Direito Ambiental e suas lições, sem as quais não seria possível concluir esse trabalho.

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis.”

(José de Alencar, escritor)

RESUMO

O trabalho apresentado tem por objetivo avaliar os benefícios trazidos com a utilização dos instrumentos extraprocessuais na tutela do meio ambiente, sobretudo nos meios naturais e artificiais. Será abordada sob uma perspectiva preventiva, conciliatória e eficaz, justamente pela não utilização ou postergação da via judicial.

Objetivando uma abordagem clara e organizada do tema, foi necessário tratar inicialmente de conceitos materiais relacionados à tutela coletiva dos direitos difusos *lato sensu* para então ingressar na tutela extraprocessual de tais direitos.

Uma vez estabelecidos tais conceitos teóricos, indispensáveis à compreensão do tema, serão apresentados os instrumentos estabelecidos nos diplomas legais pátrios, em especial pelas Leis 7.347/65, 8.078/90, 8.625/93 e LC 75/93, e sua utilização em prol da tutela ambiental.

Em conclusão, estarão resumidas as mais relevantes posições extraídas dos diversos autores que abordam o tema:

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE	10
2.1	APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL	10
2.2	INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL.....	12
2.3	TRÍPLICE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL	17
2.4	FRAGILIDADE DO BEM AMBIENTAL E TUTELA PRÉ-PROCESSUAL	23
3	DIFICULDADES AO ALCANCE DA EFETIVIDADE NA TUTELA COLETIVA	28
3.1	OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA NA TUTELA COLETIVA	30
3.2	LIMITAÇÕES DO PROCESSO JUDICIAL PARA ASSEGURAR A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AMBIENTAL	34
3.3	TEMPO E DO CUSTO SOBRETUDO DO PROCESSO COLETIVO	37
3.4	INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA DO PROCESSO JUDICIAL NA TUTELA AMBIENTAL.....	39
4	TUTELA PRÉ-PROCESSUAL	43
4.1	CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA TUTELA PRÉ-PROCESSUAL	43
4.2	MECANISMOS PRÉ-PROCESSUAIS NAS SOLUÇÕES DOS CONFLITOS	45
4.3	PRINCÍPIOS REGENTES DA TUTELA PRÉ-PROCESSUAL	46
5	INSTRUMENTOS PRÉ-PROCESSUAIS DO DIREITO COLETIVO.....	49
5.1	INQUÉRITO CIVIL	49
5.1.1	CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA	49
5.1.2	FINALIDADES	50
5.1.3	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS.....	52
5.1.4	PRODUÇÃO DA PROVA NO INQUÉRITO CIVIL.....	57
5.1.5	CONCLUSÕES ACERCA DE SUA EFETIVIDADE.....	58
5.2	REQUERIMENTO DE CERTIDÕES E INFORMAÇÕES.....	60
5.2.1	ORIGEM E PREVISÃO LEGAL.....	60
5.2.2	REQUISITOS PARA A UTILIZAÇÃO.....	61
5.2.4	CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO.....	63
5.2.5	CONCLUSÕES ACERCA DE SUA EFETIVIDADE.....	64
5.3	AUDIÊNCIA PÚBLICA	65
5.3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	65
5.3.2	PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS.....	66
5.3.3	APLICAÇÃO NO EIA/RIMA.....	67
5.4	RECOMENDAÇÃO	71
5.4.1	PREVISÃO LEGAL E SUA FUNÇÃO ESSENCIAL.....	71
5.4.2	REQUISITOS, CONTEÚDO E EFEITOS.....	72
5.5	COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	75
5.5.1	ORIGEM E PREVISÃO LEGAL.....	75
5.5.2	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	77
5.5.3	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS.....	80
5.5.4	REQUISITOS DE VALIDADE	83
5.5.5	EFEITOS DO COMPROMISSO.....	83
5.5.6	EFETIVIDADE DO COMPROMISSO NA TUTELA DO DIREITO.....	86

6 CONCLUSÃO	89
BIBLIOGRAFIA	91

1 INTRODUÇÃO

O presente abordará a efetividade dos instrumentos da tutela pré-processual no direito ambiental, dentro de uma perspectiva processual, mas com incursões necessárias no direito material. A perspectiva adotada tem enfoque nos problemas modernos que o Poder Judiciário enfrenta na entrega da tutela jurisdicional.

O título dado ao trabalho tem o escopo de limitar o estudo aos instrumentos que, de certa forma, estão interligados com o direito processual. Foram excluídos da análise, por exemplo, os instrumentos administrativos da tutela ambiental.

Tendo em vista este objetivo, foi estabelecida a formulação de cinco capítulos e uma conclusão.

O segundo capítulo abordará a parte mais densa do direito material, com os temas indispensáveis à introdução do trabalho. Cuidaremos do breve histórico da evolução da tutela ambiental, da tríplice responsabilidade ambiental, bem como aspectos que demonstram a fragilidade do meio ambiente. Não obstante, neste momento, no enfoque do direito material, faremos breves apontamentos sobre duas das principais ações constitucionais: a ação civil pública e ação popular.

O terceiro capítulo trará temas que demonstram os obstáculos ao alcance da efetividade da proteção do direito ambiental quando utilizados apenas métodos jurisdicionais. Neste passo, iremos expor as limitações do processo judicial, com enfoque no tempo e custo da tutela judicial. Também será abordada a produção da prova, já que há particularidades na tutela coletiva.

O quarto capítulo será responsável por introduzir o tema da tutela pré-processual. Haverá a abordagem de temas complexos, expondo as razões da elaboração deste trabalho, tais como quais consequências jurídicas advirão da tutela pré-processual e os mecanismos de conciliação que são oferecidos. Outrossim, residirá aqui a abordagem principiológica da tutela coletiva.

O quinto capítulo abordará os instrumentos em espécie da tutela pré-processual, cada qual em um subcapítulo distinto. Em cada um haverá breves incursões históricas, conceitos doutrinários e a contribuição dada ao princípio da efetividade da tutela coletiva.

Em sede de conclusão, será feito um arremate dos principais pontos tratados e a contribuição dos instrumentos pré-processuais à tutela do meio ambiente. Haverá, portanto, a reunião das mais relevantes posições extraídas dos variados autores que abordam o assunto.

2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

2.1 APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

Antes da promulgação da Constituição de 1988, a preocupação com o meio ambiente já havia tomado proporções mundiais, reconhecendo-se a necessidade de preservá-lo. Foi em 1972, na “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Humano” de Estocolmo, com a edição da “Declaração do Meio Ambiente”, que foi firmado o seguinte princípio:

Princípio 1

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presente e futura (...)

O conteúdo do “Princípio 1” foi responsável por reconhecer a importância do meio ambiente, bem como introduzir demais pontos que seriam tratados na Carta de Declaração. Percebe-se, em sua redação, temas como o direito fundamental ao meio ambiente, conciliação com o desenvolvimento econômico, a garantia das futuras gerações, dentre outros.

Contudo, somente em 1984, no Simpósio de Especialistas da Unesco sobre Direitos de Solidariedade e Direitos dos Povos, a Organização das Nações Unidas (ONU) elevou à categoria dos direitos fundamentais o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Brasileira vigente à época, a Carta de 1969, constituída por emenda outorgada pela Junta Militar à Carta de 1967, timidamente apenas mencionava no parágrafo único do artigo 172 uma proteção especial do Poder Público para com “os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.

Avanços na tutela constitucional ambiental haviam de ser feitos e a Constituição de 1988 acabou por fixar a regra matriz da proteção constitucional ao meio ambiente no artigo 225 da Constituição Federal¹, mais precisamente no Título VIII – “Da Ordem Social”. A inserção do dispositivo nesta localização reflete a ideia do Poder Constituinte de 1988 de entrelaçar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o bem estar social, sendo ambos indissociáveis.

A nossa Magna Carta enfatiza ainda em seu artigo 3º que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil contemplam o desenvolvimento nacional e, simultaneamente, a promoção do bem de todos. Com base na conjugação dos dispositivos, há de se concluir que a preservação do meio ambiente é “*conditio sine qua non*” à manutenção do bem maior de todos, o bem da coletividade.

O atual texto constitucional, comparado aos textos revogados, muito bem disciplinou a proteção do meio ambiente, bem como houve por bem ampliar competência legislativa, que antes era privativa da União, aos Estados e Distrito Federal, sem excluir os Municípios, autorizados a legislar sobre assuntos de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. Foram contemplados no artigo 225 os relevantes princípios do desenvolvimento sustentável, do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, da obrigatoriedade da intervenção estatal, dentre outros.

O princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana contempla a íntima ligação ao direito fundamental à vida e à proteção da dignidade da vida humana, garantindo condições adequadas de qualidade de vida. Do escólio de Édís Milaré: *o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio, configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade da existência.*²

¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

² MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário, São Paulo: RT, 2013, p. 158/159.

Vale lembrar que este princípio foi reconhecido pela Conferência das Nações sobre o Ambiente Humano de 1972, sob o Princípio 1º, e reafirmado pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 e pela Carta da Terra de 1997, Princípios 1º e 4º, respectivamente.

Dessa forma, ao analisar o artigo 225 depreende-se a abrangência da tutela ambiental. Em lugar algum se limita a titularidade do bem ambiental, sendo este inserido na categoria de bem difuso³. Na visão de Afonso José da Silva, o bem ambiental “não é bem público nem particular”; mas, sim um “*bem de interesse público, dotado de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculado, assim, a um fim de interesse coletivo*”.⁴ Tampouco se limitou a titularidade apenas aos brasileiros ou estrangeiros residentes no país, mas, sim, a todos que aqui estejam, mesmo que transitoriamente, a pessoas coletivas e indeterminadas.

Portanto, a Lei Fundamental disciplinou com propriedade a proteção ambiental, eis que estabeleceu, conforme observou Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁵: que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; que o direito ao meio ambiente diz respeito à existência de um bem comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida; que incumbe tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defendê-lo, que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como às futuras gerações.

2.2 INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

De nada adiantaria o Poder Constituinte inserir uma série de direitos, conferindo bens e vantagens aos seus titulares, se não fossem assegurados instrumentos a fazer valer tais direitos. Os instrumentos são, portanto, mecanismos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens.

Interessa neste ponto destacar quais instrumentos constitucionais seriam aptos a tutelar o bem ambiental, o que permite excluir desde logo remédios constitucionais tais

³ O surgimento da categoria dos bens difusos desgastou a classificação dicotômica dos bens quanto aos titulares do domínio em bem público e privado.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56.

⁵ FIORILLO, Celso Antônio. *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

como o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança coletivo. Restam agora os remédios dos direitos coletivos, no qual o direito ao meio ambiente se encontra.

O primeiro deles é a ação popular ambiental, prevista no artigo 5º, LXXIII, com a seguinte redação: *“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”*.

A origem da ação popular remete à Constituição do Império⁶, mas naquela época a tutela do meio ambiente não era seu objeto. Tutelava-se tão somente a Administração Pública e sua moralidade contra atos praticados por particulares. Atualmente, a ação popular funciona como verdadeiro remédio em prol da coletividade, possibilitando que os indivíduos tenham um comportamento proativo em face de direitos que dizem respeito aos seus pares.

O artigo 5º, LXXIII maximizou o poder da ação popular ao incluir bens jurídicos antes omissos no artigo 1º da Lei 4.717/65, dentre eles o meio ambiente. Vale ressaltar que o patrimônio histórico e cultural já era explicitamente tutelado no parágrafo 1º do artigo 1º, incluído na Lei 4.717/65 pela Lei 6.513/77.

Com base na evolução da Ação Popular, percebe-se que o que antes era mais um remédio voltado à tutela do Poder Público contra atos praticados pelos administrados, hoje caminhou-se para uma ação em que é possível pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao meio ambiente, mesmo que emanados dele próprio.

A doutrina costuma lembrar que a ação popular exige dois requisitos específicos a serem demonstrados: lesividade e invalidade do ato. Segundo o texto constitucional, a ação popular visa *“anular ato lesivo”*. Marcelo Abelha observa a sua real finalidade: *“embora o texto não comente, a ação popular é ontológica e teologicamente voltada ao controle dos atos da Administração Pública em defesa do patrimônio público, mas há vozes recentes que estendem a sua finalidade para anular atos de particulares ofensivos ao patrimônio público”*.⁷

⁶ Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p.95.

A consequência da imposição dos requisitos ao ajuizamento da ação popular é a restrição da sua utilização na tutela do meio ambiente. Ao exigir a lesividade⁸ ao bem jurídico, parece que o legislador excluiu qualquer finalidade preventiva. Contudo, uma interpretação sistemática com a Constituição afasta este equívoco, pois o artigo 5º, inciso XXXV, garante a tutela jurisdicional também contra ameaças a direitos.

Em outras palavras, não obstante o requisito da lesividade, a ação popular poderá ser usada antes da consumação do dano, quando iminente a sua ocorrência. Assim, conclui-se que esta ação não se presta apenas à tutela preventiva do meio ambiente. Seus requisitos não podem ser sobrepostos em face de uma garantia individual.

Deveras, em que pese tais empecilhos, não podemos ignorar este instrumento processual, já que a legitimidade ativa é conferida a qualquer cidadão, bastando fazer prova com o título de eleitor.⁹ A ação popular, na realidade, encontra ampla aplicação contra atos de improbidade administrativa, cuja decisão visa impor sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, dentre outras sanções autorizadas pelo artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição.

O segundo instrumento constitucional de proteção ambiental é a ação civil pública, cuja previsão encontra-se no artigo 129, parágrafo 5º. Determina o dispositivo que incumbe ao 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”*. Ressalta-se desde logo a ausência da expressão “privativamente” que se encontra no tocante à promoção da ação penal pública. Não é outro o sentido do parágrafo

⁸ *Necessário ressaltar a posição de doutrinadores que defendem a mera lesão jurídica como requisito, não sendo necessária a lesão ao patrimônio público ou ao meio ambiente, por exemplo. Não obstante o respeitoso pensamento, defendemos, com base no texto constitucional, a lesividade do ato contra os bens protegidos. Necessária uma lesão material, e não apenas formal.*

⁹ *Veja-se exemplos de ações populares ambientais veiculadas na imprensa:*

“Preocupado com a desova de tartarugas marinhas na Praia do Bessa, em João Pessoa, um casal decidiu ingressar na Justiça para impedir obras de urbanização da prefeitura. Para evitar alterações no local, que dificultariam o ciclo de vida da tartaruga de pente, que no Brasil é ameaçada de extinção, o casal adotou um instrumento jurídico cada vez mais utilizado para questões ambientais: a ação popular. O caso foi julgado em fevereiro. O projeto continua no papel.”

“Há ações populares tramitando também no Estado de São Paulo. Em São Bernardo, duas catadoras de material reciclável discutem a construção de um incinerador de lixo às margens da Represa Billings. Em Jandira, uma moradora questionou o uso de animais na Festa do Peão de Boiadeiro.”

1º ao prever que a legitimação do Órgão Ministerial “*não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei*”.

É inegável a aplicação desta técnica processual nos dias de hoje na promoção da preservação ao meio ambiente e, sobretudo, de qualquer outro direito coletivo *lato sensu* e inquestionável o papel do Ministério Público em face dos direitos e interesses sociais, tal como a preservação ambiental.

Os legitimados para a propositura desta ação são, porém, restringidos pela Lei 7.347/65 e pelo Código de Defesa do Consumidor, estando previstos nos incisos do artigo 5º¹⁰ e 82¹¹ dos respectivos diplomas. São autorizados para agir em juízo apenas entes coletivos, excluindo-se indivíduos isolados ou em litisconsórcio.

Ao refletir sobre o assunto, indaga-se se há compatibilidade da legitimação ativa fixada nas leis infraconstitucionais com a natureza difusa do meio ambiente ecologicamente equilibrado (“*bem de uso comum do povo*”). Além disso, já que impõe-se *ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*, não seria melhor que todos os indivíduos tivessem tal legitimidade?

Acerca da indagação acima, Marcelo Abelha¹² observa que a dificuldade de ampliar a legitimidade ativa decorre do fato de que seria inviável e questionável que qualquer homem do povo, sozinho e isolado, conseguisse a melhor defesa em juízo do meio ambiente, pois inequívoca a fragilidade sócio-econômica-técnica do cidadão no plano processual.

¹⁰ Art. 5º *Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.*

¹¹ Art. 82. *Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.”*

¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 3ª edição revisada e ampliada. São Paulo: RT, 2011, p. 97.

Portanto, entre deixar a legitimidade nas mãos da sociedade a fim de que cada indivíduo atuasse na tutela do meio ambiente ou restringi-la em poder de entes coletivos criados para tal fim, o legislador optou, em prol do princípio da melhor proteção, pela segunda alternativa. Lembramos, apesar desta escolha, a existência da ação popular ambiental que, inegável o seu objeto mais restrito, legitima a todos a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No mais, para cotejar a ação popular com a ação civil pública em seus elementos que mais as diferenciam, o artigo 3º da Lei 7.347/85 determina que esta *“poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”*. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que em ação civil pública ambiental é possível a cumulação de pedidos de obrigação de fazer e de pagamento pelo dano material causado: *“na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/85 (“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins)”*¹³.

A este respeito, a Corte Superior sedimentou o entendimento que o fim precípua da ação civil pública é compelir o réu a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer, com a finalidade de preservar o bem tutelado ou fazer retorná-lo ao *“status quo ante”*, devendo ocorrer condenação em dinheiro somente quando a primeira opção não for possível. Ora, é evidente que esta posição em nada tutela o bem ambiental, sob falsa premissa de que a preservação estaria em primeiro lugar. Na realidade, trata-se da infeliz cultura de que pagando tudo se torna lícito.

Apresentadas as generalidades destas ações, denota-se a escolha feita pelo Poder Constituinte de transformar ações processuais em verdadeiros instrumentos constitucionais de proteção a direitos fundamentais. A favor da efetividade e segurança, o Poder Constituinte trouxe matéria formalmente constitucionais ao corpo da Constituição.

¹³ REsp 605.323 – Relatoria Ministro José Delgado

2.3 TRÍPLICE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

Sem fugir da proposta deste trabalho, é necessário tecer comentários acerca da responsabilidade por danos ambientais, que serão indispensáveis para compreensão da tutela pré-processual em matéria coletiva.

O fundamento constitucional da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente está inserido no artigo 225, parágrafo 3º, da Carta Magna, segundo o qual as *“condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”*.

A redação do dispositivo nos revela que pessoas físicas e jurídicas responderão administrativamente, penalmente e civilmente por condutas lesivas ou potencialmente lesivas ao meio ambiente, sem que haja *bis in idem* pela cumulação. A definição de cada uma destas responsabilidades e os moldes em que se darão, ficam reservado à disciplina legal.

Édis Milaré, sobre o tema, leciona: *a danosidade ambiental, potencial ou efetiva, pode gerar uma tríplice reação do ordenamento jurídico, ou seja, um único ato pode detonar a imposição de sanções administrativas, penais e civis*”. A diferença em cada uma residirá na espécie da sanção imposta, com base em diferentes requisitos.

A responsabilidade administrativa está disciplinada nos artigos 70 e seguintes da Lei 9.605/98, cuja redação define infração administrativa ambiental como toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Considera-se, neste caso, apenas a ilicitude da conduta, não importando se tratar de ilícito penal ou civil.

Por sua vez, a responsabilidade civil acarreta o dever, em primeiro lugar, de recomposição do meio ambiente degradado e, somente se esta solução não for possível, poderá haver compensação ambiental, segundo os critérios legais. Caso todas as alternativas sejam impossíveis, não podendo recuperar o meio ambiente, abrirá a via indenizatória pelo prejuízo causado.

A teoria sobre a qual a responsabilidade civil ambiental está fundada é a da responsabilidade objetiva, segundo a qual basta a conduta lesiva, o nexo de causalidade e o

dano para ensejar a responsabilidade. Isto é, não importa a razão da degradação para que haja o dever de indenizar ou reparar. O fundamento da responsabilidade objetiva é matéria divergente na doutrina, sendo que para alguns decorre da própria Constituição¹⁴ e, para outros, da Política Nacional do Meio Ambiente.

Quanto à modalidade de responsabilidade objetiva, diz-se que esta é baseada no risco integral¹⁵, não obstante posição minoritária que sustenta o risco administrativo. Segundo a primeira corrente, majoritária na doutrina e jurisprudência, o dever de indenizar persistirá ainda que a conduta decorra de caso fortuito ou força maior, não importando o rompimento do nexo de causalidade.

Finalmente, a responsabilidade penal está disciplinada pela Lei 9.605/98, que contém normas gerais de caráter penal (disposições do Código Penal são aplicadas subsidiariamente), bem como os tipos penais em que a conduta deve estar incursa. Ao contrário da responsabilidade civil, na seara penal é imprescindível a existência de dolo ou culpa, sendo o elemento subjetivo integrante da conduta do agente. Afasta-se por completo toda e qualquer responsabilidade objetiva. O crime depende da tipicidade do fato e de sua

¹⁴ Celso Antônio Pacheco Fiorillo sustenta que a *responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente é do tipo objetivo, em decorrência de o art. 225, § 3º, da Constituição Federal preceituar a "...obrigação de reparar os danos causados" ao meio ambiente, sem exigir qualquer elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade civil.*

Édis Milaré afirma que o sistema engendrado por nosso legislador, *a obrigação de investigação e de indenizar emerge da simples ocorrência de um resultado prejudicial ao homem e ao meio ambiente, sem qualquer apreciação subjetiva da contribuição da conduta do poluidor para a produção do dano. Esse é o dizer claro do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/81.*

¹⁵ Esta é a posição de Édis Milaré, que defende a adoção da teoria do risco integral no ordenamento jurídico brasileiro. Seriam consequências desta objetivação fundada nesta teoria: a) prescindibilidade de investigação da culpa; b) irrelevância da licitude da conduta; c) a inaplicação das causas de execução da responsabilidade civil. – Ibid., p. 431.

O STJ assim decidiu: *"a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, tendo por pressuposto a existência de atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar, de modo que, aquele que explora a atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela, por isso descabe a invocação, pelo responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil e, portanto, irrelevante a discussão acerca da ausência de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro ou pela ocorrência de força maior".* (EDRESP – 1346430 - RELATOR: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO - QUARTA TURMA. Data de Publicação 14/02/2013).

antijuridicidade e a aplicação de pena da culpabilidade do agente que, quando ausente, ensejará medida de segurança.

Uma vez trazidos os traços gerais da tríplice responsabilidade ambiental e de suas respectivas formas, nos interessa verificar a interdependência entre elas e as consequências de uma sobre a outra. Isto importará, por exemplo, quando visto o arquivamento do inquérito civil ou a celebração do compromisso de ajustamento de conduta.

A regra é a independência das esferas de responsabilidade, na medida em que possuem funções diversas. Aliás, este é o mandamento constitucional do artigo acima transcrito, que prescreve haver responsabilidade civil *independentemente* das sanções penais e administrativas. Não pode o autor se esquivar de reparar o dano sob o argumento de que sua conduta tenha sido objeto de sanção penal ou administrativa.

Entretanto, mesmo diante da clareza do artigo em comento, mitigações são concebidas pelo ordenamento infraconstitucional a fim de conferir harmonia lógica no sistema. Fora do direito ambiental, a regra é a de que a sentença penal absolutória que reconheça a inexistência material do fato ou que o autor não tenha contribuído ou participado na infração penal faz coisa julgada no cível¹⁶. Em outros dizeres, estando a sentença penal fundada em tais hipóteses, não poderá ser ajuizada ação de responsabilidade civil.

O mesmo raciocínio é aplicável à responsabilidade administrativa. José dos Santos Carvalho Filho¹⁷ explica que a instância penal obrigará a civil quando a sentença absolutória afirmar a inexistência do fato atribuído ou o exclui expressamente da condição de autor ou participe. Se for fundada na insuficiência de provas quanto à autoria ou porque não foi suficiente para a condenação, não influirá na decisão administrativa se, além da conduta penal imputada, houver a configuração de ilícito administrativo.

Os parágrafos anteriores contêm as regras aplicáveis nas hipóteses tradicionais de responsabilidade, baseadas no dolo ou na culpa. São situações que necessariamente

¹⁶ O mesmo raciocínio vale para as hipóteses que excluem a ilicitude do fato, Segundo a regra do artigo 65 do Código de Processo Penal. “Art. 65. *Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*”

¹⁷ FILHO, Manuel dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 704.

exigem a clara demonstração do elemento subjetivo da conduta, bem como do nexo de causalidade desta com o resultado lesivo. Ocorre que na responsabilidade civil ambiental, conforme visto acima, tais elementos não são exigidos, via de regra, para configurar o dever de recompor o prejuízo.

Imagine, por exemplo, a hipótese em que um indivíduo adquire uma propriedade com o solo contaminado, tendo conhecimento deste passivo ambiental. Suponha que o Ministério Público o denuncie como incurso no artigo 54 da Lei 9.605/98, pelo crime de poluição. Sobrevém sentença transitada em julgado que acertadamente o absolve por reconhecer que não fora o autor do fato. Não obstante a categórica absolvição, restará a obrigação de remediar a área contaminada, tratando-se de obrigação *propter rem*¹⁸.

Com base na situação hipotética exposta, tem-se que a sentença penal absolutória não fará coisa julgada na justiça cível, inviabilizando a responsabilidade civil do agente. A razão é simples: a responsabilidade por danos ambientais é objetiva e não exige a comprovação de culpa. Ainda mais, o nexo de causalidade, quando não é dispensado por completo, é mitigado ou atenuado em algumas situações em prol de uma efetiva proteção do bem jurídico tutelado¹⁹. Tais fatores podem inexoravelmente atribuir a responsabilidade civil, ainda que o autor seja inocentado no juízo penal.

No mais, entendemos que a responsabilidade administrativa não prescinde do elemento subjetivo²⁰ e o seu nexo de causalidade pode ser atenuado ou mesmo

¹⁸ Quando recai sobre uma pessoa em razão da sua qualidade de proprietário ou de titular de um direito real sobre um bem.

¹⁹ Esse foi o entendimento esposado no REsp 1.025.574-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 25/8/2009.

²⁰ A doutrina ainda não firmou uma posição homogênea quanto à objetividade da responsabilidade administrativa ambiental. Édis Milaré afirma que a natureza da responsabilidade administrativa ambiental é de índole subjetiva. Afirma o Autor que a Lei 9.605/98 orienta-se pelo substantivo “decisão” do seu artigo 3º, indicando como pressuposto para a punição a prática de ação voluntária.

De outro lado, Hely Lopes Meirelles sempre sustentou que “a multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator”. Esta corrente parece prevalecer atualmente, ganhando força o artigo 70 da Lei 9.605/98 caracteriza a infração administrativa como toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

O STJ recentemente se manifestou a favor da responsabilidade administrativa ambiental:

ADMINISTRATIVO. IBAMA. APLICAÇÃO DE MULTA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. ARMAZENAMENTO DE MADEIRA PROVENIENTE DE VENDAVAL OCORRIDO NA REGIÃO. EXISTÊNCIA DE TAC. COMPROVADA BOA-FÉ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. A responsabilidade é objetiva; dispensa-se portanto a comprovação de culpa,

dispensado. Édis Milaré aponta como pressupostos da responsabilidade administrativa ambiental a conduta imputada à pessoa física ou jurídica de direito público ou privado que tenha concorrido para a prática da infração e a ilicitude como comportamento contrário à ordem jurídica. Quanto a este último pressuposto, afirma o Autor que incide a teoria da culpa presumida, por estar automaticamente inculcada a ilicitude da conduta.

Portanto, quanto à responsabilidade, podemos aplicar o entendimento sustentado acima, na medida em que se trata de situações análogas. Mesmo que seja proferida sentença absolutória na justiça penal, por qualquer que seja seu fundamento, não haverá qualquer prejuízo a imposições das sanções contidas no artigo 72 da Lei de Crimes Ambientais, podendo inclusive cumular as sanções cominadas caso, simultaneamente, duas ou mais infrações sejam praticadas pelo agente.

Pois bem. A tríplice responsabilidade ambiental, ao mesmo tempo que aumenta a proteção do meio ambiente, provoca conflitos na tutela pré-processual. Muito se discute, quais seriam as consequências na instância penal quando ocorre o cumprimento das obrigações assumidas no Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Há na doutrina forte corrente no sentido de que a observância das condições impostas seria causa supralegal que extingue a punibilidade de eventual crime ambiental praticado. Às avessas desta posição, há quem entende que, por conta da interdependência das instâncias, o cumprimento das obrigações cíveis não obsta o ajuizamento de denúncia pelo *Parquet* ou em nada interfere no curso da ação penal.

A primeira corrente é defendida sobretudo por advogados, pois incentiva a celebração de termos de ajustamento e isenta de responsabilidade penal aqueles que promovem as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas. Ademais, os defensores desta corrente lembram do princípio da subsidiariedade da tutela penal e de sua última *ratio* na tutela ambiental.

entretanto há de constatar o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado, para configurar a responsabilidade. 2. A Corte de origem, com espeque no contexto fático dos autos, afastou a multa administrativa. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1277638. Relator Ministro Humberto Martins – Segunda Turma. Data de publicação 16/05/2013).

Contudo, a segunda posição, que tem como principal defensor o Ministério Público, se mostra tecnicamente mais acertada diante das sanções que são distintamente aplicadas em cada esfera. Basta lembrar da Constituição Federal ao mencionar que as sanções administrativas e penais aplicar-se-ão, independentemente da obrigação de reparação do dano. O meio ambiente exige cumulação de medidas protetivas, e não substituição ou fungibilidade de uma por outra.

Há ainda outros doutrinadores que acrescentam diferentes visões ao tema. Por exemplo, Guilherme de Souza Nucci²¹ afirma que *se houver acordo entre os órgãos de controle ambiental e pessoas físicas ou jurídicas para a regularização de atividades relativas à exploração ambiental, pode haver reflexo na órbita penal, afetando a prova do dolo ou da culpa, bem como servindo de obstáculo à propositura da ação penal, por falta de justa causa. Depende, pois, da análise do caso concreto.*

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu²²:

De fato, foi firmado Termo de Ajustamento de Conduta entre o paciente e o Ministério Público, mas tal termo não impede a ação penal, consoante entendimento firmado pelos tribunais e repetido acertadamente no acórdão guerreado, pois a área em que a matéria foi tratada é independente daquela já efetuada.

Logo, podia o Ministério Público ofertar a denúncia ora combatida, apesar do termo de ajustamento de conduta firmado pelo ora paciente, para recuperação ambiental, apesar dele alegar não ter sido ele próprio o causador dos danos constatados e que o fez tão-só para arquivamento do inquérito civil em andamento, não alcançando a ação penal.

Lecey nos ensina sobre o tema:

²¹ http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20101019200035497&mode=print - Acessado em 22/09/2013.

²² Recurso em Habeas Corpus Nº 21.469 - SP (2007/0140555-3 Relatora Ministra Jane Silva Desembargadora Convocada do TJ/MG. Data da Publicação 05/11/2007)

*Sabidamente, a esfera civil, a administrativa e a penal são distintas, sendo o ilícito penal sobreposto às ilicitudes extrapenais. Nem todo o ilícito civil é penal, mas todo ilícito penal é também ilícito no campo extrapenal. Mesmo ocorrendo ajustamento na esfera civil e até com reparação do dano, remanescerá a necessidade de intervenção no juízo criminal.*²³

Em síntese, quanto ao aspecto criminal pelos ilícitos ambientais, não há unanimidade de entendimento. A corrente do Ministério Público prega absoluta independência entre as três instâncias, assegurando as finalidades preventiva e retributiva advindas da cominação sancionatória. Por sua vez, a outra corrente sustenta a extinção da punibilidade resultante da reparação do dano ambiental.

2.4 FRAGILIDADE DO BEM AMBIENTAL E TUTELA PRÉ-PROCESSUAL

A Constituição em seu artigo 225, *caput*, assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, condição indispensável à sadia qualidade de vida e pressuposto da dignidade da pessoa humana.

A matriz constitucional nos revela de pronto a posição privilegiada que goza o meio ambiente em nosso ordenamento jurídico e o cuidado do legislador constituinte em assegurar sua preservação, sem olvidar do necessário desenvolvimento econômico.

O estudo do direito ambiental ganhou importância no Século XX em razão de estudos que mostram o que já deveríamos ter percebido há muito tempo: nossa existência pressupõe indiscutivelmente um ecossistema equilibrado e protegido. Não podemos renegar a proteção ambiental e considerar tão somente o almejado desenvolvimento econômico.

Durante muitos anos o meio ambiente foi renegado a um papel secundário, que tinha como única função servir o ser humano, que dele tirava recursos exaustivamente sem qualquer espécie de manejo sustentável e proteção de parcela mínima necessária à sua

²³ Reflexos no juízo criminal e a jurisprudência. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/cursos/aperfeicoamentoMagistrados/2008/direitoAmbientaPenalReparador.pdf> - Acessado em 22/09/2013

renovação natural. Na visão de Marcelo Abelha²⁴, o meio ambiente tinha uma função mediata, fruto de uma concepção egoística e meramente econômica.

Com o avanço da ciência e de estudos científicos, motivados inclusive pela piora da qualidade de vida, em especial nos grandes centros urbanos, a ordem jurídica mundial deu início à elaboração de tratados e convenções internacionais no intuito de buscar avanços nos ordenamentos internos dos países e, em consequência, uma política pública mais protetiva.

Um dos grandes desafios enfrentados pelas leis ambientais era justamente a fragilidade do meio ambiente. Tanto a sua composição abiótica, formada pelo ar, água e solo, quanto biótica, composta pela flora e fauna, demandam cuidados especiais pelas dificuldades que existem na reparação de danos ambientais.

Uma das justificativas que demonstram esta necessidade é a constante evolução dos estudos de fragilidade e potencialidade dos ambientes naturais²⁵. Tais estudos pressupõem a compreensão da dinâmica ambiental com e sem as intervenções. Nesta direção, o mapeamento demonstra a fragilidade do meio ambiente frente às possíveis consequências de intervenção humana.

Não raro, a conclusão destes estudos demonstram que a funcionalidade dos ambientes naturais é alterada pelas ações humanas quando não são impostas medidas mitigadoras protetivas durante a fase de licenciamento ambiental. Todavia, não podemos negar o acesso da sociedade aos recursos naturais, tal porque a nossa existência depende desta utilização.

Acerca da interferência do homem no meio ambiente, o trecho do Diagnostico de Avaliação Ambiental do Parque Estadual Intervales é esclarecedor:

²⁴ Ibid., p. 20.

²⁵ Estes estudos assim são definidos:

Os mapas de fragilidade e/ou vulnerabilidade ambiental são ferramentas que atendem a essa necessidade. São instrumentos de avaliação das fragilidades e potencialidades que sintetizam as características naturais dos meios e as restrições e/ou aptidões em face de distintas formas de uso e ocupação. A elaboração de mapas de fragilidade ambiental mostra, assim, em termos de intensidade e de distribuição espacial, a susceptibilidade do meio físico, considerando-se os fatores geológicos, geomorfológicos e pedológicos, e as suas respostas às pressões antrópicas. (Trecho extraído da ANÁLISE DA FRAGILIDADE AMBIENTAL NO MUNICÍPIO DE TAMBOARA – PR: APLICAÇÃO E ESTUDO COMPARATIVO DE DUAS METODOLOGIAS).

Diante desses conhecimentos, as sociedades humanas não devem ser tratadas como elementos estranhos à natureza bem como aos sistemas ambientais onde vivem. Ao contrário, precisam ser vistas como parte fundamental desta dinâmica representada através dos fluxos energéticos que fazem funcionar o sistema como um todo. Entretanto as progressivas alterações até então inseridas pelas sociedades humanas nos diferentes componentes afetam cada vez mais a funcionalidade do sistema e com frequência induzem a graves processos degenerativos ao ambiente natural²⁶

A tutela pré-processual, considerando a fragilidade do meio ambiente e as condutas humanas cada vez mais lesivas, foi concebida justamente para dar máxima efetividade à proteção ambiental. Os instrumentos que ela proporciona buscam, quando impossível antecipar os danos, recompor mais rapidamente o meio ambiente comparado à tutela jurisdicional.

Deve-se ter em mente que a situação do meio ambiente hoje nos desafia a preservar os recursos naturais e ao mesmo tempo possibilitar um desenvolvimento econômico e social por nós demandado. Quanto mais se explora o meio ambiente e se extrai recursos dele, mais devemos protegê-lo a fim de que se assegure o equilíbrio ecológico. Esta equação ficaria impossível se não imaginarmos formas que acelerem a resolução de conflitos e a responsabilização de condutas antijurídicas e lesivas.

Neste ponto, se deve lembrar que a tutela pré-processual ganhou extremo prestígio e utilidade no Direito Ambiental, mormente devido à sua contribuição na tutela de um bem tão explorado quanto o bem ambiental. Ela traz indispensáveis vantagens que serão vistas em detalhes mais adiante, mas que podemos antecipar para facilitar a exposição do tema, tais como a rápida coleta de provas no inquérito civil, a imposição de obrigações nos compromissos de ajustamento de conduta celebrados extrajudicialmente e a participação ativa da sociedade em audiências públicas designadas.

²⁶http://fflorestal.sp.gov.br/files/2012/01/1.%20Volume%20Principal/cad%202_DIAGNOSTICO%20E%20AVALIACAO/pag%20319_332%20FRAGILIDADE.pdf - Acessado em 08/08/13.

Em sua obra²⁷ *Direito ao Ambiente*, Édis Milaré elenca três importantes características que acentuam a fragilidade do bem ambiental, sendo elas: ampla dispersão das vítimas, dificuldade inerente à ação reparatória e a dificuldade de valoração. A partir de uma visão conjunta, entendemos a necessidade de privilegiar a tutela preventiva ou, quando já ocorrido o dano, instrumentos pré-processuais que consagram a rápida reparação.

O ponto mais relevante nesta passagem é a dificuldade inerente à ação reparatória, pois intimamente ligado ao tema da fragilidade do bem ambiental. Os danos causados ao meio ambiente, ao contrário da maioria dos danos materiais de natureza civil, não são facilmente compensados com pecúnia.

A esse respeito, Édis Milaré leciona que a reparação dos danos ambientais é sempre insuficiente, porque, por mais custosa que seja a reparação, jamais se reconstituirá a integridade ambiental ou a qualidade do meio ambiente afetado. As indenizações sempre assumirão um caráter mais simbólico do real.

Consigna-se que há uma ordem preferencial quanto às formas de reparação. Em primeiro lugar, preferencialmente, está a restauração natural do meio agredido, ocorrendo a cessação atividade lesiva e a esperada dos processos de regeneração. Após, haveria a restauração no próprio local do dano. Se, porventura, tais possibilidades forem impossíveis ou inviáveis, abre-se a porta para a compensação ambiental e, em último lugar, a indenização pecuniária.

Quanto à reparação por meio da indenização pecuniária, nota-se a existência de similitudes com a matéria de reparação de danos morais, ao passo que ambas as lesões não são efetivamente reparadas com a fixação de valores pecuniários. É impossível quantificar, de um lado, o valor do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, de outro, os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, entre outros.

Outrossim, lembramos que o dano ambiental comporta um outro viés que não a lesão ao patrimônio ambiental em si, que constitui um bem nitidamente difuso. Há também a lesão, reflexamente, ao bem individual daqueles que sofrem um prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial. Neste sentido, a doutrina aponta a violação dos direitos de uma

²⁷ Ibid., p. 334.

coletividade indeterminada ou indeterminável de titulares, bem como dos direitos individuais de determinados indivíduos.

É certo que o magistrado, de alguma forma, arbitrará um valor aproximado a título de compensação e punição da conduta lesiva. Contudo, em matéria ambiental, vale a máxima “a prevenção é o melhor remédio”.

Neste compasso, no último capítulo, apresentaremos os instrumentos pré-processuais como medida, ora como preventivas do dano ao meio ambiente, ora como catalizadoras das medidas de compensação.

3 DIFICULDADES AO ALCANCE DA EFETIVIDADE NA TUTELA COLETIVA

Importante marca presente na tutela coletiva é a amplitude de tutela dos direitos coletivos. Com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que disciplinou o conceito dos direitos coletivos, houve uma alteração no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública para autorizar o uso da ação civil pública para a defesa de “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*” – inciso IV do dispositivo. Não poderia ser maior o espectro de possibilidades que o legislador deu ao legitimado ativo das ações civis públicas.

Vale apontar que solução diversa se deu com a ação popular. A Constituição de 1988 contemplou a tutela de direitos coletivos antes inexistentes no rol do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 4.717/85, tais como a moralidade administrativa e o meio ambiente, em todos os seus aspectos.

A amplitude dos direitos coletivos, já que todos eles são tutelados, até nos levaria a repensar na posição do Direito na sociedade, qual o seu papel e qual a autonomia de outras questões, tais como sociais, políticas e econômicas. Persiste o papel integrativo do Direito com as outras áreas, fazendo prevalecer a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais que dela tiram fundamento.

O que nos interessa desta rápida incursão é demonstrar que os direitos coletivos exigem, e muito, deste papel integrador do Direito com os demais setores sociais, haja vista que a amplitude coletiva provocará uma maior ingerência na organização social. Basta lembrar que, em alguns casos, as decisões coletivas farão coisa julgada oponível *erga omnes*, diferentemente da tutela individual em que existem os chamados limites subjetivos da coisa julgada.

Não obstante o dever do julgador de se pautar exclusivamente na lei (quando esta for omissa na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito) para responder à questão posta, inexoravelmente serão considerados os reflexos nos planos social, econômico e político, sob pena da própria ineficácia do comando jurisdicional.

Alexandre Amaral Gavronski²⁸ resume com maestria este importante tema decorrente da amplitude dos direitos coletivos: “A *compreensão deste fenômeno é bastante*

²⁸ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

útil para a atuação do direito – e da tutela coletiva em especial, dada a sua amplitude (...) não pode mais pretender ser o todo-poderoso transformador social, fazendo seu próprio código impor-se sobre todos os outros como se sua função regulatória pudesse subverter a lógica de todos esses sistemas sociais, impondo a eles a sua própria sem qualquer temperamentos“.

Cite-se como exemplo o princípio da reserva do possível, cuja aplicação se dá diante do conflito entre a possibilidade econômico-financeira do Estado com a condenação imposta pelo Poder Judiciário. Se por um lado é vedado a este interferir nas políticas públicas do Poder Executivo, por outro incumbe-lhe assegurar o cumprimento de normas programáticas asseguradoras de direitos. A construção jurídica germânica deste princípio defende que somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade. Entretanto, no Brasil, este argumento costuma não prosperar nas decisões judiciais já que a jurisprudência prevalecente é no sentido de que a reserva do possível não pode ser invocada como óbice ao reconhecimento e à efetivação de direitos coletivos.

Questão debatida na sociedade recentemente foi o projeto de criação do novo Código Florestal Brasileiro (Projeto de Lei n.º 1.876/99) e a sua final aprovação em 25 de maio de 2011 pela Câmara dos Deputados e 6 de dezembro de 2011 pelo Senado Federal. Em maio de 2012 houve veto de alguns dispositivos pela Presidência da República. Esse ponto ilustra a natureza política dos direitos coletivos, sempre responsáveis por criar embates entre os mais variados segmentos da sociedade. *In casu*, estava evidente o conflito entre as bancadas ambientalistas e ruralistas do Congresso Nacional, com seus diferentes pontos de vista do que é tido por desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido fica evidente a natureza política da tutela coletiva, já que decisões coletivas costumam ser direcionadas a ordenar ou proibir alguma coisa com efeitos vinculantes e *erga omnes*. Em outras palavras, a decisão estatal emanada do Poder Judiciário, de caráter impositivo, frequentemente confrontará com a área da ciência política, acarretando na reflexão do árduo tema da possibilidade de judicialização das políticas públicas, em que não há lugar para respostas exatas, mas sim casuísticas.

Outro fator que também deve ser visto como dificultoso da tutela coletiva, também relacionado às características dos direitos coletivos, é a interdisciplinaridade, sempre acentuada na tutela coletiva. Isso se mostra muito marcante sobretudo no direito ambiental, cuja tutela certamente desafiará o legitimado ativo com conceitos e estudos de

outras ciências relacionadas a este meio: geografia, biologia, botânica, ecologia, oceanografia, geomorfologia, dentre tantas outras áreas do conhecimento.

A especialização do conhecimento, fruto de uma sociedade evoluída, exigiu conhecimentos técnicos não jurídicos, ainda que superficiais ou com auxílio de *experts* e assistentes técnicos designados para auxiliar o juízo e as partes. Não pode o legitimado ativo, na seara ambiental, ignorar alguma especialização e contar unicamente com a ciência jurídica. Neste sentido se recomenda a integração multidisciplinar na legitimidade coletiva para viabilizar a adequada proteção e preservação do meio ambiente. Além disso, recomenda-se uma atuação vocacionada em que o legitimado demonstre melhores aptidões para vencer as dificuldades encontradas.

No mais, afora os pontos trazidos, o sistema de substituição processual utilizado acarreta um distanciamento do titular do direito lesado, tanto do aspecto do sujeito individual quanto da coletividade, do legitimado ativo que defenderá em nome próprio direito de terceiro. Embora a legitimação extraordinária seja indispensável na ação civil pública, há de se consignar o sentimento da coletividade que, em grande maioria, infelizmente desconhece a atuação do Ministério Público, de alguma associação ou de outro legitimado.

Essa preocupação de cunho social foi objeto do estudo do Professor Boaventura de Souza Santos²⁹, que analisou o acesso à justiça de diversos países de acentuada desigualdade social. Concluiu o festejado Autor que a distância do cidadão em relação à administração da justiça é proporcional à sua posição social; que o cidadão menos favorecido economicamente tende a desconhecer seus direitos e tem dificuldade de reconhecer que o problema que o afeta é jurídico; ainda que reconheça o problema jurídico não procura a Justiça para defendê-los por experiências negativas em juízo ou com medo de represálias; por fim inclui-se a dificuldade de se encontrar um profissional apto a atuar em juízo.

3.1 OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA NA TUTELA COLETIVA

Neste capítulo serão mostrados os entraves ao acesso à jurisdição coletiva e as vantagens inegáveis dos instrumentos pré-processuais à proteção e preservação ambiental.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*. Revista do Processo, n.º 37, p. 125/129.

Vale lembrar que tais instrumentos tão somente dispensarão a jurisdição em um primeiro momento, eis que esta é inafastável e indispensável à manutenção do Estado de Direito.

A garantia de acesso à jurisdição sofreu diversas mutações à medida que a sociedade se desenvolvia e as relações travadas no âmbito individual se tornavam mais complexas e dinâmicas. Com o avanço sem precedentes alcançados no século XX em áreas que até então não eram dominadas pelo homem, o direito se viu na necessidade de positivar novas relações jurídicas, especialmente no que tange à relação do homem com o meio em que vive.

O desenvolvimento econômico começou a gerar preocupações em relação ao meio ambiente quando se percebeu que este não se renovava na velocidade em que era desgastado. O Direito então respondeu aos anseios de parte da sociedade com a positivação dos direitos humanos fundamentais, segundo Norberto Bobbio³⁰, ditos de terceira geração, entre os quais o meio ambiente. Essa classe materializa direitos de titularidade coletiva atribuídos genericamente a toda sociedade, consagra o princípio da solidariedade e constituem valores fundamentais indisponíveis.³¹

Apesar da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) já reconhecer a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental como condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, a proteção aos direitos coletivos ganharam contornos somente com a promulgação da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública.

A Constituição de 1988, vale dizer, inovou substancialmente em seu artigo 5º, inciso XXXV, ao garantir que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. A Constituição vigente até então prescrevia em seu artigo 150, parágrafo 4º, que *“a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”*. Assegurou-se, então, a proteção preventiva ao direito, seja individual ou coletivo.

Vê-se, neste sentido, a dificultosa evolução do acesso à Justiça da tutela coletiva. Até hoje há obstáculos à concretização deste direito fundamental, verdade que

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

³¹ Quanto às demais gerações/ dimensões, o RE 22.164 esclarece: “Os direitos de primeira geração (direitos civis) – realçam o princípio da liberdade, e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade.

alguns já solucionados. Alexandre Amaral Gavronski, citando a pesquisa de direito comparado denominada Projeto de Florença de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, exemplifica: “1) *custas judiciais, sejam propriamente ditas ou indiretas (gastos com advogados, tempo para manter uma causa, etc.)*; 2) *as diferentes possibilidades das partes, quanto aos recursos financeiros (nos quais as grandes empresas e o Estado – principais agressores dos interesses coletivos – superam em muito os indivíduos atingidos)*; 3) *os problemas especiais dos interesses difusos*”³².

Nem se diga que alguns dos problemas acima foram parcialmente solucionados, a exemplo das custas judiciais que são isentas na ação popular³³ e na ação civil pública³⁴, salvo em caso de litigância de má-fé. Hugo Nigro Mazzilli³⁵ ressalta que a *mens legis* consiste em beneficiar o autor com o não adiantamento de custas e despesas processuais, devendo o réu ser obrigado a adiantar tais valores referentes às provas de seu interesse.³⁶

Superada a fase de reconhecimento da existência da tutela coletiva, surgiu a necessidade de se buscar outras formas mais simples e eficazes na defesa dos direitos coletivos, de outras maneiras que rompessem com as dificuldades apontadas acima. Neste momento ganhou força o fenômeno denominado pelos processualistas de “terceira onda”, cujo enfoque foi a criação de fórmulas para a simplificação dos procedimentos, criando-se os juizados especiais para as pequenas causas, bem como a instituição de mecanismos de resolução de litígios com base na autocomposição das partes – transação como espécie. Exemplos não são escassos em nosso ordenamento, basta verificar a inclusão do inciso IV

³² Interessante abordagem do Autor ao esclarecer a problemática coletiva: “*Ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio por qualquer indivíduo buscas essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação*”. Em outras palavras, está a se explicar as situações em que a dispersão do direito é elevada a ponto de inviabilizar a responsabilização daquele que lesou o bem coletivo.

³³ Prescreve o artigo 5º, inciso LXXIII, Constituição Federal: “(...) *salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*.”

³⁴ Artigo 18, Lei 7.347/65: “*Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais*.”

³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 25ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132

³⁶ No mesmo sentido: REsp 479.830/GO: “*Esta Turma, ao analisar o AGA nº 384.589/PR, Relator Min. JOSÉ DELGADO (DJ de 24/09/2001, p. 260), fixou orientação no sentido de que a isenção do artigo 18 refere-se unicamente à parte autora, não sendo aplicável à parte ré da ação civil pública*.”

no artigo 125 do Código de Processo Civil³⁷ em 1994 e a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01.

Justamente nesta “terceira onda” que se verifica o reconhecimento da importância das tutelas pré-processuais como instrumento para simplificação e resolução de controvérsias antes da instauração do processo judicial. Tais técnicas, certamente além de prevenir disputas judiciais na sociedade atual, possibilitam uma resposta mais rápida e eficaz tal como urge a preservação do meio ambiente.

A principal característica desta nova fase do Processo Civil, além do reconhecimento que as tutelas pré-processuais ganharam, foi a tendência de simplificar a sistemática processual, marcante pela prevalência da informalidade nos procedimentos jurisdicionais. Admite-se a forma, mas não o formalismo exagerado. Alexandre Freitas Câmara comenta:³⁸

Não se pense que a luta aqui é por uma total e extrema extinção das formas processuais. O processo judicial é formal, e tem de ser, sob pena de se perderem todas as garantias por que as formas processuais são responsáveis. O movimento pela “deformalização das controvérsias” não luta contra a forma, mas contra o formalismo, ou seja, contra a extrema deturpação das formas. O exagero formalista é que deve ser abandonado.

Entretanto, não nos parece que estes novos ideais doutrinários foram aplicados na tutela coletiva com o mesmo rigor que na individual. Vale ressaltar a dificuldade dos operadores do direito coletivo de lidar com questões ainda debatidas, tais como a legitimidade, litisconsórcio, condições ao exercício do direito de ação, litispendência, coisa julgada e a própria fase de liquidação e execução de sentença. Várias são as soluções doutrinárias e tormentosa é a aplicação homogênea destes institutos.

³⁷ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v.1., Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2006, p.38.

Exemplificando, Mauro Cappelletti e Bryant Garth tratam da difícil conciliação de interesses dentro dos grupos dos legitimados coletivos. Não rara são dissídios internos que atrasam a efetividade da tutela coletiva. Ademais, traçam outras barreiras que podem ser extraídas desta interessante passagem que está contida no capítulo “Problemas Especiais dos Direitos Difuso”, do Livro Acesso À Justiça³⁹, que ora transcrevemos:

Outra barreira se relaciona precisamente com a questão da reunião. As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. (...) Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.

Não é possível negar a existência de vantagens ao exercício do direito de ação, que estão ligadas às características da jurisdição. É inegável a imparcialidade e a autoridade que emanam do Estado-juiz, além da substitutividade e definitividade da solução dada pelo juiz ao caso concreto. Uma vez aderida a coisa julgada na decisão proferida, esta se torna imutável e passível de imposição inquestionável de seu conteúdo.

Não obstante a segurança que o processo judicial transmite, o surgimento de tutelas pré-processuais nos direitos difusos e coletivos é de extrema valia e importância, porque permite a efetivação do direito coletivo com maior rapidez e privilegiando as necessidades sociais.

3.2 LIMITAÇÕES DO PROCESSO JUDICIAL PARA ASSEGURAR A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

A teoria geral do processo costuma apontar três métodos de resolução de conflitos: autotutela, autocomposição e jurisdição.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: SAFE, 2002, p.14.

A autotutela trata-se da mais primitiva e violenta forma do homem impor a sua vontade sobre outrem, fazendo prevalecer o seu direito. Nasceu nos primórdios no intuito de assegurar a sua sobrevivência, representando a prevalência do mais forte sobre o mais frágil.

A autocomposição trata-se da forma mais vantajosa a ambas as partes, uma vez que com concessões mútuas chega-se a um consenso ou meio-termo.

A jurisdição surge como dever-poder do Estado de aplicar o direito ao caso concreto, com o objetivo de solucionar conflitos e assegurar a paz social.

A instauração do Estado de Direito trouxe o império do direito, entendido como um *“ordenamento de normas jurídicas (princípios e regras jurídicas), estabelecido democraticamente pelo Estado. Assim, “direito” e “poder” encontram-se relacionados, não se concebendo um Estado de Direito desatrelado da democracia, significando, destarte, que “o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos”*⁴⁰.

Este ordenamento rompeu com a autotutela e nos trouxe a heterotutela - quando existe um terceiro sujeito intermediário entre os indivíduos em conflito que, se colocando acima deles, deve decidir o direito. O veículo que assegura a observância do valores do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa é o processo; este é o instrumento no qual garantias são efetivadas.

Todavia, o respeito com as garantias do devido processo legal enseja uma demora maior na resolução do direito, com a qual o direito coletivo as vezes não pode suportar. É bem verdade que as limitações do processo não devem ser vistas sempre como contrárias aos interesses coletivos, porque servem estas como garantia à legitimidade da atuação impositiva do Estado.

O grande desafio dos processualistas nos tempos atuais é equacionar o rito procedimental do processo como instrumento dos direitos e garantias fundamentais com o princípio da celeridade e efetividade processual. Aliás, o direito a razoável duração do processo encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 98.

Neste ponto surgem os instrumentos pré-processuais, cujo objetivo, em grande parte das vezes, é a autocomposição das partes, consubstanciada em uma decisão respeitada e cumprida pelos envolvidos, dispensando o uso da força e assentada no consenso. Cumpre novamente mencionar que a jurisdição não será substituída por completo, mas sim apenas afastada em um primeiro momento, já que o consenso foi alcançado.

Em nossa ordem constitucional a jurisdição é inafastável e indispensável à manutenção do Estado de Direito, *maxime* diante do descumprimento do que fora acordado extraprocessualmente, como dito anteriormente. Em consequência, grande parte dos instrumentos pré-processuais, em face do descumprimento, surgirá a possibilidade de medida judicial, onde se executará a obrigação desrespeitada.

Portanto, em razão dos ditos princípios da jurisdição, se conclui que as técnicas pré-processuais são marcadas pela *alternatividade*, já que estes métodos decorrem da mútua vontade de ambas as partes pelo meio alternativo de solução de controvérsias ao meio tradicional de julgamento por um juiz de direito. Quando existe este encontro de vontades, todos os benefícios oriundos de sua aplicação serão usufruídos pelas partes dando ensejo à autocomposição.

Contudo, há casos em que esta aplicação ficará prejudicada porque incabível ao caso concreto ou, em grande parte das vezes, por resistência da parte violadora do direito. Nestas situações caberá ao legitimado sopesar entre a chance do êxito em insistir na autocomposição ou apelar às vias judiciais como alternativa para a resolução da demanda.

Consigna-se que a mera probabilidade de eventual sucesso em uma composição não retira o interesse de agir, sob o binômio necessidade e utilidade, da via judicial, eis que os instrumentos pré-processuais representam uma faculdade e não um dever do legitimado. Logo, deverá ele traçar a melhor estratégia a depender da cooperação da outra parte. Neste sentido, qualquer mecanismo legal pretendendo impedir a judicialização de imediato da causa atentaria contra a garantia constitucional do acesso à Justiça.

3.3 TEMPO E DO CUSTO SOBRETUDO DO PROCESSO COLETIVO

Em discurso proferido em 15 de agosto de 2003, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Sepúlveda Pertence, afirmava: *“A crise judiciária brasileira alcançou nos últimos anos dimensões inéditas, que se desdobram a cada dia em prismas de dramática gravidade”*. Disse ainda que *“a credibilidade não resiste à exacerbação da justa insatisfação popular com a ineficiência, o custo e a lentidão do funcionamento do serviço da Justiça”*.⁴¹

Não é de hoje que se observa que a demora na prestação jurisdicional acarreta manifesta injustiça às partes litigantes do processo judicial, em especial àquela que tem a razão ao seu lado. Chiovenda já observava que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão, ensinava o Mestre que *“la durata del processo non deve andare a danno dell’attore che ha ragione”*.⁴²

Em razão de o processo judicial estar pautado por uma série de princípios que asseguram aos litigantes um processo justo e com todas as regras pré-estabelecidas, é certo que o trâmite há de obedecer um procedimento que, na maior parte das vezes, atravanca e embaraça a apreciação do mérito. Sob pena de se violar o direito do *due process of law*, é impossível admitir a total supressão das regras procedimentais em prol de um rito desenfreado. Afinal, *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*, segundo o texto constitucional.

A Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, em boa hora, assegurou a todos no artigo 5º, inciso LXXVIII *“a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo. O motivo que levou o legislador a adicionar este direito individual foi a nítida insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional, situação que até hoje, infelizmente, perdura. Entende-se que a jurisdição não deve apenas ser “prestada” pelo Estado como decorrência do direito de ação, é necessário adjetivá-la com os seguintes valores: celeridade, efetividade e adequação à pretensão do autor e ao direito discutido.

⁴¹ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1808200304.htm> - Acessado em 01/04/2013.

⁴² GIUSEPPE, Chiovenda. *Sulla Perpetuatio Iurisdictionis*. Saggi di Diritto Processuale, Roma: Foro Italiano, 1930, p. 264.

Sob uma nova ótica, é possível afirmar que o objetivo da alteração constitucional foi alertar e orientar o legislador ordinário da premente necessidade de compatibilização, principalmente, dos valores do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, com o novo princípio da razoável duração do processo. No atual desenvolvimento da sociedade não há como conceber uma tutela jurisdicional morosa, que permita o perecimento dos direitos, em meio dos conflitos sociais que são travados.

O jurista Rui Barbosa já afirmava em sua época que *“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, as lesando no patrimônio, na hora e na liberdade”*. Esta célebre frase, citada pelo Ministro Marco Aurélio em 20 de novembro de 2000⁴³, nos mostra que a justiça realizada tarde é um mal social, que permite práticas abusivas de poder, incentiva a especulação, retarda o desenvolvimento econômico e os investimentos dele advindos, dentre tantos outros males.

Não obstante a inserção de mecanismos objetivando acelerar a apreciação do mérito, tais como a criação da tutela antecipada pela Lei 8.952/94 e o desaparecimento da ação de execução de sentença pela Lei 11.232/05, dando lugar ao sincretismo processual, verdade é que a tutela processual ainda está maculada pela demora na prestação da atividade jurisdicional.

O alto grau de judicialização em nosso país, cumulado com a demora na apreciação das ações ajuizadas, claramente não é compatível sobretudo com a tutela do bem ambiental. Não raro em matéria de tutela dos direitos difusos exige-se uma postura proativa e firme a fim de se evitar eventual contaminação ou a degradação do meio ambiente. Cumpre observar que as intervenções e alterações do meio natural e urbano são efetuadas em menos tempo com o emprego de novas técnicas de engenharia, impedindo, não raro, a alteração adversa ou poluição do meio ambiente.

Outrossim, quanto à produção da prova, que será objeto de análise no capítulo posterior, lembra-se desde já o alto custo e a complexa produção da prova pericial na tutela coletiva. Antevendo estes entraves, o legislador ordinário criou mecanismos de isenções de custas e honorários, bem como a inversão do ônus probatório quando preenchidos os requisitos legais.

⁴³ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2011200009.htm> - Acessado em 02/04/2013

Em sede de conclusão, ressalta-se a necessária contabilização do tempo gasto e dos recursos econômicos aportados nos processos judiciais. Não se pode olvidar, conforme se verá, da complexa matéria de fato envolvida, refletindo em prejuízo ao princípio da celeridade.

Com base nestas observações, mostra-se que o processo judicial ainda encontra dificuldades para assegurar os direitos coletivos no Brasil, em especial o meio ambiente. Trata-se de uma tutela que exige rapidez e dinamismo, características ainda ausentes no sistema processual pátrio

3.4 INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA DO PROCESSO JUDICIAL NA TUTELA AMBIENTAL

Optamos por dar a este assunto um espaço próprio na composição do trabalho, não restringindo apenas à matéria ambiental. Será abordado inicialmente as provas na demanda coletiva para, posteriormente, focarmos na tutela ambiental. Dessa forma, acreditamos dar maior profundidade ao tema, trazendo aspectos de aplicação geral.

O princípio do livre convencimento do juiz, assegurado constitucionalmente, significa que o juiz forma a sua convicção a partir da livre apreciação da prova, sem estar adstrito a critérios legais determinados. Este princípio também é aplicado no processo coletivo.

No transcorrer do tempo, a participação do juiz no processo deixou de estar limitada à mera apreciação das provas produzidas pelas partes, para dar lugar ao polêmico ativismo judicial, no qual o juiz acaba por determinar a produção de provas indispensáveis à instrução do processo. O que ocorre, na verdade, não é a adoção do sistema inquisitório, mas somente a supressão da omissão das partes, que não produzem as provas necessárias ao descobrimento da verdade real.

No processo coletivo, a técnica no ativismo judicial é potencializada dada a relevância do bem em questão, sobretudo no Direito do Meio Ambiente, que interessa a todos indistintamente, direta e indiretamente. Esse direito de reconhecimento geral, mais forte que o Direito Público, deve ser levado em conta quando manejada as técnicas pré-processuais de tutela coletiva.

Da mesma forma que se reconhece a importância do direito difuso, não se deve esquecer da função do juiz no processo, aquele que deve permanecer equidistante das partes para apreciar as provas produzidas com a isenção necessária. Uma coisa é proteger o direito difuso e considerar a indisponibilidade, inalienabilidade, impenhorabilidade e a indivisibilidade no provimento jurisdicional, outra é a corrupção da imparcialidade sob o argumento da proteção do bem.

Marcelo Abelha, neste ponto, formula a seguinte pergunta: O que esperar do juiz? Responde o Autor, de forma esclarecedora: *“se todo e qualquer juiz deve ter preocupação de dar solução justa em todos os casos em que formula e cumpre a norma jurídica concreta e cumpre a norma jurídica concreta, deve-se lembrar que, quando estiver diante de um bem fundamental à vida, seu comportamento de direção e atuação no processo deve ser absolutamente participativo.”*⁴⁴

No trecho acima, depreende-se o prestígio que goza o ativismo judicial no processo coletivo. Correta a aplicação, a nosso ver, porque não se espera do Estado-juiz outra coisa se não a proteção de um direito discutido no processo que a nenhuma das partes pertença e cujo reflexo certamente não se limitará *inter partes*, mas sim *erga omnes*.

Avançando no tema, uma vez verificada a especial relevância probatória no direito coletivo, devemos apontar as limitações cognitivas existentes das decisões no plano ambiental. Com efeito, esta limitação nos interessa pois contribuirá com a efetividade da tutela pré-processual, que não padece de tais efeitos.

Se não bastasse a árdua tarefa de analisar os elementos da responsabilidade civil ambiental trançando limites claros em sua verificação, o magistrado se depara ainda com tormentosa fase de produção de provas, atividade que não é simples para as partes. A prova pericial é custosa, demorada e exige a participação por vezes de empresas técnicas especializadas na área e alto grau de conhecimento relacionado à engenharia ambiental.

Pois bem. A prova pericial do direito ambiental apresenta particularidades ímpares em decorrência da sua multidisciplinariedade. A consequência é relevante: significa a amplitude da questão que será objeto da prova, compreendendo o dano no aspecto natural do meio ambiente, o comprometimento da vida em razão deste dano e o rompimento do equilíbrio ecológico trazido pela Constituição. A prova não é simples, ainda mais quando

⁴⁴ Ibid., p. 190.

reduzida à apuração de perdas e danos, buscando mensurar o imensurável direito ao meio ambiente correto.

Marcelo Abelha⁴⁵ observa que o meio ambiente não possui limites geográficos e políticos, além da divina capacidade de absorver por muito tempo as degradações que lhe são cometidas faz com que a verificação dos efeitos lesivos seja objeto de complexa prova pericial, tanto para sua produção pelos *experts*, quanto para sua compreensão pelas partes e pelo juiz.

Além desses fatores, soma-se ainda um dos maiores pontos de insucesso nas demandas coletivas, o reconhecimento do nexo de causalidade existente entre o dano ambiental e a conduta do agente poluidor. Tão difícil quanto estabelecer o liame mínimo necessário para afirmar que o autor contribuiu ou participou no ilícito, é produzir esta prova no processo. Têm-se que amarrar a atividade do suposto poluidor com o dano produzido.

Afora o inquérito civil, cuja finalidade é nitidamente a formação do conjunto probatório pelo Ministério Público no intuito de orientar a sua futura atuação, os demais instrumentos são mais eficazes durante a fase instrutória. Por exemplo no Compromisso de Ajustamento de Conduta, em que as partes buscam a solução consensual. Se feito no bojo de um processo litigioso, a prova nele produzida será útil na formulação do termo de ajustamento com as condições impostas. Por outro lado, se ocorrido antes do ajuizamento da ação, a produção da prova não será o foco em questão, mas sim a celebração de um bom acordo já que restará “confessada” a responsabilidade civil do compromissário.

Ademais, descumprido o compromisso de ajustamento de conduta, este terá força executiva, bastando o ajuizamento de ação de execução. Nesta ação, os embargos têm matéria vinculada ao artigo 741 do Código de Processo Civil, pelas questões nele arroladas.

Portanto, tratando-se de prova complexa e multidisciplinar de difícil elaboração e compreensão, a consequência no processo judicial será uma ampla fase instrutória que certamente será fonte de discórdia entre as partes, que manejarão os recursos cabíveis. Enquanto isso, haverá o perecimento do meio ambiente que já sofrera com a conduta do agente poluidor.

⁴⁵ Ibid., p. 224.

Em face desta prova de natureza e complexa, lembra-se que ainda há a dificuldade na obtenção da prova em matéria ambiental, o que pode levar a um exame superficial dos fatos em juízo. Tanto é que o legislador, antevendo a dificuldade da parte vulnerável obter um conjunto probatório suficiente, inseriu o princípio da inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou a parte hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

A inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não obstante a aplicação principal ocorrer nas causas consumeristas, já foi aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça em ações civis públicas que objetivam a reparação de dano ambiental⁴⁶. O moderno entendimento reflete a proteção ao meio ambiente na medida em que afasta-se o ônus probatório do autor da ação civil pública, e impõe ao poluidor o encargo de romper com o nexos causal ou afastar a ocorrência do dano ambiental alegado.

Por todo o exposto, não há melhor alternativa à proteção do meio ambiente que a adoção de um instrumento pré-processual que evite a instauração de um processo judicial. A sua fase de instrução se arrastará por anos, acarretando em elevado dispêndio de recursos financeiros pelo Réu, manejo da máquina pública e ônus ao meio ambiente equilibrado. Surge a tutela pré-processual como forma adequada de evitar ou retardar medidas judiciais e alternativa aos métodos convencionais, adequada ao dinamismo globalizado.

⁴⁶ O tema foi abordado no REsp 1.1049.822 de relatoria do Ministro Francisco Falcão - Primeira Turma, julgado em 23/04/2009. No caso A agravante interpõe o presente recurso especial alegando violação ao artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, sustentando que não decorreriam as queimadas de fagulhamento gerado pelo deslocamento das composições ferroviárias, não cabendo falar-se na alegada verossimilhança, nem na inversão do ônus da prova.

A Corte Superior, observando que o Ministério Público estava em franca desvantagem com o demandado, entendeu possível a inversão do ônus da prova e a atribuição dos custos periciais. Outrossim, no contexto da responsabilidade objetiva, fixou que *“transfere-se para o empreendedor todo o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente, bastando que haja um nexos de causalidade provável entre a atividade exercida e a degradação, como foi o caso dos autos.”*

4 TUTELA PRÉ-PROCESSUAL

4.1 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA TUTELA PRÉ-PROCESSUAL

A principal premissa de parte dos instrumentos de tutela pré-processual é a participação das partes conflitantes, que buscam a solução da questão por métodos diferentes ao processo litigioso convencional. Essa solução extraprocessual se dá a partir da composição amigável das partes.

Uma vez manifestada a vontade de ambos os lados em dar solução ao direito que se diz violado, dá-se início às tratativas para composição das partes a fim de evitar a lesão ao direito ou corrigi-la se já verificada. Essa é a visão tradicional da tutela pré-processual aplicada aos direitos individuais.

A medida em que as sociedades evoluíram e as relações tornaram-se complexas, surgiram os direitos transindividuais, dotados de alta carga de litigiosidade. Pode-se dizer que a carga é tanta que se chegou ao limite de absorção das demandas pelo Poder Judiciário, sobretudo das questões coletivas, que demandam profunda análise e dispêndio de tempo, que o direito não pode esperar.

Sobre a evolução do direito coletivo, extrai-se a clássica lição do livro *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴⁷:

“À medida que as sociedades do laissez faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove.”

Uma vez celebrado um acordo entre as partes, é possível afirmar que entre elas se cria uma obrigação. Adiante, quando analisada a natureza jurídica do Compromisso de

⁴⁷ Ibid. p. 4.

Ajustamento de Conduta, será notável o forte conteúdo transacional que nele se insere, não obstante limites aplicáveis em razão da indisponibilidade do direito transindividual ou coletivo *latu senso*.

A elementar consequência jurídica da adoção das tutelas pré-processuais é flexibilização do Direito em face da realidade que cerca as partes que buscam afastar a jurisdição tradicional, materializada pelo direito de ação. A resolução do litígio sem a necessidade de julgamento possibilita a transação no direito coletivo, quanto às formas em que ocorrerá a reparação do bem lesado. No direito ambiental é de extrema valia a cooperação do causador do dano na mais rápida recomposição ou recuperação ambiental. Não é necessário aguardar um provimento jurisdicional.

Além disso, a submissão do conflito coletivo ao Poder Judiciário faz com que pontos não controvertidos, mas importantes para as partes, estejam à mingua de apreciação. Exemplificando, às vezes o poluidor está pré-disposto a recompor a degradação ambiental que causou, mas, por razões econômicas ou técnicas, propõe uma solução alternativa com a mesma carga de efetividade que uma tutela jurisdicional daria. Não se pode olvidar o conteúdo impositivo da decisão de um juiz que, por tão impositivo que é, poderá inviabilizar o seu cumprimento. Nestes casos, haverá o perigo da ineficácia da etapa executiva.

Sendo assim, a autonomia nos instrumentos pré-processuais que visam a autocomposição das partes e a formação de um título executivo extrajudicial, é extremamente útil na efetividade da tutela coletiva, ainda que mitigada pelo princípio da indisponibilidade do direito coletivo. Possibilita-se uma negociação que preserva a autonomia de cada um dos envolvidos e a interação, sem imposição judicial.

Concluindo este tema, interessa lembrar a lição de Alexandre Amaral Gavronski⁴⁸ que, enxergando a efetividade na autocomposição do litígio, explica: *“Sob um enfoque menos formal e com menos apuro técnico (...) é possível visualizar nos demais instrumentos extraprocessuais elementos que os aproximam da ideia de acoplamento estrutural, por dependerem do consenso para assegurar efetividade aos direitos e interesses coletivos e permitirem que a visão jurídica por eles expressa seja assimilada naturalmente pelo apontado responsável pela ameaça ou lesão a esses direitos (...)”*.

⁴⁸ Ibid., p. 256.

4.2 MECANISMOS PRÉ-PROCESSUAIS NAS SOLUÇÕES DOS CONFLITOS

Em matéria processual, não raro as atualizações legislativas de procedimentos buscam inserir uma fase ou, ao menos, mecanismos para a resolução do conflito instaurado antes de um provimento jurisdicional. Contudo, relacionado aos direitos e interesses coletivos, a inserção de fases conciliatórias no processo encontra barreiras na característica da indisponibilidade do direito.

No procedimento comum ordinário do Código de Processo Civil houve a inserção da audiência preliminar pela Lei 10.444/02, substituindo a etapa do despacho saneador que, em razão da prática forense, ainda subsiste mas com menos destaque e formalidades. Na audiência preliminar devem comparecer as partes, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. Exige-se tais poderes justamente porque tal audiência busca a conciliação.

Contudo, mesmo em face da inegável importância da transação, o artigo 311 suprimiu tal momento nas causas que não versem sobre direitos que admitam transação. A razão é óbvia: não se pode transigir direitos indisponíveis (intransigíveis).

Não obstante a dificuldade de transação em direitos e interesses coletivos, foram concebidos diversos instrumentos pré-processuais para concretizar e criar obrigações fora do processo judicial, antes mesmo que este fosse instaurado. A doutrina, reconhecendo a importância da autocomposição, tratou de admitir a transação no tocante à forma de cumprimento, sem deixar que o legitimado coletivo abrisse mão de um direito que não lhe pertence.

Alguns dos instrumentos pré-processuais buscaram dar uma nova função à tutela coletiva, deixando essa de ser tão somente cognitiva. Essa função volitiva avançou para fora do processo individual, ganhando ampla aceitação importância utilização e materializou-se por instrumentos pré-processuais.

Alexandre Amaral Gavronski explica que *“as técnicas extraprocessuais buscam a solução pacífica, de consenso, e só por meio dele podem realizar materialmente (efetivar) o direito, os legitimados coletivos não dependem de atribuição específicas para aplicar o direito, visto que não precisarão recorrer ao uso da força.”*⁴⁹ A partir deste trecho, se

⁴⁹ Ibid., p. 274.

reconhece a utilidade extraída de alguns dos instrumentos pré-processuais que existem independentemente de atuação jurisdicional, sendo suficiente a participação de um dos legitimados coletivos.

Não se nega que a primordial função destes instrumentos seja a autocomposição por meio do consenso, mas esta não esgota as finalidades possíveis. Vista a concepção do inquérito civil, que serve para que o Ministério Público colha elementos probatórios que, no futuro, subsidiarão outro instrumento pré-processual ou mesmo uma ação civil pública que se faça necessária à tutela coletiva.

Assim, os instrumentos pré-processuais, que serão analisados separadamente no último capítulo deste trabalho, tem em comum a ampliação do rol de pessoas que efetivam a tutela coletiva, quebrando o monopólio do Estado-juiz. Além disso, traz para fora do processo litigioso a proteção ou reparação de direitos coletivos.

4.3 PRINCÍPIOS REGENTES DA TUTELA PRÉ-PROCESSUAL

O estudo de qualquer um dos mais variados temas da Ciência Jurídica demanda a exposição dos princípios que norteiam a matéria. Princípio, segundo a visão de Alexy e Dworkin, é, ao lado da regra, uma espécie de norma jurídica. As regras são operadas por modo disjuntivo, pois o conflito entre elas se resolve no plano da validade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito, pois, dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite o critério da ponderação de valores – grau de preponderância.

Vale lembrar que os princípios aqui expostos não se dirigem especificamente à tutela ambiental, mas sim a qualquer direito transindividual. O foco é o microsistema formado pelas Leis da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, cujos conteúdos possuem previsão de aplicação subsidiária de um ao outro.

O princípio da máxima efetividade significa a utilização da tutela extraprocessual com o fim primordial de trazer efeitos materiais ou concretos ao bem da vida defendido. Trata-se de utilizar os instrumentos da tutela pré-processual coletiva de acordo com os resultados práticos que são proporcionados.

Ao indagar qual o instrumento mais efetivo à proteção do direito coletivo, permite-se escolher o instrumento pré-processual adequado ao caso. Leva-se em conta as particularidades do caso concreto e os cuidados de que ele necessita.

Utilizando-se da analogia para melhor entender seu conteúdo, é possível lembrar do interesse de agir como condição da ação no Processo Civil. Exige o Estado que o interesse processual deve representar utilidade, necessidade concreta da jurisdição e adequação. Similar ao princípio da efetividade, que impõe ao legitimado verificar a necessidade e adequação deste ou daquele instrumento.

Alexandre Amaral Gavronski⁵⁰ vai além para explicar que máxima efetividade possui dupla incidência. Primeiro, a efetividade decorre do direito ou interesse, atendido e implementado. Segundo, a efetividade está na atividade destinada a assegurá-los quando alcança aquele desiderato. A nosso ver, mais relevante é o segundo enfoque, já que aquela fundamenta-se mais na tutela material do direito pela norma, a extraprocessual propriamente dita.

Um segundo princípio é o da participação, que ganha aplicação sobretudo nas audiências públicas, em que a participação social é ativa. No Direito Ambiental essa participação ganha ainda mais importância em razão da indistinta amplitude de seu objeto e da indeterminabilidade da titularidade. Vale lembrar que esse princípio possui fundamento extraído da Constituição Federal, como corolário do regime democrático.

A participação propicia, na visão de Saule Júnior⁵¹, uma nova relação entre os cidadãos e o Estado, fazendo surgir uma cidadania ativa, consciente, que se transforma no elemento essencial para a defesa do meio ambiente, dos interesses difusos e coletivos e de todos os mecanismos para a administração o Estado.

A participação não está somente na aplicação dos instrumentos pré-processuais, devendo reger outras etapas anteriores. Por exemplo, a participação deve ocorrer na criação destes instrumentos e dos regulamentos que o disciplinam, bem como na escolha pelo legitimado de qual será utilizado, quando se autoriza o ingresso de representantes da sociedade na negociação que antecede a celebração do termo de compromisso. Basta

⁵⁰ Ibid., p. 277 e 278.

⁵¹ SAULE JÚNIOR, Nelson. *O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. cap. 3, p. 33-65.

lembrar a contribuição que os conselhos compostos pela sociedade civil e organizações não-governamentais pode oferecer na tutela do meio ambiente ou de qualquer outro direito ou interesse coletivo, caso dos direitos do consumidor, inclusive.

Adiante abordaremos outros traços importantes deste princípio quando da análise das audiências públicas, mas desde já pretendemos definir e apontar a sua regência. Em suma, este princípio, exigindo a participação da população envolvida na busca da melhor adequação da solução negociada, privilegia também o princípio da efetividade, na medida em que fortalece a solução mais eficaz do ponto de vista coletivo.

Outros princípios também são norteadores da tutela pré-processual coletiva. O princípio da informalidade e da instrumentalidade das formas tem grande aceitação pela doutrina, estendendo também à tutela processual pela corrente mais moderna. Busca-se assegurar o fim pretendido pelo direito material, utilizando-se o instrumento apenas como ferramenta na consecução do objetivo. Não se pode admitir que discussões aprofundadas acarretem o perecimento do direito ou interesse coletivo pelo decurso do tempo. O norte é sempre a tutela do direito material e só se exige a mínima formalidade para assegurar esta finalidade.

Por fim, outros princípios que homenageiam a criação e concretização de interesses e direitos coletivos pela autocomposição também são aplicáveis a este estudo. As soluções jurídicas criadas a partir da negociação entre o legitimado coletivo e o responsável pela lesão ou ameaça de direito coletivo, hão de ser respeitadas e com força executiva caso descumpridas.

Essa concretização por técnicas extraprocessuais de tutela coletiva é *viabilizada necessariamente pelo consenso construído pela argumentação à luz um discurso jurídico racional*⁵². Deve-se garantir a efetividade da tutela coletiva no plano material a partir da negociação, sendo este o conteúdo fundamental dos princípios que norteiam o consenso.

⁵² Ibid., p. 288.

5 INSTRUMENTOS PRÉ-PROCESSUAIS DO DIREITO COLETIVO

5.1 INQUÉRITO CIVIL

5.1.1 CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

A Lei 7.347/85 concebeu, em seu artigo 7º, parágrafo 1º, a legitimidade do Ministério Público de instaurar, sob sua presidência, o inquérito civil. Com o advento da Constituição Federal, este instrumento foi incorporado no texto constitucional, sendo uma das funções institucionais do *Parquet* “*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*”.

Este instituto jurídico relativamente recente no Direito Brasileiro possibilitou ao Ministério Público a colheita de elementos de convicção que lhe sirvam de base à propositura de uma ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais ou para a defesa do patrimônio público e social. Por meio de um procedimento administrativo, o principal legitimado ativo da ação civil pública perquirirá acerca da ocorrência e responsabilidade por determinados tipos de infração não penal.

Hugo Nigro Mazzilli conceitua o inquérito civil como “*uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública*”.

Por sua vez, José Rogério Cruz e Tucci afirma ser o inquérito civil “*um procedimento de natureza administrativa, de caráter pré-processual, que se destina à colheita de elementos prévios e indispensáveis ao exercício responsável da ação civil pública*”.⁵³

O atual decano do Supremo Tribunal Federal, em análise do então projeto da Lei da Ação Civil Pública afirmou tratar-se de um “*procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir*

⁵³ Código do Consumidor e processo civil, in RT, n. 671, set/1991, p.32.

*provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias”.*⁵⁴

Em face das conceituações colacionadas acima, tem-se o inquérito civil por um procedimento administrativo investigatório colocado à disposição do Ministério Público, não contraditório e de natureza inquisitiva, em que são produzidos elementos de convicção por meio de diligências, tais como requisições de documentos, informações, exames, perícias, colheita de depoimentos, etc.

Como consequência da ausência de regulamentação legal do instituto, tendo em vista a escassa disciplina que a Lei 7.347/85 reservou à matéria, a doutrina se encarregou de esmiuçar o rito procedimental, sua exata natureza jurídica, características e finalidades. A Lei Complementar 75/93 arrola o inquérito civil como um dos instrumentos de atuação ministerial e a Lei 8.625/93 o dispõe como uma função geral.

Além da doutrina que esclarece o rito procedimental do inquérito civil, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007 para disciplinar o tema e o Conselho Superior do Ministério Público Federal a Resolução n.º 87, de 06 de abril de 2010. São essas as principais normas de regência do rito.

Consigna-se que por ser instrumento relacionado ao regime da ação civil pública, de cunho nitidamente processual, a competência para discipliná-lo é dada por lei de edição privativa da União, não podendo qualquer norma secundária contrariar as disposições legais, especialmente no tocante aos controles de sua instauração e arquivamento.

5.1.2 FINALIDADES

Visto que a existência de um vasto e completo conjunto probatório é um facilitador, senão indispensável à comprovação do direito alegado, havia uma dificuldade porquanto o legitimado não dispunha de um instrumento hábil à colheita de provas. Somente

⁵⁴ FILHO, José Celso de Mello apud Luís Roberto Proença, Inquérito civil, São Paulo, RT, 2001, pp. 32/33.

com o surgimento do inquérito civil se rompeu mais esta barreira da efetividade da tutela coletiva.

Enquanto não havia um instrumento pré-processual específico que se prestasse para que Ministério Público colhesse formalmente provas, a ação cautelar da produção antecipada de provas era a principal ferramenta responsável por esta função. Tratava-se de ação judicial acessória àquela que eventualmente seria ajuizada no futuro, agravando ainda mais a tutela coletiva.

Ao contrário das medidas cautelares, como é o caso da cautelar de produção antecipada de provas, o inquérito civil se desenvolve em meio administrativo, extrajudicial. É unânime o entender que aquela tem natureza jurisdicional. Note-se que, embora a finalidade do inquérito civil se aproxima das cautelares probatórias, o inquérito civil se desenvolve num âmbito administrativo, a cargo de direção do Ministério Público, e o processo cautelar probatório no âmbito jurisdicional, perante um juiz togado, investido na jurisdição.

Dispõe o artigo 1º da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007 que o procedimento servirá para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais. O texto regulamentar procurou não restringir a finalidade à utilidade do inquérito civil apenas para investigar certa lesão aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas sim autorizou a colheita de elementos preparatórios para a instauração de qualquer ação judicial de iniciativa do Órgão Ministerial.

Destarte tanto o inquérito civil como a ação cautelar probatória buscar aparelhar o autor para o ingresso do processo, reconhecimento do direito e sua satisfação material, cumpre lembrar que a via administrativa afastará a morosidade presente na ação judicial, como mencionamos anteriormente, ficando a cargo exclusivamente do membro do *Parquet* a busca pela produção da prova.

Apesar da efetividade assegurada pelo inquérito civil, existem limitações a certas providências que, porventura, se façam necessárias. Nada impede durante a investigação a postulação ao juízo da quebra de sigilo bancário dos investigados ou busca e apreensão domiciliar, bem como o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras, em razão do princípio da reserva de jurisdição esculpido na Constituição Federal.

5.1.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Do conceito que apresentamos acima, é possível extrair características indispensáveis à compreensão do tema. Em praticamente todas as definições doutrinárias estarão presentes a titularidade exclusiva a cargo do Ministério Público; dispensabilidade ao exercício da atuação ministerial; ausência de um rito formal específico – inquisitorialidade; publicidade e participação mitigada das partes; autoexecutoriedade.

Como visto, a instauração do inquérito civil é competência exclusiva do Ministério Público, não se estendendo aos demais legitimados ativos previstos na Lei da Ação Civil Pública, muito menos ao cidadão da ação popular. Fica evidente a discrepância entre os legitimados a propor a ação civil pública e o inquérito civil, sendo neste mais limitado a legitimação. Assim sendo, o inquérito civil será instaurado de ofício pelo membro do Ministério Público dotado de atribuição ao tomar ciência de fato determinado⁵⁵

A par da legitimidade investigatória do Ministério Público na esfera penal, questão altamente tormentosa e ainda *sub judice* no Supremo Tribunal Federal, fato é que a legitimidade exclusiva decorre dos amplos poderes que a natureza institucional do Ministério Público o confere. Pretendendo os demais legitimados colher elementos de informação, deverão, por meio de representação, provocar a atividade do *Parquet*. Contudo, a este são dados poderes discricionários⁵⁶ de instaurá-lo ou não.

Tecendo alguns detalhes a mais acerca da representação dos demais legitimados para que seja instaurado e conduzido o inquérito civil, entendemos esta postulação pode ser estendida a qualquer interessado⁵⁷ na apuração do ato, tal como

⁵⁵ Ato Normativo 484-CPJ de 05 de outubro de 2006 do Ministério Público do Estado de São Paulo.

⁵⁶ Quanto ao conceito de discricionariedade perfilhamos as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma haver discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade. Caberá o preenchimento com juízo subjetivo, pessoal, o campo da indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei. (Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 344.)

Neste sentido, o *Parquet* deverá analisar a pertinência da representação ofertada, decidindo dentro dos limites legais de sua atuação a necessidade da instauração do inquérito civil. Não se trata de arbitrariedade em sua decisão, mas sim de alinhar sua decisão com os princípios institucionais e com as regras jurídicas que orientam a sua atuação.

⁵⁷ Em São Paulo aos interessados cabe tal manifestação nos termos do artigo 17 do mencionado ato: “Qualquer pessoa poderá apresentar petições, reclamações ou queixas ao Ministério Público, as quais serão encaminhadas

dispõe o artigo 6º da Lei da Ação Civil Pública. Tal representação poderá ser feita oralmente e poderá ser indeferida motivadamente, no prazo de até 30 dias, de acordo com os artigos 14 e 15 do Ato Normativo 484-CPJ de 05 de outubro de 2006 do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Outra fundamental característica é a facultatividade, não aquela referente à instauração ou não diante da representação dos interessados, mas sim a dispensabilidade da instauração de tal procedimento para que se proponha a ação civil pública. Indubitavelmente ela se mostra presente ao passo que sua obrigatoriedade retiraria dos demais legitimados ativos a legitimação para a instauração da ação civil pública, isto porque o inquérito civil está centralizado nas mãos do Ministério Público, diferente da legitimidade para a ação.

Dessa forma, se houver elementos suficientes para o imediato ajuizamento da ação civil pública, razão não existe para se obrigar o Ministério Público ou qualquer outro legitimado a colher elementos probatórios via inquérito civil ou qualquer outra ação judicial preparatória, sob pena de até mesmo prejudicar a defesa coletiva, retardando-a.

Em interessante passagem, Daniel Amorim Assumpção Neves observa que, em razão de o inquérito civil também visar a celebração de um compromisso de ajustamento de conduta, poder-se-ia admitir a sua instauração unicamente com este fim, contudo tal raciocínio não é o mais acertado, como observa o autor:

(...) o colhimento de elementos para a propositura da ação civil pública não é o único objetivo do inquérito civil, que também serve para otimizar a celebração de termos de ajustamento de conduta. Poder-se-ia, portanto, afirmar que ainda que de posse de todos os elementos necessários à propositura da ação civil pública, o Ministério Público poderia instaurar o inquérito civil com a exclusiva missão de tentar a celebração de acordo extrajudicial. Nos parece que nesse caso, entretanto, não será necessária a instauração de um inquérito civil, o que não dispensaria no caso concreto uma convocação à parte interessada com o fito exclusivo de transacionar e evitar a ação judicial.¹² (administrativamente, dentro do Ministério Público Estadual é impossível a formalização de termo de ajustamento de condutas sem prévia instauração de inquérito civil (...))⁵⁸

ao órgão ministerial com atribuição para apreciá-las ou a outros órgãos públicos, devendo ser respondidas no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias”.

⁵⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O Inquérito Civil como uma Cautelar Preparatória Probatória Sui Generis*. P. 8.

Da questão da ausência de um rito formal específico, surgem tormentosos embates entre membros do Ministério Público e advogados, tal como o sigilo às vezes imposto aos elementos de informação colhidos nos autos do procedimento. Conforme afirmamos alhures, a formalidade típica do processo judicial não se coaduna com a agilidade esperada do inquérito civil que lhe outorga efetividade, razão pela qual alguns princípios foram mitigados.

A bem da verdade os princípios inerentes ao contraditório e à ampla defesa, no que pese sua inegável importância, foram afastados em um primeiro momento no inquérito civil. A doutrina majoritária afirma que por não se tratar o inquérito de processo judicial, considerando-se que nele não há acusado e dele não é possível se chegar a qualquer sanção a ser aplicada aos envolvidos, o contraditório haveria de ser afastado. Contudo, esta mesma doutrina não consegue superar o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que dispõe que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

A questão não é fácil de ser resolvida e está longe de possuir uma resposta precisa. A respeito é valiosa a lição de Hugo Nigro Mazzilli, segundo a qual *“sendo o inquérito civil mero procedimento, do qual se vale o Ministério Público para colher elementos de convicção que lhe permitam tomar uma iniciativa a seu cargo, ele não é tecnicamente um processo, pois por meio dele não se criam, não se alteram nem se extinguem direitos, e muito menos se aplicam sanções; assim não se submetem às regras do contraditório”*.

Processo inquisitivo, segundo Guilherme de Souza Nucci nas suas lições de direito processual penal, seara na qual encontra-se o inquérito policial e onde a questão é exaustivamente analisada, é aquele *“caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa”*. Acreditamos que a questão não pode ser tomada a este extremo, até mesmo porque alguns sustentam a inconstitucionalidade deste sistema nos tempos atuais da vigência da Constituição de 1988.

Quanto a esta natureza inquisitiva pregamos um meio-termo, no qual não existirá a publicidade da qual é dotada os processos judiciais, tampouco o sigilo absoluto que reinava antes do advento de um Estado Democrático de Direito em que nele inexistem

regras de igualdade e liberdade processuais. Para ilustrar, basta imaginar que a participação do advogado do investigado é possível mas não necessariamente obrigatória. cremos que ao investigado deva ser dada ciência da instauração da investigação, sendo-lhe facultado acesso aos elementos de prova já documentados⁵⁹.

No mundo ideal haveria de existir uma cooperação entre o Órgão Ministerial e o investigado de modo a proteger e tutelar o bem coletivo quando já houver o dano ou em vias deste se concretizar. Contudo, tido como certo o embate entre os interesses envolvidos e a pretensão resistida do investigado, a este e seu advogado há de ser assegurada a participação em prol da apuração da verdade real, até como tentativa de conciliação – por exemplo, celebrando um compromisso de ajustamento de conduta. Por outro lado, há de se ter em mente, sobretudo nas fases iniciais de investigação, que o sigilo pode existir como garantia de colheita da prova, evitando-se a sua alteração, ocultação ou destruição.

Em síntese, uma vez colhida a prova mínima a demonstrar a violação ao direito coletivo e documentada esta prova, deve-se dar ciência ao investigado para que, desejando, participe de futuras diligências, cooperando na formação do convencimento do membro que preside o procedimento ou até mesmo celebre um termo com o Ministério Público em que se comprometa a tomar providências necessárias a se evitar uma futura ação civil pública ao término do procedimento investigativo.

Registre-se a posição minoritária de Rogério Lauria Tucci⁶⁰, segundo a qual não se admite a exclusão do contraditório por se tratar de um procedimento preparatório à instauração da ação civil pública, sendo direito constitucional do investigado e futuro réu de ser informado e participar ativamente do desenvolvimento procedimental do inquérito civil. Sem esta observância haveria um vício insanável em tal procedimento, maculando-o definitivamente.

O inquérito civil, como todo procedimento administrativo, é regido pelos princípios esculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, cuja redação assegura, em regra,

⁵⁹ *Aplicação analógica da Súmula Vinculante n.º 14 do Supremo Tribunal Federal: “É DIREITO DO DEFENSOR, NO INTERESSE DO REPRESENTADO, TER ACESSO AMPLO AOS ELEMENTOS DE PROVA QUE, JÁ DOCUMENTADOS EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO REALIZADO POR ÓRGÃO COM COMPETÊNCIA DE POLÍCIA JUDICIÁRIA, DIGAM RESPEITO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA”.*

⁶⁰ TUCCI, Roberto Lauria. *Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público*, in Revista dos Tribunais n.º 745: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 83/84.

a publicidade dos atos da Administração Pública. Consagra-se por este a plena transparência dos comportamentos, um direito que permite que o povo, titular do poder, fiscalize os atos que são praticados. Diferente não é quanto ao inquérito civil, principalmente por seu objeto que cuida de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Entretanto, tal princípio por óbvio não é absoluto. A doutrina costuma defender uma publicidade mitigada, o que não se confunde com um sigilo absoluto. Vale lembrar, como dissemos anteriormente, que a publicidade mitigada assegura às partes o mínimo contraditório na produção da prova. Por vezes um segredo absoluto aleijará a efetividade da medida pré-processual já que a parte em nada poderá contribuir e, ao revés, uma ampla publicidade tornará ineficaz a medida, comprometendo as investigações em curso.

Alexandre Amaral Gavronski lembra que a publicidade mitigada oriunda da natureza inquisitiva do inquérito não impede que o membro do *Parquet* tenha uma postura direcionada ao consenso e de inequívoco interesse para a efetividade da tutela coletiva, atendendo os princípios da máxima efetividade possível e da concretização dos direitos e interesses coletivos. Dessa forma, poder-se-ia oportunizar vista aos autos do inquérito às partes e permitir que se manifestem acerca do que veio ou será produzido. Tal postura ensejará na predisposição à correção da conduta lesiva desde logo ou na demonstração de falhas na apuração conduzida pelo Ministério Público e conclusão que dela se apresenta, bem como, na pior das alternativas, na omissão por parte do investigado eis que inexistente algum dever, mas tão somente um ônus de sua parte.

Em que pese a publicidade poder acarretar danos à imagem do investigado se nada ficar demonstrado no inquérito civil ou comprometer a colheita dos elementos de informação, entendemos possível a restrição completa dos autos às partes enquanto não documentadas as provas. Disto decorre o cuidado a ser exigido nessas hipóteses, em que a participação do interessado será de certa forma postergada, não havendo qualquer mácula ao princípio do contraditório, semelhante ao que ocorre em processos judiciais que tramitam em segredo de justiça.

O último aspecto que mencionamos diz respeito à autoexecutoriedade, haja vista que o Ministério Público não depende do Poder Judiciário ou de órgãos administrativos para dar curso aos atos praticados no inquérito, ressalvados aqueles com reserva de jurisdição. Por exemplo, o poder que possui o Órgão Ministerial lhe permite a requisição de documentos, certidões e informações, realização de perícias e inspeções, colheitas de depoimentos, interrogatório, etc.

Sem entrar em nuances que desinteressam ao presente trabalho, é possível enxergar o membro do Ministério Público que preside o inquérito como um verdadeiro juiz, com os poderes instrutórios inerentes àquele. Ademais, com o diferencial da postura ativa que é necessária a fim de que seja colhida a prova que melhor aprouver ao caso.

5.1.4 PRODUÇÃO DA PROVA NO INQUÉRITO CIVIL

Antes de adentrar no tópico, cumpre mencionar que no inquérito civil inexistem ônus da prova em razão de sua natureza inquisitiva e preparatória. Não se trata da produção de provas pelas partes sob o crivo do contraditório, mas sim da sua colheita a cargo do Ministério Público com o escopo investigativo. Posta a questão desta forma, interessa analisar a forma pela qual a prova é colhida e a sua força probatória em eventual ação civil pública.

Sem embargos da importância deste instrumento pré-processual de colheita de informações, é de se deixar bem claro quais provas poderão ser produzidas e em que termos serão colhidas. Lembre-se que a finalidade precípua do inquérito civil é a produção dos elementos de informação para demonstrar a lesão ou ameaça de lesão a direitos e interesses coletivos. A este objetivo adicionamos um outro, plenamente compatível com a ideia da máxima efetividade, qual seja: convencer o investigado quanto à ilegalidade de sua conduta e apontar as futuras consequências se manter a sua postura, orientando quais passos devem ser tomados no escopo de resolver extrajudicialmente a questão.

Na seara de quais provas podem ser produzidas, devemos apenas excluir aquelas que por força constitucional, exigem provimento jurisdicional. Trata-se da reserva de jurisdição constitucional – atos cuja efetivação a Constituição Federal atribuiu, com absoluta exclusividade, aos membros do Poder Judiciário.

São poderes de investigação próprios das autoridades judiciais a interceptação e escuta das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (no inquérito civil tal providência é vedada porque lhe falta tal finalidade), a quebra sigilo das operações de instituições financeiras⁶¹ e busca domiciliar. A fora tais hipóteses, é admitido o poder requisitório do Ministério Público.

⁶¹ Art. 1º *As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...)*

Apresentamos um rol exemplificativo de providências facultadas ao presidente do inquérito civil: requisitar o comparecimento de testemunhas, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva se injustificada a ausência; requisitar informações; realizar perícias e exames; requisitar força policial nas diligências necessárias; ter livre acesso a qualquer local público ou privado, resguardado o domicílio; expedir notificações e intimações necessárias à condução do procedimento; etc.

A respeito da força probatória dos elementos colhidos no inquérito policial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que 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”*.⁶²

Complementando, observamos que Hugo Nigro Mazzilli comunga do mesmo entendimento, ao sustentar que *“nada obsta, antes tudo aconselha a que se valha o magistrado da prova existente no inquérito, com o convencimento de ser ela a verdadeira, não havendo anulado fatos ou circunstâncias mais fidedignas, conseguidos na instrução criminal”*.⁶³

5.1.5 CONCLUSÕES ACERCA DE SUA EFETIVIDADE

O inquérito civil, juntamente com o compromisso de ajustamento de conduta, tem por finalidade a colheita de informações e a instrução do caso investigado pelo Ministério Público. Por este instrumento, como visto, são buscadas provas que irão nortear a atuação futura do Ministério Público.

Alexandre Amaral Gavronski observa que o inquérito civil impede uma atuação *açodada ou superficial* do Órgão Ministerial já que são buscadas informações mais precisas sobre as reais necessidades do direito coletivo ameaçado ou prejudicado. Com ele são possíveis obter dados mais precisos sobre as medidas que devem ser tomadas para evitar ou reparar o mal causado, equacionando, portanto, a lesão.

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes (...)

⁶² REsp 476.660/MG – Relatoria Ministra Eliana Calmon

⁶³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62/63.

Relevante frisar que este instrumento nas mãos do Ministério Público protege o bem ambiental na medida em que nele são colhidos elementos prévios e indispensáveis à formação de convicção para o exercício do direito de ação ou de demais ações ministeriais. O iminente risco de desaparecimento das provas dos danos causados tornaria infrutífera ações futuras de responsabilização.

Logo, este procedimento investigatório, em matéria ambiental, assegura a apuração prévia das lesões ambientais, evitando que o transcurso do tempo encubra o objeto da prova, bem como garante uma apuração direta pelo membro do Ministério Público na condição de titular das ações penais e cíveis.

A prova é de vital importância para a resolução de conflitos que o Direito apresenta. Com elas o Poder Judiciário busca a verdade real (ou ao menos formal) e examina todas as possibilidades existentes, resolvendo situações que se mostravam controvertidas.

A efetividade do inquérito civil vai de encontro justamente com a relevância da prova, na medida em que quanto maior o número de subsídios colhidos na fase investigativa, mais precisa e eficiente será a tutela do bem coletivo. Em específico, ressaltamos a complexidade do bem ambiental, já que, conforme mencionamos acima, em infinito número serão as questões técnicas que deverão ser elucidadas pelo membro condutor do inquérito.

Não bastasse precípua função de colher elementos de informação, o brilhante Mestre Amaral⁶⁴ observa que extraprocessualmente o inquérito civil inibe a prática, reiteração ou continuidade da conduta ilícita diante de situações patentemente ilícitas e, principalmente a nosso ver, enseja a construção do consenso com o investigado para que adote o mais rápido medidas preventivas ou corretivas já que estará ciente do risco de eventual processo coletivo.

Diante de tudo que restou exposto, há de se colocar o inquérito civil como forte aliado na tutela e preservação do meio ambiente. A doutrina costuma apontar com frequência a fragilidade que permeia o bem ambiental e a difícil manutenção de seu equilíbrio como principais fundamentos deste instrumento pré-processual, mas há de ser

⁶⁴ Ibid., p. 340.

lembrada a difícil restauração e compensação do meio ambiente, bem como o extenso leque de provas necessárias à elucidação do caso investigado.

5.2 REQUERIMENTO DE CERTIDÕES E INFORMAÇÕES

5.2.1 ORIGEM E PREVISÃO LEGAL

O requerimento de certidões e informações está previsto no artigo 8º da Lei da Ação Civil Pública. O dispositivo prevê que o legitimado, no intuito de instruir a inicial, *“poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias”*.

A origem deste instrumento pré-processual de obtenção de informações remete ao previsto na Lei 4.717/65, em seu artigo 1º, parágrafo 4ª, que tem por a finalidade assegurar ao cidadão que proporá a ação popular a obtenção de certidões e informações que julgar necessárias em face da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios e das demais pessoas referidas no *caput* do artigo⁶⁵.

Dada a sua importância na obtenção de informações que se encontram com os órgãos e pessoas de direito público, este instituto gozou de ampliação nos últimos anos em leis que tratam de direitos coletivos, inclusive até naquelas que regem a estrutura do Ministério Público. A exemplo veja-se o artigo 7º, inciso IV, da Lei Complementar 75/93 que assegura ao Ministério Público *“requisitar informações e documentos a entidades privadas”*. Neste caso, ao contrário da Lei da Ação Popular, são alcançadas as entidades privadas, sem que haja necessidade de indicar a finalidade para tanto.

Outra relevante previsão do instrumento está na Lei 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, dentre outras medidas. O

⁶⁵ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

artigo 6º prescreve que o Ministério Público “*requisitar, de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exame ou perícias, no prazo que assinalar, não inferior a 10 (dez) dias úteis*”. Mais uma vez percebe-se a abrangência de pessoas em face de quem o *Parquet* poderá requisitar informações.

Similar a esta disposição, está o artigo 91 do Estatuto do Idoso que permite que os interessados do artigo 81 requeiram *às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, que serão fornecidas no prazo de 10 (dez) dias*. Ao revés da Lei 7.853/89, não apenas o Ministério Público está legitimado.

Sem intenção de esgotar as previsões legais que regulam o tema, apontamos tão somente as principais leis em que o requerimento de certidões e informações está previsto. Por enquanto, interessa observar que inexistente um tratamento uniforme quanto aos legitimados ativos, passivos, prazo, bem como a forma por meio da qual se opera o requerimento. Ora apenas o Ministério Público é o legitimado ativo, ora estende-se aos demais legitimados, dentre outras particularidades como a necessidade ou não de justificar o requerimento.

Sem embargo de qualquer posição em sentido contrário, entendemos que o disposto no artigo 8º da Lei da Ação Civil Pública deve funcionar como verdadeiro “*coringa*” nas omissões em normas específicas, de modo a ampliar a legitimidade daqueles que podem utilizar este instrumento. Este entendimento, além de não prejudicar a tutela do direito coletivo, está alinhado com a máxima efetividade da proteção coletiva, bem como com a noção do microssistema de tutela coletiva⁶⁶.

5.2.2 REQUISITOS PARA A UTILIZAÇÃO

Ao dispor o artigo 8º da Lei 7.347/85 que o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, o legislador buscou estabelecer limites na utilização deste instrumento pré-processual da tutela coletiva.

⁶⁶ Em matéria de tutela coletiva não pode subsistir apenas a lição de que norma especial não afasta norma geral e vice-versa. É necessário ir além e conciliar os dispositivos de modo a encontrar a máxima proteção e efetividade do direito coletivo. Por exemplo, entre uma norma de menor abrangência prevista em norma especial e outra de maior abrangência prevista em norma geral, deve-se optar por esta com base na noção do microssistema da tutela coletiva, em que normas se complementam e formam um sistema integrado e interligado do processo coletivo.

É certa a intromissão no banco de dados daqueles que deverão prestar as informações requisitadas, por isso necessária a obediência a certos requisitos.

Em primeiro lugar, a expressão inicial *“para instruir a inicial”* denota que a requisição de certidões e informações prestar-se-á apenas para a defesa dos interesses coletivos, vedando-se qualquer finalidade diversa. Alexandre Amaral Gavronski oportunamente observa que *“nada impede que o legitimado, de posse da informação ou certidão, conclua pela não propositura da ação”*. Assim, o que se exige realmente é a efetiva proteção do direito investigado, restringindo qualquer utilização para fim diverso.

Em segundo lugar, como dito alhures, a Lei da Ação Civil Pública restringiu o sujeito passivo da requisição, afirmando que o legitimado poderá requerer tais documentos apenas às autoridades competentes. Não qualquer referência a eventuais entes privados, ao contrário da Lei 7.853/89. Em que pese eventuais divergências, sustentamos uma interpretação mais abrangente do que pretendeu o legislador haja vista a Lei Complementar 75/93 que assegura ao Ministério Público requisitar informações e documentos a entidades privadas.

Não obstante a posição defendida, entendemos necessário trazer, ao menos, as linhas gerais da abrangência do termo *“autoridade pública”*. Autoridade significa prerrogativa que advém do poder público na medida da competência que lhe é conferida. Devemos compreender o termo no seu sentido abrangente, não se limitando àqueles que titulariam um cargo ou função pública. Ou seja, não estamos tratando apenas do servidor ou do empregado público. Autoridade pública significa sim a categoria de agente público.

Isto posto, agente público é toda pessoa física que desempenha uma função pública, de forma permanente ou transitória, com ou sem remuneração⁶⁷. Observa José dos Santos Carvalho Filho que com tão amplo significado *“desde as mais altas autoridades da República, como os Chefes do Executivo e os membros do Poder Legislativo, até os servidores que executam mais humildes tarefas, todos se qualificam como agentes públicos, vinculados que estão aos mais diversos órgãos estatais”*⁶⁸.

⁶⁷ No mesmo sentido: Artigo 2º, Lei 8.429/92: *Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*

⁶⁸ Ibid., p. 537.

Mais uma observação se faz necessária neste ponto, a necessidade de emolumentos para obtenção da certidão ou informação requerida pelo legitimado. O artigo 8º da Lei da Ação Civil Pública é silente a respeito, porém é possível extrair do artigo 18 que não haverá a cobrança de quaisquer emolumentos, custas ou outras despesas nas ações de que trata a lei. Evidentemente que o requerimento deve estar relacionado à defesa dos interesses e direitos coletivos.

5.2.4 CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO

Dúvidas podem surgir acerca do real significado da expressão *requisição*. Uns poderão sustentar tratar-se de exigência, de um dever a cumprir, outros compreenderão como faculdade ou solicitação. A primeira posição é a que representa a *mens legis* e o propósito da técnica. Afinal, nada adiantaria a concepção de um instrumento que restringisse o acesso à informação a partir da recusa do administrador público.

Compreendido o termo *requisição* como oposto de requerimento, há de se estudar as consequências advindas do não cumprimento do pedido enviado à autoridade pública. A principal espécie de responsabilização do agente público será a administrativa, bastando que o descumprimento seja injustificado. Na Administração Federal a sanção prevista é a advertência diante da inobservância do dever funcional e, na reiteração de condutas, será passível a aplicação de suspensão.

Criminalmente o agente público poderá incorrer no crime de corrupção ativa se solicitar ou receber vantagem indevida ou na sua forma privilegiada se ceder a pedido ou influência de outrem. Se ausente tais elementares, a figura típica prevista será a prevaricação, bastando que esteja presente o dolo específico (elemento subjetivo) da satisfação de interesse ou sentimento pessoal.

Outrossim, havendo ausência de responsabilização do agente público por seu superior hierárquico ou não levando o fato ao conhecimento da autoridade competente, este incorrerá no tipo da condescendência criminosa. O que se veda *in casu* é a não responsabilização pelo superior do agente público subordinado.

Cabe, por fim, apontar o instrumento processual adequado a ser utilizado pelo legitimado que, em razão de embaraços ou de recusas injustificadas e ilegais, teve o acesso

restringido. Não obstante o parágrafo 2º do artigo 8º autorizar que o legitimado ajuíze a demanda desacompanhada dos documentos, cabendo ao juiz requisitá-los, atentamos que tal medida, embora eficaz, pode não ser de início a mais interessante. Explicamos: quando solicitada as informações à autoridade pública não raro que o interesse de agir na ação civil pública exista ou não a depender do conteúdo do que foi fornecido, de modo que a minuciosa análise poderá ensejar no arquivamento das peças de informação obtidas se desnecessário o prosseguimento da investigação. Assim, evitará o ajuizamento precipitado e desnecessário da medida judicial.

5.2.5 CONCLUSÕES ACERCA DE SUA EFETIVIDADE

Sem embargos da restrição imposta à escolha do sujeito passivo da requisição de informações e certidões, este instrumento contribui na colheita de dados que auxiliarão a atuação do legitimado. Com efeito, especialmente quando a violação do direito coletivo decorrer de ação ou omissão do Poder Público, será necessário o acesso a documentos a fim de que se instrua o inquérito civil em curso ou, ainda, fundamente a sua instauração.

Por outro lado, caso o violador da lei seja pessoa diversa do Poder Público, é possível que tenha sido provocado pelo particular na esfera administrativa, fornecendo-lhe licenças ou autorizações, por exemplo. Neste caso, a documentação requisitada será aquela fornecida ao particular relacionada à conduta investigada.

Qualquer que seja a informação ou certidão requisitada, os legitimados poderão tentar o consenso com o responsável e viabilizar um compromisso de ajustamento de conduta para ser levado à homologação judicial ou até mesmo embasar o inquérito civil para uma futura e eventual ação coletiva.

No Direito Ambiental a sua contribuição é manifesta, haja vista a série de questões solucionadas nos órgãos ambientais executores, seccionais e locais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, cuja incumbência repercutiu com a edição da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81).

Há o cumprimento ao princípio da efetividade, pois a recomendação serve para que sejam cumpridas normas relativas a direitos e deveres difusos e coletivos e individuais indisponíveis. Seu escopo não é sancionar aquele que deixa de cumprir o dever que lhe cabia, mas orientar, estimular ou indicar a medida necessária à observância do direito.

Portanto, este instrumento assegura a proteção ambiental de forma célere e eficaz, já que indica quais medidas devem ser tomadas em cada caso. São essas recomendações que, justamente, servirão de advertência e estímulo.

5.3 AUDIÊNCIA PÚBLICA

5.3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de ingressar no estudo das audiências públicas, entendemos necessário esclarecer as características que as aproximam dos demais instrumentos pré-processuais de proteção à tutela dos direitos coletivos.

As audiências públicas, como veremos, têm o relevante papel de ajudar na coleta de provas, dados ou informações úteis ao legitimado coletivo. Édis Milaré⁶⁹ afirma que *elas constituem, igualmente, foro e oportunidade para sugestões construtivas da comunidade ou de segmentos interessados da sociedade*.

Em que pese sua utilização não estar diretamente ligada ao exercício da ação coletiva, sua função a identifica como instrumento de tutela do direito coletivo. Afinal, a audiência pública poderá estar inserida no rito do inquérito civil, como etapa deste, ou como instrumento autônomo. Convém lembrar que uma audiência pública poderá ser convocada pelo Ministério Público para colaborar no exercício de suas finalidades institucionais.

Desde já esclarecemos que o resultado da audiência pública, por óbvio, não será condicionante da atuação do *Parquet*, mas tampouco se resumirá a mera oitiva da população interessada. Deve haver a atuação proativa dos interessados, que trarão alternativas à solução proposta pelo legitimado coletivo ou reafirmação a posição já adotada.

A audiência pública ora analisada não ficará reservada àquela convocada nos termos da Resolução CONAMA 01/1986, responsável por expor aos interessados o

⁶⁹ Ibid., p. 1413.

conteúdo do Estudo de Impacto Ambiental e do seu referido Relatório de Impacto Ambiental. Na prática, essa é a espécie de audiência pública mais lembrada, mas não a única.

A seguir, veremos que os princípios e fundamentos são aplicáveis às demais audiências públicas, tais como aquelas convocadas pelo *Parquet* como forma de auxiliar em sua atuação na proteção do direito coletivo.

5.3.2 PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS

A concepção originária das audiências públicas pela doutrina se deu com base no princípio da participação dos cidadãos na Administração Pública. Embora previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a participação das pessoas na vida política ainda é despicienda inclusive em países desenvolvidos.

O artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve como direito da pessoa *“tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”*. Ainda que relacionado intrinsecamente com a representação democrática através do direito ao voto, verdade é que a audiência pública mostra outra forma de participação popular, além daquelas tradicionalmente conhecidas no Direito Constitucional e Eleitoral.

A audiência pública como concebida hoje, mais do que apenas assegurar a participação popular em decisões que podem afetar seus direitos e interesses, em especial direitos difusos e coletivos, serve como forma de contribuição ativa na formação das decisões estatais. Em outras palavras, não se trata apenas de assegurar a participação passiva da sociedade, mas sim estender a uma postura ativa de nítida contribuição popular.

Em uma sociedade cada vez mais marcada pelo pluralismo e fragmentada com interesses colidentes, de relações complexas, emana a necessidade de privilegiar o caráter participativo e fazer com que os verdadeiros titulares do Poder sejam ouvidos previamente e tragam elementos antes inexistentes na formulação de políticas públicas ou em decisões atinentes aos seus direitos e interesses.

Antes mesmo do advento da Ordem Constitucional de 1988, as audiências públicas já eram aplicadas na seara ambiental. A Resolução CONAMA 01/86 impõe em seu artigo 11, parágrafo 2º, que o órgão estadual competente, o IBAMA ou o Município

determine prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, se necessário, promova a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

Além da consulta pública prevista na elaboração do RIMA, diversos outros textos normativos contemplam a participação popular. O Estatuto da Cidade, por exemplo, em diversas passagens faz referência às audiências públicas, seja como uma das diretrizes gerais, instrumentos na gestão democrática das cidades e na elaboração do relevantíssimo Plano Diretor, instrumento mandatório para cidades com mais de vinte mil habitantes.

Dessa forma, em obediência aos princípios da publicidade e da participação popular, as audiências públicas surgem como relevante instrumento em prol da defesa, sobretudo de direitos difusos e coletivos, dado o amplo alcance de interferência no seio coletivo.

5.3.3 APLICAÇÃO NO EIA/RIMA

O instrumento das audiências públicas encontrou no Estudo de Impacto Ambiental (EIA) importante utilidade para efetivar a imposição constitucional do artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV, cuja redação prescreve necessária publicidade dos estudos para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

Antes de entrar no tema referente à participação popular, cumpre apresentar, ainda que de forma breve, dados elementares do EIA. Este estudo surgiu como modalidade de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), considerado hoje, segundo Édis Milaré, *“um dos mais notáveis instrumentos de compatibilização do desenvolvimento econômico- social com a preservação do meio ambiente, já que deve ser elaborado antes da instalação da obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação”*⁷⁰.

O Eminent Jurista ressalta ainda a distinção entre o EIA e o RIMA, frequente objeto de confusão na doutrina menos especializada. Leciona que *“o estudo é de maior abrangência que o relatório e o engloba em si mesmo. O EIA compreende análises de*

⁷⁰ Ibid., p. 745.

laboratórios e a própria elaboração do relatório". Tal distinção é de suma relevância haja vista que a audiência pública terá por objeto o relatório, cujo conteúdo esclarece as vantagens e consequências ambientais do empreendimento, refletindo as suas consequências ao meio ambiente.

Ante ao alto custo e complexidade do estudo, a lei brasileira reservou a sua aplicação apenas aos empreendimentos potencialmente causadores de significativa degradação ambiental. Em outros casos, sendo o dano de menor monta, o órgão ambiental poderá indicar no termo de referência a elaboração de estudos de menor complexidade, tal como o Relatório Ambiental Preliminar (RAP).

Insta afirmar que a Resolução CONAMA 01/86, responsável pelo EIA/RIMA, traz um rol exemplificativo em que a significância de dano é presumida, tornando obrigatória a exigência dos referidos estudos. O órgão ambiental, preso à determinação normativa, não poderá dispensar, ainda que parcialmente, sua elaboração.

No mais, ainda que a atividade modificadora do meio ambiente não esteja prevista no artigo 2º da resolução, é dado ao administrador a competência discricionária para exigir a elaboração deste complexo estudo caso presente a significativa potencialidade degradadora. Ainda que o órgão ambiental não exija, ao Poder Judiciário caberá, se provocado, determinar a realização do EIA/RIMA sempre que a atividade for capaz de desencadear dano sensível ao ambiente, sempre à luz do princípio da prevenção.

Segundo determina a resolução, o RIMA deverá refletir as conclusões do EIA e conterá, no mínimo, os elementos arrolados nos incisos do artigo 9º. Seu conteúdo deverá ser apresentado de forma objetiva e adequada à sua compreensão⁷¹.

Diante da imposição legal de uma linguagem clara, desprovida de termos técnicos (não confundir com falta de técnica), é natural que este documento seja acessível à sociedade. O RIMA é informado por dois princípios fundamentais: o princípio da publicidade e o princípio da participação pública. Ambos aproximam o conteúdo do relatório dos interessados que, por ventura, serão afetados com o empreendimento.

⁷¹ O dispositivo determina ainda: *"As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação"*.

O princípio da publicidade assegura o conhecimento do relatório por todos, salvo o sigilo indispensável à segurança da sociedade e do Estado, nos termos do artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal.

Aliado ao princípio acima, como lado da mesma moeda, está o princípio da participação pública, que visa permitir uma participação ativa da sociedade nas discussões a respeito da viabilidade ambiental e econômica da atividade licenciada. Sua aplicação é garantida em grande parte da publicidade legalmente imposta.

Não é por outra razão que o princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e desenvolvimento ressalta a relevância da participação popular nas tratativas ambientais. Assenta que *a melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. (...) Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. (...)*

A audiência pública ao ser imposta na Resolução CONAMA 01/86 com o fito de informar a sociedade sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA, é regulamentada pela Resolução CONAMA 09/87. O artigo 1º⁷² repete a finalidade da consulta popular, porém enfatizando a participação social ativa.

São quatro as hipóteses em que é realizada: por discricionariedade do órgão de proteção ambiental; por solicitação de entidade civil; requisição do Ministério Público; ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos. O mais importante é assegurar a iniciativa popular, tal como fez o Constituinte com os projetos de lei.

A sanção ao descumprimento do dever legal é trazida no parágrafo 2º do mesmo dispositivo, que retira a validade de licença eventualmente concedida no caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do Órgão Estadual não realizá-la. Neste passo, trata-se de *requisito formal essencial* para a validade da licença, como observa Édis Milaré⁷³.

⁷² Art. 1º - A Audiência Pública referida na RESOLUÇÃO CONAMA 001/86, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

⁷³ Ibid., p. 770.

A seguir, a resolução determina uma série de formalidades que asseguram a eficácia da audiência pública e os resultados concretos que lhe são visados. São obrigações do órgão ambiental a fixação em edital e anunciar à imprensa local a abertura do prazo de 45 dias no mínimo para a solicitação de audiência pública.

No mais, serão acessíveis ao público a documentação produzida no RIMA para que na data da audiência haja paridade de informações entre os participantes do ato, que deverá ser realizado em lugar aberto ao público em geral, e não apenas aos que solicitaram a referida realização. Impõe-se apenas o senso de civilidade e comportamento esperado daqueles que participarem.

Em razão de todo o exposto, há de se concluir que a audiência pública é nitidamente a técnica extraprocessual que mais expõe o princípio da participação pública e a única que coloca frente a frente empreendedor e a sociedade como um todo, sem quaisquer interlocutores ou intermediários. Despicienda é eventual intermediação a não ser para garantir a ordem durante os trabalhos.

Diversas são as formalidades que antecedem a realização do encontro social, tais como a publicação de editais e a escolha de locais de fácil acesso para viabilizar ampla participação e efetiva acessibilidade da audiência pública. Contudo, tais formalidades não devem ser vistas em favor dos empreendedores, mas sim a fim de melhor informar a atuação em defesa dos direitos coletivos, garantindo a máxima efetividade desta relevante etapa nos procedimentos administrativos.

Acerca da acertada aplicação do instrumento extraprocessual, observa Alexandre Amaral Gavronski⁷⁴ que a tutela coletiva está envolvida de grande interesse social, algumas vezes estranhas ao Direito. Dada a necessidade de ponderação entre valores contrapostos de intensa conflitualidade, a audiência pública é uma indispensável etapa que deverá ser passada em respeito ao princípio democrático.

Não se deve desconsiderar a efetividade deste instrumento processual sob o argumento de que lhe falta agilidade ou resultados concretos. A busca de uma construção participativa no exame de questões controversas para chegar a um consenso, é causa suficiente para que seja convocada essas audiências, beneficiando a colheita de

⁷⁴ Ibid., p. 338

informações daqueles que não dispõem do inquérito civil na apuração de fatos e colheitas de informações.

5.4 RECOMENDAÇÃO

5.4.1 PREVISÃO LEGAL E SUA FUNÇÃO ESSENCIAL

O surgimento da recomendação se deu com a promulgação da Lei 8.625/93, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispôs sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados. O artigo 27, parágrafo único, prescreveu que o Órgão Ministerial, no exercício das atribuições que lhe cabe, poderá expedir recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionados no *caput* do artigo.

Os órgãos e entidades ditos referem-se àqueles que o Ministério Público deverá zelar pela defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual. São eles: os poderes estaduais ou municipais; órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta; concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública. Trata-se naturalmente de um rol meramente exemplificativo face a importância que goza o Ministério Público na Constituição Federal e as incumbências a ele atribuídas.

A Lei Complementar 75/73, responsável por dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, traz norma semelhante em seu artigo 6º, inciso XX, atribuindo a competência de *“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”*.

Em comum, ambos autorizam a expedição de recomendações para assegurar o respeito a todos os interesses e direitos coletivos *lato sensu*, compatíveis com a função imposta à Instituição. Conforme dito, o rol trazido pela Lei Orgânica Nacional deve ser interpretado de forma abrangente, justamente de modo compatível com o preceito genérico da lei complementar. Não que haja hierarquia entre elas, tratam-se de normas com diferentes campos de incidência. O que deve haver é uma interpretação a favor da efetividade do instrumento, em consonância com a Constituição Federal.

O conceito da recomendação é dado por Osório Barbosa e Sérgio Medeiros, sendo *o instrumento escrito pelo qual o órgão do Ministério Público da União indica, exorta, instrui ou orienta, sem a assunção imediata de resultado, pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, a quem deem trato especial ou tratem com certa consideração serviços públicos ou de relevância pública, ou, ainda com vista a que sejam respeitados bens, direitos e interesses cuja defesa incumbe à instituição, fixando prazo para tanto*”.

Em outros dizeres, recomendação consiste em mero conselho ou sugestão para que se proceda de certa forma ou maneira. Não se trata de obrigação imposta pelo Ministério Público com força vinculante, mas um alerta, sob pena de se adotar as medidas cabíveis. Entendemos, a nosso ver, que uma recomendação eficaz exige a clara exposição das providencias necessárias e a que fim elas se destinam, orientando o recomendado como deva proceder.

Por meio de Recomendações, o *Parquet* indicará posturas à Administração Pública e aos particulares que aprimorem a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, a exemplo de serviços públicos. Fica a mostra a relevante utilidade prática deste instrumento extrajudicial como forma de maximizar a proteção coletiva. Tal como o inquérito civil, a via extrajudicial de solução de controvérsias possibilita nos traz uma forma mais ágil, sem a necessidade de provocar o Poder Judiciário

A despeito da Recomendação não possuir efeito vinculante em razão do princípio da legalidade em sentido estrito, ela permite a efetividade da tutela coletiva por meio do consenso.

5.4.2 REQUISITOS, CONTEÚDO E EFEITOS

A doutrina costuma apontar requisitos necessários à validade e eficácia da Recomendação. Alguns deles estão relacionados com o conteúdo objeto do ato jurídico emitido, outros com a forma necessária.

São requisitos de validade que a Recomendação expedida tenha por objeto a adoção de medidas que dizem respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa caiba ao Ministério Público promover; a observância das normas jurídicas vigentes; a ampliação da tutela coletiva, expandindo direitos ou aprimorando-os.

Sem ingressar na discussão doutrinária que trata a motivação como requisito de validade, ora de eficácia, é certo que esta também deve estar presente neste instrumento. Somente diante de um ato motivado, o destinatário da Recomendação poderá compreender os motivos que levaram a sua expedição, ajudando a colocar em prática as medidas indicadas.

Outrossim, como todo ato jurídico, a Recomendação deve conter um objeto determinado, representado por medidas a serem empregadas em um caso concreto. Sugere-se clareza e concisão no seu conteúdo, de modo a se evitar comandos meramente programáticos. Em outras palavras, a generalidade e a indeterminabilidade poderão acarretar na ineficácia do instrumento, sem os resultados práticos esperados.

O conteúdo ou objeto da Recomendação deve ser analisado sob o enfoque da sua finalidade, esculpida na parte final do artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar 75/73, qual seja: trazer melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens tutelados pela Instituição Ministerial. São amplas as medidas que poderão ser recomendadas já que inexistente qualquer rol restritivo, mas tão somente o fim a ser alcançado. O legislador acertadamente não restringiu os meios, apenas determinou o fim.

No Direito Ambiental, a Recomendação pode impor ao empreendedor a adoção de novas técnicas de produção menos impactantes ao meio ambiente, impondo a necessidade de aprimoramento constante do processo produtivo. Infelizmente por razões econômicas e, inclusive até mesmo por comodidade, diversas empresas não disponibilizam verbas para pesquisas e desenvolvimento de mecanismos que possam reduzir a poluição e utilização de recursos naturais.

Neste ponto que surge a recomendação como forte instrumento extraprocessual como forma de incentivar melhorias ambientais em favor do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Imagine por exemplo a recomendação expedida pelo Ministério Público para que permissionárias do serviço público de transporte coletivo de pessoas de um dado Município utilize combustível menos poluente em sua frota ou que certa empresa realize a vistoria e troca de filtros de suas chaminés. Natural que tais situações interessam a toda coletividade, sendo uma das funções institucionais do Ministério Público prevista no artigo 129 da Constituição Federal.

Em que pese não haver obrigação legal de adoção das medidas recomendadas, a Recomendação, por si só, é suficiente para abrir um debate fundamentado entre o legitimado e o apontado responsável pela lesão ou ameaça do direito coletivo.

A respeito dos efeitos, Hugo Nigro Mazzilli nos ensina:

*Embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ela encaminhadas, na verdade têm grande força moral, e até mesmo implicações práticas. Com efeito, embora as recomendações não vinculem a autoridade destinatária, passa esta a ter o dever de: a) dar divulgação às recomendações; b) dar resposta escrita ao membro do Ministério Público, devendo fundamentar sua decisão.*⁷⁵

O mesmo entendimento é compartilhado por Gregório Assagra de Almeida:

*A recomendação, apesar de não ter o condão de vincular a atuação do Poder Público, pode servir para a reflexão do administrador, do legislador, dos agentes públicos a quem ela se dirige e, com isso, contribuir para a proteção em abstrato e a efetivação em concreto de direitos constitucionais, especialmente os de dimensão coletiva.*⁷⁶

Alexandre Amaral Gavronski trata das consequências da Recomendação, e afirma que a resposta “*permite o estabelecimento de um debate que pode evitar a via judicial pelo convencimento de uma das partes e levar ao arquivamento, por cumprimento do recomendado ou demonstração da correção da conduta objeto da Recomendação*”⁷⁷. Resta com este instrumento mais forma de afastar do Poder Judiciário uma potencial questão, dada a autocomposição das partes e proteção do bem difuso.

Contudo, não se pode deixar de cogitar o eventual descumprimento, seja não respondendo a Recomendação ou mesmo descumprindo o que fora acordado. Em tais

⁷⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 74.

⁷⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Recomendação pelo Ministério Público e o autocontrole da constitucionalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1958, 10 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11950>>

⁷⁷ Ibid., p. 370.

casos, caberá ao Ministério Público, ainda pela via extrajudicial, buscar a celebração de um compromisso de conduta, algo que na prática será improvável já que evidente o desinteresse do particular.

Como última alternativa, caberá a propositura de ação civil pública nos casos em forem insuficiente as medidas acima tratadas. Ao menos, indubitável que o objeto da discussão estará qualificado, reduzindo a necessidade de produção de um conjunto probatório mais profundo e robusto, eis que a recusa ao cumprimento da Recomendação e celebração do compromisso de ajustamento de conduta atuarão na convicção do Magistrado em prol do legitimado ativo.

Portanto, a Recomendação, aliada aos demais instrumentos, é extremamente benéfica à tutela ambiental, ainda mais dada a complexidade dos temas que trata. As vantagens advindas do cumprimento caminham junto com a possibilidade de adentrar em áreas em que a discussão judicial se mostraria tormentosa, sem contar que a proteção do meio ambiente é a meta de vários segmentos sociais.

5.5 COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

5.5.1 ORIGEM E PREVISÃO LEGAL

Para finalizar os principais instrumentos de tutela extraprocessual voltados à proteção dos direitos coletivos, resta analisar o compromisso de ajustamento de conduta, mecanismo surgido com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública.

Mauro Cappelletti, estudando o desenvolvimento dos direitos metaindividuais ou coletivos, procurou analisar o acesso à justiça diante da crescente complexidade das relações sociais. Afirma o autor que *“a partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove.”*⁷⁸

A segunda onda do movimento de acesso à justiça refletiu na transformação do sistema econômico, antes baseado em cadeias estreitas de produção, para uma ampla rede

⁷⁸ Ibid., p. 7.

de distribuição e consumo. Em razão desta alteração, os tradicionais sistemas jurídicos exigiram a inserção da proteção coletiva.

Juntamente com essa corrente mais coletiva do direito, a terceira geração⁷⁹ dos direitos trouxe métodos alternativos às soluções de controvérsias, com vista a superar a tradicional forma processual e litigiosa, com todos os seus empecilhos. O Compromisso de Ajustamento de Conduta nasce da junção destes dois ideais, a coletivização do direito aliada com o viés conciliatório.

Com o advento da Lei da Ação Civil Pública, a doutrina passou a estudar a defesa dos direitos e interesses coletivos em juízo, resultando numa ampliação do elemento subjetivo e objetivo da ação. Quanto ao objeto, rompe-se a dicotomia público e privado que segregou o Direito durante anos, mas sem excluir a clássica divisão; quanto aos sujeitos da relação jurídico-processual, é prevista uma gama de legitimados com legitimidade extraordinária (substituição processual) em defesa da coletividade.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) foi responsável por diversas contribuições ao direito coletivo, em especial trouxe normas processuais gerais, a classificação dos direitos coletivos, além de substanciais alterações na Lei da Ação Civil Pública. Justamente em uma destas modificações, foi inserido o parágrafo 6º no artigo 5º, cuja redação prevê o Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Contudo, o Compromisso de Ajustamento de Conduta já encontrava lugar no Direito da Infância e Juventude, no artigo 211, do Estatuto que teve vigência aproximadamente dois meses antes da Lei Consumerista. Verdade que as disposições daquela norma referem-se apenas às ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados aos menores, porém, nesta época, começa a tomar corpo este instrumento.

Ainda que sem relevância prática, necessário ao menos apontar a questão do veto ao parágrafo 3º do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor já que pertinente ao surgimento do instituto. Este dispositivo continha redação idêntica ao artigo 113, responsável pela inserção na Lei da Ação Civil Pública. Contudo, fato é que o veto presidencial recaiu apenas no primeiro dispositivo, sem que afetasse a vigência deste.

⁷⁹ Em sua obra, Mauro Cappelletti cita a arbitragem, a mediação e a conciliação como formas alternativas de solução de controvérsias.

Hugo Nigro Mazzilli, de forma brilhante, supõe que a intenção era o veto de ambos os artigos, porém o Presidente *sancionou e promulgou na íntegra os parágrafos 5º e 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, introduzidos pelo artigo 113*”. Conclui o Autor que o *texto promulgado veio a ter alcance muito mais amplo (...), já que o dispositivo promulgado fazia inserção de um parágrafo 6º ao artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, em razão do qual passava a ser admitido Compromisso de Ajustamento de Conduta em relação à defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos (...)*”.

Pode-se concluir que o instituto tem hoje como fundamento principal a Lei da Ação Civil Pública, aliado a outras previsões mais esparsas, tais como no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Decreto 2.181/97 (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC)⁸⁰, Lei 9.605/98⁸¹, Lei 12.305/10 (Política Nacional de Resíduos Sólidos)⁸², dentre outras.

5.5.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Superado os principais pontos quanto ao contexto histórico, cumpre analisar o conceito doutrinário dado ao instrumento e a sua natureza jurídica, pontos que irão mais adiante ajudar na compreensão.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta é visto como ferramenta de resolução negociada de conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Uma vez proposto pelo legitimado, espera-se que o compromitente cumpra as exigências estabelecidas no termo, dada a faculdade que existe na sua celebração.

⁸⁰ Art. 6º As entidades e órgãos da Administração Pública destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor poderão celebrar compromissos de ajustamento de conduta às exigências legais, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 1985, na órbita de suas respectivas competências.

⁸¹ Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)

⁸² Art. 8º São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros:

(...)

XVIII - os termos de compromisso e os termos de ajustamento de conduta

Nos dizeres de Geisa de Assis Rodrigues⁸³, o compromisso de ajustamento de conduta é conceituado como *“uma forma de solução extrajudicial de conflitos promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial”*⁸⁴.

Cumpre uma nota neste momento. A maioria da doutrina conhece o instrumento sob a denominação Termo de Ajustamento de Conduta, porém, em que pese o formalismo nominativo, melhor denominá-lo por Compromisso. Tecnicamente o compromissário firma um compromisso através de um termo, sendo este o instrumento por meio do qual aquele se formaliza. Não obstante a conhecida sigla TAC, sugerimos restringir o seu emprego apenas quando se referir ao instrumento, e não ao acordo.

A natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta foi por muito tempo objeto de acirrada controvérsia na doutrina, cremos que em razão da inovação trazida pelos primeiros textos legais. Tratava-se de um instrumento novo à época e que demorou para ser aceito frente à aparente contradição entre a proposta de transação e a indisponibilidade do direito coletivo ventilado.

Na visão de Édís Milaré⁸⁴, a natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta *representa, essencialmente, um negócio jurídico bilateral, equiparado à transação, mas com forma sui generis desde instituto jurídico de direito privado. (...)*

A mesma visão é defendida por Hugo Nigro Mazzilli⁸⁵ que, em sua obra, responde à seguinte indagação: Qual é a natureza jurídica do compromisso de Ajustamento? Responde ele que não seria correto identificá-lo como transação do Direito Civil, haja vista que se contrato fosse, suporia o poder de disposição dos contratantes que, por meio de concessões mútuas, dariam solução ao litígio.

A questão gira em torno da inegável incompatibilidade entre o contrato de transação, pertencente ao Direito Civil, com a indisponibilidade do bem coletivo. Ainda que o

⁸³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁸⁴ Ibid., p. 1402.

⁸⁵ Ibid., p. 436.

direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja um direito indisponível e irrenunciável, a doutrina rapidamente tratou de conciliar a transação proposta por este instrumento com a indisponibilidade do direito. Édis Milaré ensina a respeito do tema que *a marca da indisponibilidade dos interesses e direitos transindividuais impede, em princípio, a transação, tendo em vista que o objeto alcança apenas direitos patrimoniais de caráter privado.*⁸⁶

Hugo Nigro Mazzilli, sem discordar integralmente da posição que parece prevalecer na doutrina, defende que o Compromisso de Conduta não perde a sua natureza administrativa nem mesmo quando é tomado pelo *Parquet*, refutando, *a priori*, a natureza transacional dado que seu objeto não são direitos patrimoniais disponíveis.

Transação no sentido jurídico⁸⁷ significa transigir, que se opera por meio de pacto, convenção, ajuste, em virtude do qual as pessoas realizam um contrato, ou promovem uma negociação. Entretanto, ao contrário do significado extraído do Direito Civil, no campo das Obrigações, a transação do Compromisso de Ajustamento de Conduta restringe-se ao modo pelo qual se dá a observância do direito protetivo, e não quanto ao direito material *de per si*.

Édis Milaré, citando Ana Luiza Nery, em brilhante síntese, conclui que “o posicionamento contrário à negociação transacional de direitos transindividuais, desenvolvida por parte da doutrina, com fundamento em sua alegada integral indisponibilidade, não é suficiente para retirar o elemento consensual do ajustamento de conduta e transformar-lhe a natureza jurídica para mera concordância do interessado com aquilo quanto posto pela administração”.

Em síntese, a nosso ver, o instrumento reveste de características que ora o aproxima, ora o afasta da transação. Entendemos que a celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta é fortemente marcada pela facultatividade, não podendo ser imposto ao causador do dano. Todavia, a transação em si deverá ser limitada em razão de que o bem não pertence a nenhum dos celebrantes do compromisso (logo, o direito é indisponível), autorizando apenas uma proteção mínima. Trata-se de transação, mas sem colocar fim ao litígio, nem renunciar à tutela coletiva.

⁸⁶ Ibid., p. 1399.

⁸⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. Oscar Joseph. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1240.

5.5.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Neste tópico, serão analisadas as características mais marcantes do instrumento no intuito de trançar seus contornos.

Em primeiro lugar, o Compromisso de Ajustamento de Conduta é celebrado necessariamente com órgãos públicos legitimados ao ajuizamento da ação civil pública. São eles: o Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal e órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, destinados à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, as autarquias e fundações públicas ou de direito público.

Comparando os legitimados acima com aqueles dispostos na lei, percebe-se a exclusão das empresas públicas, sociedades de economia mista e das fundações que preenchem os requisitos legais. Quanto às primeiras, pessoas jurídicas de direito privado, prevalece que poderão celebrar ajustes quando na condição de prestadoras de serviços públicos. No mais, veda-se às associações, às fundações privadas e aos sindicatos.

Por sua vez, sujeito passivo no Compromisso será o infrator que deve se enquadrar às exigências legais, incluindo aquele em potencial quando a conduta não estiver consumada. Quanto aos representantes, estes também podem celebrar o termo em nome do representado, desde que devidamente autorizados (com poderes especiais), uma vez que ultrapassa poderes de mera administração, importando em acordo transacional.

Acerca da legitimidade passiva das pessoas jurídicas de direito público, a orientação prevalente⁸⁸ é defendida, por exemplo, por Ana Luiza de Andrade Nery⁸⁹ ao afirmar que elas são legitimadas desde que tenham capacidade para serem partes em

⁸⁸ Em sentido contrário está a de Hugo Nigro Mazzilli, no sentido de que o administrador é apenas gestor da coisa pública; assim não pode contrair obrigações em nome da Fazenda que envolvam verdadeira transação, com renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias, sob pena de ser seu ato atacável por via de *querela nullitatis*.

⁸⁹ NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.180/181.

processo judicial, ou seja, capacidade processual. Não se exige personalidade jurídica. Outro legitimado passivo que se admite são os representantes das referidas pessoas, na condição de dirigentes, autoridades, funcionários, sócios, que aprovaram ou ratificaram o ato de alguma forma.

Em segundo lugar, é analisado o objeto do Compromisso de Ajustamento, em parte já mencionado quando analisada a influência da indisponibilidade do direito na natureza jurídica. O termo celebrado poderá versar sobre tudo aquilo seria ou foi pleiteado em ação civil pública, impondo ao obrigado causador do dano a sua adequação de sua conduta às exigências da lei.

Édis Milaré afirma que *“dada a natureza indisponível do direito violado, o compromisso reclama sempre a integral reparação do dano. O que seria objeto da ação civil pública deve estar presente no compromisso”*.⁹⁰

No Direito Ambiental, o termo firmado poderá ter por objeto, por exemplo, o reconhecimento do dano causado pela conduta lesiva, a própria reparação, em bem como a imposição de medidas a fim de que se evite reiteração da prática lesiva e, em último caso, a indenização pecuniária. Salta aos olhos que a celebração do compromisso irá evitar a morosidade da ação judicial e poderá trazer o mesmo resultado concreto se houver observância ao pacto firmado.

Quanto ao conteúdo do termo de ajustamento de compromisso ambiental, Rodrigo Fernandes afirma que:

*(...) o exercício de interpretação e discricionariedade administrativa ou técnica acompanha o processo decisório ambiental, desde os estudos prévios de impacto, passando pela própria caracterização do dano, culminando nos procedimentos de reparação consensual (na forma de um ajustamento de conduta) ou litigiosa (esta última até a execução da sentença judicial).*⁹¹

⁹⁰ Ibid., p. 1455.

⁹¹ FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 54.

Do trecho acima percebe-se que a eficácia do Compromisso de Ajustamento de Conduta dependerá principalmente do conteúdo nele inserido pelo legitimado ativo. A discricionariedade administrativa está apenas no momento em que este deve ser apresentado ao infrator e nas cláusulas nele inseridas. Por outro lado, fica ele vinculado ao bem indisponível, de interesse da coletividade, sendo esta a sua finalidade precípua. Diz-se que há discricionariedade quanto à conveniência e oportunidade de celebração e os termos inseridos, mas vinculação quanto à finalidade e o objeto.

No mais, Édis Milaré observa que o Compromisso de Ajustamento poderá ser parcial quanto ao objeto da investigação naquele momento, até mesmo por questões de ordem técnica. Ante a complexidade e multidisciplinaridade que envolve a aferição do dano ambiental em cada caso concreto, é necessário perquirir quais questões serão inseridas porque possível o consenso por ora. Vale dizer que se veda deixar sem proteção o bem coletivo, mas se permite a *“fragmentação em mais de um instrumento, desde que a soma das obrigações assumidas em cada um deles alcance a integralidade da reparação”*⁹².

Neste diapasão, percebe-se possível a inclusão de quaisquer espécies de obrigação no termo, seja de fazer, não fazer, dar coisa certa ou condenação em dinheiro como tutela indenizatória ou inibitiva/multa. Exige-se apenas como requisito de validade que o comportamento seja lícito e determinado, ou ao menos determinável, por óbvio, tal como qualquer negócio jurídico.

Em último lugar necessário consignar que este instrumento poderá ser utilizado preventivamente, antes de eventual ação civil pública, ou no seu bojo como medida de transação que coloca fim ao processo com resolução de mérito. No primeiro caso, haverá a formação de um título executivo extrajudicial e, no segundo, o título executivo será judicial. O que há de comum é a maior rapidez na solução do direito coletivo violado e a formação de um título executivo.

De duas uma: o Compromisso de Ajustamento tomado como medida pré-processual não é cumprido e abre-se a via judicial executória, ou o mérito da ação civil pública é julgado diante da celebração do instrumento em seu bojo que, se descumprido,

⁹² Ibid., p. 1407.

ensejará ação de execução. Em ambas as situações o resultado é a execução judicial do compromisso, em razão do descumprimento do que fora acordado.

5.5.4 REQUISITOS DE VALIDADE

A doutrina aponta requisitos de validade indispensáveis ao Compromisso de Ajustamento de Conduta, que em muito se parece com o disposto no artigo 104 do Código Civil, referente aos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral.

Primeiro se exige a legitimidade do Compromitente e do Compromissário que, conforme visto, para o primeiro deve ser uma pessoa jurídica de direito público ou órgão público, para o segundo exige-se capacidade processual e legitimidade para o ato, com poderes específicos se representado.

Presente o requisito subjetivo, verifica-se se a obrigação é passível de celebração pelo ajustamento ou, como ensina Ana Luiza Nery⁹³, deve-se considerar “a *licitude, possibilidade e a determinabilidade do objeto do negócio jurídico*”. A autora vai além quanto na caracterização deste elemento, afirmando ser necessário a observância da moralidade e respeito à ordem pública e, para alguns autores⁹⁴, a satisfatória prevenção ou integral reparação do ilícito.

5.5.5 EFEITOS DO COMPROMISSO

O principal efeito do Compromisso de Ajustamento de Conduta é a formação de um título extrajudicial que, para a lei, possui eficácia executiva. Este instrumento, utilizado principalmente pelo Ministério Público, dispensa o ajuizamento de ação de conhecimento quando houver o descumprimento de seu conteúdo, bastando que o legitimado que o celebrou o execute judicialmente para exigir o que fora imposto.

⁹³ Ibid., p. 183.

⁹⁴ Há quem entenda ser necessário que o Compromisso de Ajustamento antecipe todas as medidas que poderiam ser objeto de pedido em ação civil pública. Não obstante este entendimento, sustentamos que basta adotar a melhor solução ao direito violado. Não raro em matéria ambiental, o compromitente aceita apenas parte do que é proposto e, quanto a isso, melhor celebrar um Compromisso de Ajustamento parcial para obter um título judicial deste ponto e, no mais, prosseguir com o inquérito civil ou ajuizar ação civil pública se presente o lastro probatório suficiente.

Um ponto que foi objeto de análise e divergência doutrinária foi quanto ao termo *a quo* de eficácia do compromisso, isto é, a partir de quando passa a produzir seus regulares efeitos. Interessante disposição é a do artigo 112, parágrafo único da Lei Complementar 734/93⁹⁵ do Estado de São Paulo, segundo a qual *“eficácia do compromisso ficará condicionada à homologação da promoção de arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público”*.

Hugo Nigro Mazzilli enxerga uma série de vicissitudes neste artigo, afirmando que se extrapolou a competência contida no artigo 128, parágrafo 5º, da Constituição Federal, a dificuldade de conciliação com o fato de que o Compromisso de Ajustamento de Conduta não é de exclusividade do *Parquet*, além de que vincula a eficácia do termo com o arquivamento do inquérito civil eventualmente instaurado.

Em nossa opinião, inobstante os vícios mencionados, entendemos que o principal argumento combativo a esta disposição está na equivocada vinculação do Compromisso com o Inquérito Civil. Como visto acima, tratam-se de diferentes instrumentos pré-processuais de tutela coletiva, com diferentes objetivos e utilizados em hipóteses peculiares a cada um. Dessa forma, entende-se que *“nem sempre o compromisso de ajustamento deve levar ao imediato arquivamento do inquérito civil, pois o ajuste pode resolver somente parte dos problemas investigados”*, tal como assinala o autor.

A solução mais acertada ao caso parece ser aquela disciplinada na Resolução 87/2006 do Conselho Superior do Ministério Público Federal, que, em seu artigo 21, parágrafo 4º, prescreve que, salvo previsão em contrário, o início da eficácia do compromisso será a data de sua celebração. Além de adiantar o termo inicial da eficácia do termo, não há qualquer menção ao inquérito civil.

Sem querermos nos estender além do necessário no tema, esclarece-se que o Compromisso de Ajustamento de Conduta pode ser celebrado extrajudicialmente, a fim de se evitar o ajuizamento de uma ação judicial ou no bojo de uma já ajuizada, como forma de conciliação das partes para colocar término ao litígio. O inquérito civil tem andamento paralelo às tratativas de celebração do compromisso, apenas visando a colheita de instrumento probatório para a sua celebração e, até mesmo, para acompanhar o cumprimento do termo.

⁹⁵ Lei Complementar responsável por instituir a Lei Orgânica do Ministério Público no Estado de São Paulo.

Em síntese, há de prevalecer o entendimento segundo o qual o ajustamento de conduta é eficaz a partir do instante em que é tomado pelo órgão público legitimado⁹⁶. Eventual arquivamento do inquérito civil pode ser convencionado no termo como garantia dos compromissários ou dependerá tão somente do Ministério Público, segundo entendimento de que não é mais necessária a colheita de provas.

Outro ponto importante de ser mencionado é a rescisão do compromisso de ajustamento. Para isso, entende-se que o ajuizamento de ação anulatória é suficiente para que a parte interessada demonstre os vícios que o permeiam. Todavia, esta solução nem sempre será necessária, pois, há de se frisar, o compromisso tão somente aumenta o grau de proteção ao bem jurídico, não obstando medida diversa por qualquer legitimado.

Por fim, efeito importante e objeto de intenso questionamento na prática está quanto à existência ou não de interesse de agir do legitimado ou de outro colegitimado em ajuizar uma ação civil pública posteriormente à celebração do compromisso. Indaga-se como ficaria a discordância de algum interessado com o conteúdo do termo.

Pois bem. Trata-se de delicada situação que demanda atenção para não inviabilizar por completo este instrumento de tutela coletiva. Se admitirmos que não há qualquer prejuízo ao interesse de agir processual, poder-se-á desincentivar que interessados o celebrem por não haver segurança quanto ao não ajuizamento de futura ação civil. Por outro lado, retirar por completo o interesse de agir processual, trará vulnerabilidade à proteção coletiva, inviabilizando necessária tutela processual.

Comungamos das lições de Hugo Nigro Mazzilli, um dos autores que mais fortemente enfrentou esta questão. A melhor solução é balancear a tutela ao direito coletivo com a segurança jurídica necessária ao compromisso. Assim, tem-se que *a perda de interesse somente ocorreria se o objeto da ação civil pública e o compromisso fossem idênticos, ou se o objeto da ação estivesse contido no do compromisso*⁹⁷. Vamos além nestes casos para afirmar que o interesse de agir pertencerá a todos colegitimados, e não apenas àquele que celebrou o compromisso. E mais, sempre haverá interesse de agir se

⁹⁶ As leis aplicáveis ao tema não fazem ressalva quanto às providências necessárias para início da eficácia do compromisso de ajustamento, porém há julgados em nossos tribunais exigem a homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público (AI495566 – TRF 3ª Região, Desembargador Federal Carlos Muta. Data da publicação: 22/08/2013). Nos parece que tal providência não deva ser exigida, já quem nem todo Compromisso de Ajustamento de Conduta é celebrado pelo Ministério Público.

⁹⁷ Ibid., p. 445.

houver descumprimento do que fora acordado, nesta hipótese para ajuizamento de ação de execução pelo legitimado que o celebrou, ou de ação de conhecimento por qualquer outro.

5.5.6 EFETIVIDADE DO COMPROMISSO NA TUTELA DO DIREITO

Finalmente, merece extremo cuidado o estudo das contribuições do Compromisso de Ajustamento de Conduta à efetividade da tutela coletiva para não confundir transação com renúncia, ou conciliação com inobservância de normas jurídicas. Não se nega que técnicas extraprocessuais relacionadas à transação representam um forte avanço na *desjudicialização* de conflitos. Contudo, em matéria coletiva, com bens de forte carga de indisponibilidade, limites não de ser aplicados ao tema.

A noção de que o Compromisso de Ajustamento de Conduta serve de direito mínimo, sem limite máximo de responsabilidade é brilhante e se coaduna com o conjunto de princípios da tutela coletiva. No direito ambiental especialmente, o compromisso deve ser visto como forma de facilitar a recuperação do meio ambiente, não servindo nunca para reduzir a proteção, dispondo do que é indisponível.

O ente tomador, público com legitimidade ao ajuizamento da ação civil pública, deve se atentar a esta noção de proteção mínima do conteúdo do compromisso de ajustamento, especialmente quando a matéria tratada versar sobre a proteção ao meio ambiente. Trata-se de direito coletivo sensível, que exige proteção crescente face os avanços econômicos. Não há de se admitir a utilização deste instrumento para renunciar à proteção.

A mais importante contribuição com a tutela coletiva está na rápida formação de um título executivo, com a possibilidade de execução das obrigações pactuadas em face de um eventual descumprimento, sem descartar a cobrança das punições que são nele foram previstas. Uma vez assinado o termo pelas partes pactuantes, dispensa-se toda e qualquer fase de cognição processual da matéria disposta.

É de se pensar. O processo judicial é regido por diversos princípios que dão paridade aos litigantes, tal como o princípio dispositivo, segundo o qual é defeso ao juiz conceder mais do que lhe é pedido da petição inicial. Deve a sentença, desse modo, estar adstrita ao que foi pedido e objeto de prova. Por sua vez, a transação é limitada apenas pela

vontade das partes, indo até onde o compromissário quer colaborar. Vislumbra-se uma discussão mais ampliada em favor da efetividade da tutela coletiva.

A esse respeito, observa Alexandre Amaral Gavronski⁹⁸ que o compromissário *vê ampliada sua participação na concretização do direito e construção das soluções jurídicas para a controvérsia*. O Autor segue em seu raciocínio trazendo o compromisso como forma de equacionar interesses, haja vista que é a transação, em grande parte das vezes, não tem por fim sacrificar integralmente um dos direitos, mas sim conciliá-lo com os que com ele colidem.

Uma advertência cabe neste ponto para ressaltar que a transação não importará em concessões mútuas, tal como no Direito Civil. A equação de interesses se dará na medida em que as partes poderão buscar a melhor forma para retirar da ilegalidade o compromissário sem o fardo dos gravames impostos por uma decisão judicial.

A contribuição com a efetividade vai mais além da seara jurídica. O compromisso dá espaço ao diálogo entre o legitimado ativo e o compromissário, o que permite uma construção remediadora mais benéfica e menos impactante ao compromissário do que uma sentença judicial. Sem contar que o reconhecimento explícito da culpa, por si só, transmite à sociedade uma postura ativa de observância dos direitos coletivos. Indiscutível é melhor não violar o ordenamento jurídico, mas pior é violá-lo e não arcar com a sanção cominada.

Reconhece Ana Luiza de Andrade Nery que, na prática, verifica-se que a solução negociada do conflito é mais benéfica e eficaz para a defesa dos direitos transindividuais se compara a um provimento jurisdicional imposto pelo Judiciário. Em razão disso, decisões tomadas em consenso pelas partes tendem cumpridas com mais rigor, já que representam um ideal querido por ambos.

Percebe-se, que o ordenamento jurídico concebeu a possibilidade de os órgãos públicos efetivarem a tutela ambiental sem terem de levar a questão ao Poder Judiciário, evitando o desgaste do tempo na resolução do conflito. A rapidez atuará a favor do meio ambiente, que está na iminência, se não já sofreu, com o dano ambiental

Por fim, entendemos que a efetividade do Compromisso de Ajustamento de Conduta decorrerá muito da forma em que é celebrado, especialmente de seu objeto e da

⁹⁸ Ibid., p. 414.

forma de cumprimento. Seu conteúdo deve ser o mais amplo possível para assegurar a máxima proteção, mas sem perder a determinabilidade exigida de um título extrajudicial. Um compromisso bom é um compromisso bem feito, lastreado em farto conjunto de elementos e considerando os interesses do compromitente com os do compromissário frente ao interesse transindividual.

6 CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho, procuramos aprofundar a utilização dos instrumentos de tutela pré-processual em favor da tutela do meio ambiente. Em prol desta tutela, encontramos o prestigiado princípio da efetividade.

Sem embargo da segmentação do trabalho em diversos instrumentos pré-processuais, entendemos que a melhor forma de compreender o assunto é analisar os instrumentos de forma conjunta, buscando complementar a atuação de um ao outro. Não se tratam de instrumentos isolados, mas sim conectados de forma lógica e harmoniosa, cada qual com uma função primordial.

O meio ambiente urge tutelas rápidas e efetivas e foi neste contexto que trouxemos alguns fundamentos que demonstram esta fragilidade. A tríplice responsabilidade, cuja responsabilidade civil é potencializada pela teoria objetiva, demonstra a severa sanção daquele que cause danos ambientais, mas que nada adiantará se não houver mecanismos que fiscalizem e responsabilizem os transgressores.

Por certo que há dificuldades do acesso à justiça na tutela coletiva, buscamos na tutela pré-processual uma forma de contornar os obstáculos referentes ao custo, tempo e produção de prova do processo judicial. Neste sentido, identificamos as vantagens da tutela pré-processual e os atributos de cada um dos instrumentos.

Expusemos que os benefícios decorrentes da utilização da tutela pré-processual não se resumem apenas na celeridade e na efetividade, havendo inúmeras outras vantagens quando se afasta, em um primeiro momento, a tutela jurisdicional. Há também um ganho social pela construção do direito a partir do consenso.

No direito ambiental, ganha o agente infrator com uma chance de recompor amigavelmente o dano causado, ganha o legitimado passivo quando poupa esforços nos casos em que uma recomposição é possível, ganha o Estado com a economia da máquina pública e, sobretudo, ganha o meio ambiente com uma recomposição ambiental célere e eficaz.

Observa-se a relevância da educação ambiental na tutela pré-processual. Uma sociedade educada tem tendência a resolver de forma consensual, sem a necessidade de

judicializar todas as pretensões. Devemos educar o nosso povo para construir um ordenamento jurídico que privilegie a autocomposição, uma participação mais ativa da sociedade principalmente nas questões coletivas e apostar no processo judicial como *ultima ratio*, quando infrutífera a utilização do mecanismo consensual.

O avanço da sociedade irá nos demonstrar que o melhor caminho a ser seguido é reservar a tutela judicial a casos em que a utilização dos instrumentos pré-processuais não foi satisfatória à tutela do direito, seja por não ser suficiente ou porque o agente violador preferiu socorrer-se ao Poder Judiciário.

Em que pese defendermos a ampla utilização destes instrumentos, é inegável a necessária observância ao direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário. A opção pela solução extraprocessual em detrimento da jurisdicional será fator que indicará os avanços de nosso País.

Esperamos que nos próximos anos haja uma valorização da tutela extraprocessual, em que os instrumentos mencionados gozem de ampla aceitação. Neste caminho, o princípio da efetividade deverá ser o norte desde a elaboração de textos normativos, até na aplicação dos instrumentos concebidos.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol.1, Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. Coimbra: Almedina, 2010.

DE PLÁCIDO E SILVA. Oscar Joseph. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2008.

FILHO, Manuel dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio. *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

GIUSEPPE, Chiovenda. *Sulla Perpetuatio Iurisdictionis*. Saggi di Diritto Processuale, Roma: Foro Italiano, 1930.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 25ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O Inquérito Civil* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*, São Paulo: RT, 2013.

_____; LOURES, Flávia Tavares Rocha. *A Responsabilidade Penal Ambiental em face dos Compromissos de Ajustamento de Conduta*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O Inquérito Civil como uma Cautelar Preparatória Probatória Sui Generis*.

PROENÇA, Luís Roberto. *Inquérito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 3ª edição revisada e ampliada. São Paulo: RT, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista do Processo*, n.º 37.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009.

TUCCI, Roberto Lauria. *Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público*, in *Revista dos Tribunais* nº 745: São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1997.