

CÍNTIA ROBERTA GOMES DE LIMA

**LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO CIVIL
PÚBLICA AMBIENTAL DE CONHECIMENTO
CONDENATÓRIA**

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2004

CÍNTIA ROBERTA GOMES DE LIMA

**LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO CIVIL
PÚBLICA AMBIENTAL DE CONHECIMENTO
CONDENATÓRIA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

Biblioteca
Nadir Gouvêa Kfour
PUC/SP

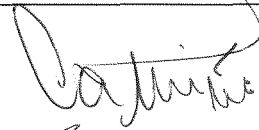


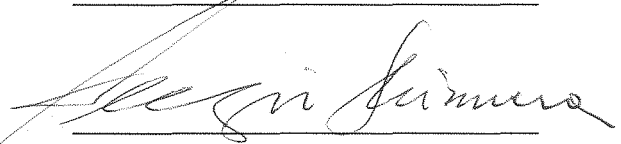
SÃO PAULO

2004

Banca Examinadora







À minha mãe Maria Cecília, minha incentivadora incondicional.

Ao meu marido Benevenuto, pela compreensão e paciência.

*À minha filha Ana Cecília que, com seu sorriso inocente de bebê,
me apoiou mais do que se dissesse mil palavras.*

À minha tia Creusa, in memoriam, minha segunda mãe.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que sempre guiou meus passos e, em sua imensa misericórdia, abençoou-me com mais até do que mereço.

Ao meu orientador, Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura, pelos valiosos ensinamentos e inestimáveis observações, que contribuíram para o engrandecimento desta obra, de modo que ela atingisse um resultado superior ao vislumbrado inicialmente por mim. À sua seriedade e profissionalismo, tão reconhecidos por todos, acrescem também uma imensa dose de generosidade – no constante incentivo à aquisição de conhecimento e à superação de limites pessoais – apenas conhecida pelos que têm o privilégio de tê-lo como mestre e orientador. Muito obrigada.

À Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, a quem tive a honra de ter como mestre no decorrer de todo o curso, e cujos ensinamentos foram o alicerce deste trabalho. E, em especial, pela sua postura – acadêmica, profissional e pessoal, que serve de exemplo e estímulo a todos os seus alunos.

À Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, na pessoa de seu Procurador-geral de Justiça Doutor Nedens Ulisses Freire Vieira, pela oportunidade conferida para que aprimorasse meus conhecimentos, e ao caro colega Doutor Antônio Sérgio Tonet, Chefe de Gabinete.

Aos colegas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e, em especial, a Ana Maria Ferreira, pela amizade e ajuda.

RESUMO

A presente dissertação estuda a legitimidade passiva na ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória. Enquanto a legitimidade ativa é determinada pela legislação pátria vigente, sobre a legitimidade passiva não há previsão legal expressa e são poucas as produções científicas que se voltam ao tema. Assim, este trabalho objetiva justamente identificar quem é o réu na ação civil pública que visa a reparação do dano ambiental.

Partindo da premissa da instrumentalidade do direito processual e de sua interação com o direito substancial, o tema, inerente ao direito processual, é desenvolvido com base em institutos de direito material ambiental, até porque é da relação de direito material que se extrai a legitimidade para a relação jurídico-processual. Todo o estudo é baseado em criteriosa pesquisa doutrinária, sendo citadas decisões judiciais que conferem sustentação às argumentações desenvolvidas.

Conclui-se que o legitimado passivo para a ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória é aquele que, pelas regras de direito material, é apontando como sendo o poluidor, pois é ele quem, direta ou indiretamente, causou o dano ambiental e que tem, portanto, o dever de repará-lo. Também é evidenciado que, em razão da natureza jurídica do bem ambiental e do regime da responsabilização objetiva e solidária que vigora no direito ambiental, deve ser evitada a intervenção de terceiros no pólo passivo da relação processual e a instituição de litisconsórcio passivo, salvo o necessário, fica sempre a critério do autor.

ABSTRACT

The present essay concerns the study of the passive legitimacy in environmental public civil lawsuit of condemnatory knowledge. While the active legitimacy is determined by the established country's legislation, the passive legitimacy has no expressed legal prevision and there are a few scientific productions concerning the subject. So, this essay is exactly aimed to identify who, in the public civil lawsuit, is the defendant in order to obtain compensation for losses or damages caused to environment.

Starting from the premise of procedure law instrumentality and its interaction with the substantial law, the topic, inherent to the procedure law, is developed based on the institutes of the environmental material law, because it is from the material law relation that the legitimacy is drawn for the juridical procedure relation. All the study is based on discerning doctrinaire research, being cited judicial verdicts which offer support to the developed argumentations.

It concludes the legitimated liabilities for the environmental public civil lawsuit of condemnatory knowledge is the one, that by the rules of material law, is indicated as the polluter, because he is the one that directly or indirectly caused the environmental damage and so, has the obligation to repair it. It is also obvious that in the reason of the juridic nature of environmental property and the rules of responsibilities, objective and solidary, that are in force in the environmental law, the intervention of third party in the passive pole of the processual relation and passive litisconsortium institution, should be avoided, unless the necessary, it is always at the plaintiff discretion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
------------------	----

1ª PARTE – DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO POLUIDOR

1 ANTROPOCENTRISMO, BIOCENETRISMO/ECOCENTRISMO E ANTROPOCENTRISMO ALARGADO	14
2 EVOLUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO	18
3 O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	22
4 MEIO AMBIENTE: CONCEITO LEGAL, VISÃO SISTÊMICA ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NATUREZA JURÍDICA	28
4.1 Conceito legal de meio ambiente	28
4.2 Visão sistêmica de meio ambiente adotada pela Constituição Federal	32
4.3 Natureza jurídica do bem ambiental	34
5 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	39
5.1 Breves notas sobre os direitos fundamentais	39
5.2 Direito fundamental ao meio ambiente	46
6 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL	49
6.1 Base principiológica da responsabilidade civil ambiental	51
6.1.1 Princípio da prevenção	52
6.1.2 Princípio da precaução	53
6.1.3 Princípio do poluidor-pagador	57
6.1.4 Princípio do usuário-pagador	61
6.1.5 Princípio da reparação integral	62
6.2 Responsabilidade civil objetiva	64
6.2.1 Dano	67

6.2.2	Nexo causal	74
6.2.2.1	Presunções de causalidade	77
6.2.2.2	Inversão do ônus da prova	81
6.2.3	Solidariedade passiva	98

2ª PARTE – LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL DE CONHECIMENTO CONDENATÓRIA

7	LEGITIMIDADE PASSIVA <i>AD CAUSAM</i>	102
8	LITISCONSÓRCIO.....	112
9	INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.....	118
9.1	Oposição.....	118
9.2	Nomeação à autoria.....	121
9.3	Denúnciação da lide.....	122
9.4	Chamamento ao processo	130
9.5	Assistência	135
10	LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL DE CONHECIMENTO CONDENATÓRIA.....	139
10.1	Legitimado passivo	140
10.2	Litisconsórcio e intervenção de terceiros no pólo passivo da ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória	144
11	LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL DE CONHECIMENTO CONDENATÓRIA: CASUÍSTICA	159
11.1	Legitimidade passiva da pessoa física	159
11.1.1	Legitimidade passiva do adquirente de imóvel.....	160
11.1.1.1	Função socioambiental da propriedade.....	161
11.1.1.2	A legitimidade passiva ad causam do proprietário e responsabilidade civil objetiva em razão da função socioambiental da propriedade.....	164

11.1.1.3	Legitimidade passiva do atual proprietário e sua responsabilidade civil.....	165
11.1.2	Legitimidade passiva da mulher	175
11.2	Legitimidade passiva nas lesões ambientais decorrentes das relações de consumo: publicidade enganosa ou abusiva e cláusula abusiva	181
11.2.1	Publicidade enganosa ou abusiva que desrespeita o meio ambiente	181
11.2.2	Cláusula abusiva que viola norma ambiental	186
11.3	Legitimidade passiva da pessoa jurídica de direito privado	190
11.4	Legitimidade passiva dos entes despersonalizados	195
11.5	Legitimidade passiva do Estado	195
11.6	Legitimidade passiva do agente público.....	201
11.6.1	Improbidade administrativa ambiental	204
11.7	Legitimidade passiva do promotor de justiça	210
CONCLUSÕES.....		213
BIBLIOGRAFIA.....		223

INTRODUÇÃO

Questão que chamou atenção desde o início da nossa atuação profissional e acadêmica na área de direito ambiental – e de direitos difusos em geral – é a restrita quantidade de estudos voltados ao instituto da legitimidade passiva na ação civil pública e, em menor quantidade ainda, os inerentes à legitimidade passiva na ação civil pública ambiental. Enquanto é farta a produção científica, doutrinária e jurisprudencial em relação à legitimidade ativa, sobre a passiva, muito pouco foi desenvolvido.

Assim é que esta dissertação volta-se a desenvolver o estudo da legitimidade passiva na ação civil pública ambiental. Mas não em todo e qualquer tipo de ação civil pública ambiental, mas especificamente na de conhecimento condenatória que vise a reparação de danos causados ao meio ambiente. A intenção é determinar quem é o réu da ação civil pública destinada à reparação da lesão ambiental.

O tema, apesar de se situar no campo do direito processual, é desenvolvido sobre os fundamentos do direito material ambiental, até porque, dada à instrumentalidade do processo civil, há estreita ligação e interdependência entre este e os institutos de direito material, sendo impossível o desenvolvimento do primeiro – o processo – sem sua vinculação ao segundo – o direito. Assim é que a primeira parte deste trabalho volta-se ao estudo do direito ambiental brasileiro e a responsabilidade civil do poluidor.

Para que ele atinja seu objetivo de indicar quem é o legitimado passivo da ação civil pública *ambiental* de conhecimento condenatória, a primeira providência necessária é delimitar o bem ambiental, entender em que se constitui. Para tanto, sob uma perspectiva antropocêntrica alargada do meio

ambiente, é traçada a sua evolução histórica e analisado o seu conceito, sua natureza jurídica, a visão ambiental sistêmica adotada pela Constituição Federal e o fato de se constituir em direito fundamental.

Feito isso, passa-se ao estudo da situação jurídica de direito material que confere à parte o *status* de *parte legítima passiva* da ação civil pública voltada à reparação do dano ambiental. Essa situação legitimante de direito substancial é o dano ambiental, é a poluição causada pelo homem e a responsabilidade que pesa sobre seu causador de repará-lo. Assim, no capítulo intitulado responsabilidade civil ambiental, são desenvolvidos conceitos sobre o que é poluição, quem é o poluidor, que tipo de responsabilidade incide sobre o mesmo, acerca da reparação do dano, tudo isso informado pelos princípios de direito ambiental e também pela própria natureza jurídica do bem em questão, o ambiental.

Somente após superados todos esses temas é que se passa à segunda parte, voltada especificamente à legitimidade passiva na ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória, momento em que os leitores já terão apreendido que o legitimado passivo da ação civil pública que visa obter a reparação do dano ambiental é o poluidor, pois é ele, segundo as normas de direito material, quem, direta ou indiretamente, causou o dano e que tem, portanto, o dever de repará-lo.

Nessa segunda parte, de início é desenvolvido o estudo sobre a legitimidade passiva *ad causam* no processo civil em geral, a atuação litisconsorciada e a intervenção de terceiros, para somente então se avançar para a legitimidade passiva na ação civil pública ambiental. Nesse tópico, é reforçada a idéia de que o legitimado passivo é aquele que, segundo as normas de direito ambiental, é apontado como sendo o poluidor, bem como

são desenvolvidas questões problemáticas que surgem com frequência no manejo da ação civil pública ambiental, que dizem respeito à viabilidade de litisconsórcio e de intervenção de terceiros no pólo passivo da relação processual. Por fim, são indicadas, de modo meramente exemplificativo, as pessoas que podem figurar no pólo passivo da ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória.

1ª PARTE – DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO POLUIDOR

1 ANTROPOCENTRISMO, BIOCENETRISMO/ECOCENETRISMO E ANTROPOCENTRISMO ALARGADO

A proteção da natureza sob a perspectiva antropocêntrica se dá em razão do homem, que é a medida de todas as coisas. O meio ambiente é protegido não por possuir um valor intrínseco, mas pela importância e utilidade que representa para o homem e por sua capacidade de aproveitamento. É uma visão instrumental da natureza, porquanto os elementos ambientais merecem proteção jurídica apenas se tiverem utilidade para o homem e na proporção dessa utilidade, ou seja, uma preconcepção antropocêntrica-utilitarista do meio ambiente.¹

Trata-se de uma orientação reducionista que restringe o valor ético apenas ao homem, podendo resultar em uma proteção inadequada ao meio ambiente. Tome-se como exemplo a questão da reparação do dano ambiental. Se adotada a linha antropocêntrica-utilitarista, o valor econômico do bem ambiental é determinado pelo homem, com base na capacidade de aproveitamento do bem e, dessa forma, se os custos da recuperação ambiental forem superiores ao valor do bem, não será viável a recuperação do dano.

Em outro extremo estão as considerações do meio ambiente sob as perspectivas biocêntrica e ecocêntrica. Em ambas, o homem deixa de ser a razão de todas as coisas, para ser considerado como parte integrante da

¹ A respeito, consultar: José de Sousa Cunhal Sendim, *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

natureza. O valor ético está não só nos homens, mas em todos os elementos naturais. A diferença é que o biocentrismo possui caráter mais individualista, a todo e qualquer bem natural é atribuído um valor intrínseco, pelo simples fato de existir; basta que um organismo vivo tenda de modo constante para a sua preservação e autoprodução, para que seja merecedor de valoração e resguardo. Já no ecocentrismo, o valor é atribuído à comunidade biótica como um todo. Cada bem isoladamente possui apenas um valor relativo, determinado através da sua contribuição para a integridade da biosfera (ecocentrismo holístico).²

Seja na concepção biocêntrica, seja na ecocêntrica, a natureza deve ser protegida em razão do valor intrínseco que possui, o que dá ensejo à fixação de deveres do homem em relação aos elementos naturais e até ao reconhecimento de direitos dos elementos naturais face ao homem. A medida moral das ações deixa de ser a sua utilidade para o homem, para ser a sua utilidade para a comunidade biótica.³

Há uma terceira via que, baseando-se na existência do homem como elemento mais desenvolvido da natureza, o coloca como responsável pela sua proteção. É a visão antropocêntrica alargada do meio ambiente.

O homem integra a comunidade biótica, situando-se no vértice da pirâmide. Se o homem tem valor e dignidade, os outros seres não podem ser privados dessas qualidades morais, pelo menos em algum nível. Como,

² Sobre a diferença entre biocentrismo e ecocentrismo, ver: José de Sousa Cunhal Sendim, *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural*, cit., p. 91-97; Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental: parte geral*, São Paulo: Max Limonad, 2002, v. 1, p. 52.

³ José de Sousa Cunhal Sendim, op. cit., p. 94.

todavia, o lugar e papel do homem na evolução lhe conferem uma qualidade ética ímpar, ele tem a responsabilidade de zelar por toda a natureza.

Os interesses do homem coincidem com os da natureza quando o que está em questão é a destruição ou preservação da vida, havendo assim uma solidariedade de interesses entre o homem e a comunidade biótica de que faz parte. Trata-se de uma relação de interdependência que é exemplificada por Samuel Murgel Branco da seguinte forma:

“O homem pertence à natureza tanto quanto – numa imagem que me parece apropriada – o embrião pertence ao ventre materno: originou-se dela e canaliza todos os seus recursos para as próprias funções e desenvolvimento, não lhe dando nada em troca. É seu dependente, mas não participa (pelo contrário, interfere) de sua estrutura e função normais. Será um simples embrião se conseguir sugar a natureza, permanentemente, de forma compatível, isto é, sem produzir desgastes significativos e irreversíveis; caso contrário, será um câncer, o qual se extinguirá com a extinção do hospedeiro”.⁴

Impõe-se a proteção do bem ambiental não em razão de sua utilidade para o homem, mas com vistas à manutenção do equilíbrio ecológico e da própria vida humana, o que dá ensejo à reparação de um bem ambiental lesado, ainda que os custos dessa reparação superem o valor que as pessoas atribuam àquele bem e mesmo que, a princípio, restrinja ou sacrifique algum direito do homem.

No que tange ao direito positivo brasileiro, pela demonstração que se fará a seguir, parece que, apesar da proteção ambiental ser caracteristicamente antropocêntrica, não se reduz a uma postura utilitarista, tendo sido adotada a visão antropocêntrica alargada.

⁴ Samuel Murgel Branco, Conflitos conceituais nos estudos sobre meio ambiente, *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 9, n. 23, p. 231, jan./abr. 1995.

Defende-se nesta dissertação o acerto de tal orientação. A dignidade ética do homem se baseia em sua inteligência e liberdade que, tendo sido produzidas pela natureza, devem servi-la, protegê-la, desenvolvê-la e repô-la⁵. O homem não é mais o dominador da natureza, mas seu colaborador, porquanto a preservação do equilíbrio ecológico passa pela preservação de todas as espécies, inclusive a humana, devendo a todas ser atribuído o necessário valor ético.

⁵ Olinto A. Pergoraro, *Ética e bioética: da subsistência à existência*, Petrópolis: Vozes: 2002, p. 51.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Antônio Herman Benjamin, analisando a evolução histórica da proteção jurídica do ambiente no Brasil, a divide em três fases: exploração desregrada, fragmentária e holística.⁶

A primeira fase, a da exploração desregrada ou do *laissez-faire* ambiental, iniciou-se com o descobrimento, em 1500, e perdurou até o início da segunda metade do século XX⁷, período durante o qual a conquista de novas fronteiras (agrícolas, pecuárias e minerais) era tudo o que importava na relação homem-natureza. Foi uma fase em que a concepção privatística do direito de propriedade obstaculizava a atuação do Poder Público na proteção do meio ambiente. As legislações que dispunham sobre o tema eram de incidência restrita, pois destinavam-se à proteção de interesses privados e econômicos, e de pouca eficácia prática, face à falta de conscientização, tanto do corpo administrativo, quanto da população.

À época em que o Brasil foi descoberto, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas. Destacam-se nessas Ordenações a preocupação com a falta de alimentos, o que ensejou a tipificação da subtração de aves e o corte de árvores frutíferas. Durante o período de colonização, até o advento do Código Civil de 1916, vigoraram no Brasil as Ordenações Manuelinas, as Ordenações Filipinas e diversas legislações esparsas. Naquela época, já se aplicava a teoria da responsabilidade subjetiva por danos causados “por malícia” em pomares vizinhos por animais, e a teoria da responsabilidade

⁶ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, Introdução ao direito ambiental brasileiro, in *Manual prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*, São Paulo: IMESP, 1999, p. 23-24.

⁷ Sobre a evolução legislativa ambiental no Brasil, ver também: Ann Helen Wainer, Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 0, p. 158-169, 1995; José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

objetiva, por danos causados pelo gado nos olivais vizinhos, em culpa do dono ou de seus empregados. Em 1605, foi editada a primeira lei protecionista florestal brasileira, o “Regimento sobre o Pau-brasil”, que punia severamente quem cortasse a madeira sem expressa licença real. Tal Regimento, é óbvio, tinha por fundamento não a proteção do bem ambiental em si, mas da fonte de renda da Coroa portuguesa pela exploração daquela madeira, tanto que outros tipos não foram protegidos.

Após a Independência do Brasil, foi promulgado em 1916 o Código Civil, que revogava as Ordenações do Reino e demais legislações extravagantes. Esse Código não tratou expressamente da questão ambiental, fazendo-o tão-somente de maneira reflexa, ao dispor sobre os conflitos de vizinhança, que com base na visão privatística do direito de propriedade, reprimia o seu uso nocivo.

Depois do Código Civil, veio o Regulamento de Saúde Pública, de 1923, que estipulava, dentre outras coisas, o licenciamento dos estabelecimentos industriais visando preservar a saúde dos moradores vizinhos.

Na década de 30, surgiram legislações com normas que dispunham, ainda que de forma circunstancial, sobre proteção ambiental, dentre elas o Código Florestal, de 1934, o Código de Águas, promulgado no mesmo ano, e o Código de Pesca, de 1938.

A partir da segunda metade do século XX, teve início o período denominado por Antônio Herman Benjamin⁸ como fase fragmentária, durante

⁸ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, Introdução ao direito ambiental brasileiro, cit., p. 23.

o qual surgiram as primeiras legislações sobre o meio ambiente, como o Código Florestal, de 1965, e os Códigos de Caça, de Pesca e de Mineração, todos de 1967. Nelas, a exemplo do que ocorria desde o período colonial, a proteção do bem ambiental se dava com vistas ao seu valor econômico.

Nessa fase, é patente a visão antropocêntrica-utilitarista com que era tutelado o meio ambiente, sendo digno da proteção legislativa apenas o bem natural que fosse útil ao homem, e na medida de sua utilidade. Trata-se, assim, do *valor econômico* do meio ambiente, que pode compreender, segundo José de Sousa Cunhal Sendim, o valor de uso atual – valor que os consumidores atribuem ao uso de um recurso ambiental, o valor de opção – que é o valor do ambiente como benefício potencial, e o valor de existência, que é o valor que as pessoas atribuem à existência de um recurso, independente do seu uso *in situ*⁹. A análise da degradação do meio ambiente pelo ordenamento da época se operava, no plano ético, pelo *utilitarismo*, tutelando somente aquilo que tivesse interesse econômico e, no terreno formal, pelo *reducionismo* do objeto – o fatiamento do meio ambiente, a ele ainda se negando, holisticamente, uma identidade jurídica própria.

Foi com a promulgação da Lei n. 6.938/81 – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – que o meio ambiente começou a ser protegido de maneira integral, como um sistema ecológico integrado, com autonomia valorativa e garantia de implementação. Iniciou-se, segundo Herman Benjamin¹⁰, a fase atual da proteção jurídica do meio ambiente, a holística.

À escassez dos recursos ambientais e à necessidade de sua preservação uniu-se a consciência da relação estreita e direta do meio ambiente com a

⁹ José de Sousa Cunhal Sendim, *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural*, cit., p. 87.

¹⁰ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, *Introdução ao direito ambiental brasileiro*, cit., p. 24.

própria dignidade do ser humano e de sua responsabilidade pela vida, não só sua como de todos os elementos que a exemplo dele integram a comunidade biótica. Dessa forma, o ambiente passou a ser tutelado tendo por fim não a utilidade que representaria ao homem, mas a manutenção do equilíbrio ecológico, o que significa concluir possa, em alguns momentos, ser privilegiado o bem ambiental em detrimento de interesses e direitos do ser humano, desde que necessário para que se mantenha ou se restabeleça o referido equilíbrio.

Em 1988, finalmente, houve a constitucionalização do meio ambiente (pois até então as Constituições anteriores foram omissas sobre o assunto), através de normas de proteção, de recuperação e de melhoria do meio ambiente, lançadas em diversos títulos da Constituição Federal.

3 O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Todo o texto constitucional de 1988 é permeado pela questão ambiental, embora seu núcleo se encontre no título da “Ordem Social” – Capítulo VI do Título VIII, que é composto por um único artigo, o 225.

Utilizando a classificação elaborada por Raul Machado Horta¹¹, pode-se dividir as referências constitucionais expressas ao meio ambiente¹² em quatro grupos: regras de garantia, regras de competência, regras gerais e regras específicas.

Para José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, regra de garantia é a prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, que atribui a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural¹³. Sendo assim, o artigo 129, inciso III, que inclui dentre as atribuições do Ministério Público a promoção de inquérito civil e de ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, é também uma regra de garantia, posto que estabelece um instrumento de proteção do meio ambiente.

Os dispositivos que tratam do meio ambiente conforme a organização político-administrativa do Estado e a organização de poderes, atribuindo

¹¹ Raul Machado Horta, *Estudos de direito constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 317-318.

¹² Além das referências expressas ao meio ambiente que serão abordadas nesta dissertação, a Constituição Federal faz inúmeras referências implícitas. Sobre o assunto, ver: José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*, cit.; Renato Magalhães Júnior, *Direitos e deveres ecológicos: efetividade constitucional e subsídios do direito norte-americano*, Tese (Doutorado), – Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1990.

¹³ José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 240.

competência e responsabilidade pela administração do bem ambiental, são regras de competência. São elas: o artigo 20, inciso II que considera, entre os bens da União, as terras devolutas indispensáveis à preservação do meio ambiente; o artigo 23, que reconhece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger os bens de valor histórico, artístico e cultural, os sítios arqueológicos, as paisagens naturais notáveis e o meio ambiente, para combater a poluição em qualquer de suas formas, para preservar as florestas, a fauna e a flora e para fiscalizar a exploração dos recursos hídricos e minerais em seus territórios; o artigo 24, incisos VI, VII e VIII que atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico e controle de poluição, e ainda sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e o artigo 91, parágrafo 1º, inciso III que inclui entre as atribuições do Conselho de Defesa Nacional opinar sobre o efetivo uso das áreas indispensáveis à segurança do território nacional, especialmente na faixa de fronteiras e nas áreas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo.

As regras gerais identificam definições de princípios ou de conduta¹⁴. São elas as dos artigos 170, inciso VI; 173, parágrafo 5º; 174, parágrafo 3º; 186, inciso II; 200, inciso VIII; 216, inciso V; 220, parágrafo 3º, inciso II; e 231, parágrafo 1º.

¹⁴ José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*, cit., p. 240.

De suma importância são as disposições dos artigos 170, inciso VI, e 186, inciso II, pois condicionam o exercício da atividade econômica e do direito de propriedade ao equilíbrio ambiental.

A finalidade da atividade econômica desenvolvida em nosso país, constitucionalmente determinada, não é a obtenção de lucro ou o acúmulo de riquezas, mas sim a consecução de uma vida digna. Esse deve ser o norte de toda e qualquer atividade econômica aqui desempenhada. Para se alcançar essa existência digna, é mister a manutenção ou restabelecimento do equilíbrio ecológico, sob pena de responsabilização da empresa e de seus dirigentes, na forma prevista no artigo 173, parágrafo 5º. Daí o artigo 170, inciso VI da Constituição Federal elencar dentre os princípios gerais da atividade econômica a defesa do meio ambiente, posto que sem sua proteção é impossível alcançar o objetivo de dar aos brasileiros, aos estrangeiros residentes e a todos os que estejam de passagem por nosso país uma existência digna. E confirmando o condicionamento da atividade econômica à salubridade ambiental, o artigo 174, parágrafo 3º dispõe que, ao favorecer a organização da atividade garimpeira, o Estado deverá levar em conta a proteção do meio ambiente.

Quanto à propriedade, ícone da visão privatística do direito, também foi constitucionalmente restringida em função do meio ambiente. A utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente são requisitos da função social da propriedade rural que, se não observados pelo proprietário, levam à desapropriação das terras para fins de reforma agrária (arts. 184 e 186, inc. II).

Essas restrições à atividade econômica e ao direito de propriedade deixam evidente que a questão ambiental em nosso país está sendo tratada sob

o prisma do antropocentrismo alargado, pois muito embora a finalidade da preservação do meio ambiente seja o bem-estar do homem (conforme se demonstrará logo a seguir), o Estado não hesita em limitar e penalizar a atividade humana para obter o equilíbrio ecológico. A Constituição Federal assevera seu repúdio à proteção interesseira do meio ambiente, exercida com base em aspectos econômicos e políticos, e expressa a proteção ambiental que tem por único fundamento a vida saudável do ser humano, nem que para tanto tenha que se voltar contra o mesmo.

No título da “Ordem Social”, há várias outras referências ambientais de caráter geral. O artigo 200, inciso VIII estabelece que compete ao Sistema Único de Saúde colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho, o qual, nos termos do artigo 7º, inciso XXII deve gozar de condições higiênicas. O artigo 216, inciso V coloca os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico como integrantes do patrimônio cultural brasileiro. O artigo 220, parágrafo 3º, inciso II determina que compete à lei federal estabelecer meios legais que permitam às pessoas e famílias defenderem-se da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. O artigo 231, parágrafo 1º reconhece como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar.

Finalmente, as regras específicas estão concentradas no artigo 225, que compõe o Capítulo VI – “Do Meio Ambiente”, do Título VIII – “Da Ordem Social” da Constituição Federal, de seguinte teor:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Utilizando-se da lição de José Afonso da Silva, as disposições do referido artigo podem ser divididas em três categorias: norma-princípio, norma-instrumento e norma-determinação¹⁵. A norma-princípio ou matriz encontra-se no *caput*, que revela o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nos incisos do parágrafo 1º encontram-se as

¹⁵ José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*, cit., p. 52.

normas-instrumentos, que conferem ao Poder Público os instrumentos fundamentais de atuação para a garantia do equilíbrio ambiental. Nos parágrafos 2º a 6º estão uma série de determinações e regulamentações que até poderiam ser feitas na esfera infraconstitucional, porém, em razão da importância do tema, o constituinte entendeu por bem abordá-las – são as normas-determinação ou regulamento.

As regras do artigo 225 ainda podem ser classificadas segundo sua auto-aplicabilidade ou não. Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, seriam auto-aplicáveis o artigo 225, *caput*, seu parágrafo 1º e respectivos incisos I, II, III, primeira parte, V, VI e VII, primeira parte, e os parágrafos 3º e 5º. Não seriam auto-aplicáveis a segunda parte do inciso III, o inciso IV e a segunda parte do inciso VII, todos do parágrafo 1º, bem como os parágrafos 2º, 4º e 6º.¹⁶

Salvo melhor juízo, a Constituição Federal, a exemplo do que se defende nesta obra, atua sob a vertente do antropocentrismo alargado, pois reconhece que a proteção dos bens ambientais é essencial à vida humana, mas, ao mesmo tempo, reserva uma proteção específica e autônoma ao meio ambiente, independente do benefício direto que advenha ao homem. Não mais importam apenas os interesses da geração atual, mas também os das futuras gerações, de modo que, nos termos da atual Constituição, pode ser imposta a preservação de uma determinada espécie, mesmo que na atualidade não lhe seja atribuída muita importância e sua conservação implique sacrifícios e restrições às gerações presentes, pois a tutela ambiental no Brasil está vinculada a interesses intergeracionais, e não a interesses imediatos.

¹⁶ José Alfredo de Oliveira Baracho, *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*, cit., p. 240.

4 MEIO AMBIENTE: CONCEITO LEGAL, VISÃO SISTÊMICA ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NATUREZA JURÍDICA

4.1 Conceito legal de meio ambiente

O conceito de meio ambiente é dado pela Lei n. 6.938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e constitui-se no “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, inc. I).

A princípio, é permitido concluir que o legislador adotou as visões biocêntrica e ecocêntrica de meio ambiente, pois declara a finalidade de abrigar e preservar toda e qualquer forma de vida (biocentrismo) através da manutenção do equilíbrio ecológico (ecocentrismo). Vê-se claramente que, no conceito de meio ambiente exposto no artigo 3º, inciso I, o valor da vida humana é equiparado ao das demais formas de vida, e todas devem ser igualmente protegidas, para que se possa garantir o equilíbrio do ecossistema.

Todavia, no artigo 2º da Lei n. 6.938/81, está expresso que o objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente é a “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”, o que evidencia, portanto, a concepção antropocêntrica da lei.

Outrossim, mais adiante, o legislador reforça a visão antropocêntrica de meio ambiente, ao tratar da poluição, tendo por objeto a proteção do homem. Consta do artigo 3º, inciso III da Lei n. 6.938/81 que

poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- “a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energias em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.”

As alíneas “a” e “b” não deixam dúvidas de que a finalidade de se manter o equilíbrio ecológico é preservar a vida do homem, sendo coibida qualquer atividade que possa prejudicar a sua saúde, segurança e bem-estar, e que possa interferir negativamente em suas atividades sociais e econômicas.

Diante desse posicionamento do legislador, ora atuando amparado na visão antropocêntrica do meio ambiente, ora nas concepções biocêntrica e ecocêntrica, parece ser acertado optar, como feito logo no início deste trabalho, pela preconcepção antropocêntrica alargada (ou moderada) de meio ambiente, segundo a qual o homem continua sendo o substrato fundamental da proteção jurídico-ambiental, embora se reconheça o valor de todos os demais seres que integram a comunidade biótica.

A Lei n. 6.938/81, a exemplo da Constituição Federal, deixa claro que é somente através da proteção de todos os organismos que integram o ecossistema que se vai conseguir proteger e melhorar a vida do homem e que a este, dada a sua condição privilegiada na cadeia ecológica, compete atuar nessa tarefa, pois o valor de cada organismo (biótico ou abiótico) independe de sua utilidade econômica, posto que relacionado à dignidade do ser humano.

Ainda sobre o conceito legal de meio ambiente, uma leitura mais apressada pode dar a impressão de que contempla apenas o meio ambiente natural. Não é verdade.

O legislador pátrio, inspirado talvez na definição francesa e na legislação portuguesa sobre o meio ambiente¹⁷, contempla, ainda que indiretamente, todos os fatores condicionantes da “vida em todas as suas formas”. Assim, embora no conceito de meio ambiente (art. 3º, inc. I da Lei n. 6.938/81) estejam previstos apenas os fatores de ordem química, física e biológica que permitem, abrigam e regem todas as formas de vida (meio ambiente natural), devem ser levados em consideração os fatores de ordem econômica e social, previstos no artigo 3º, inciso III, que constituem o meio ambiente artificial, cultural e do trabalho (ecossistema social¹⁸).

Impõe frisar que, a despeito de o meio ambiente ser classificado em natural, artificial, cultural e do trabalho, trata-se de um bem unitário em seu conjunto, dotado de autonomia própria em relação aos seus elementos integrantes (elementos naturais – solo, água, ar, flora e fauna –, espaços urbano, rural e laboral, elementos culturais etc); a divisão do meio ambiente em aspectos que o compõem apenas busca facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido.¹⁹

¹⁷ Na definição francesa de meio ambiente, estão expressamente contemplados os fatores sociais, sendo aquele “o conjunto, em um dado momento, de agentes físicos e químicos, biológicos e fatores sociais suscetíveis de ter um efeito direto ou indireto, imediato ou mediato, sobre os seres vivos e as atividades humanas”. E, segundo a Lei Portuguesa de Bases do Ambiente, ele é o “conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos *fatores económicos, sociais e culturais* com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”.

¹⁸ Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental*: parte geral, cit., v. 1, p. 208.

¹⁹ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19.

O legislador, ao conceituar o meio ambiente como o “conjunto de relações e interações que condiciona a vida em todas as suas formas”, sem apontar os elementos corpóreos que o compõem, o considerou um “macrobem” incorpóreo, unitário e imaterial. Também a Constituição Federal, ao dispor sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o faz de maneira global, tratando-o como um bem jurídico autônomo, de natureza imaterial, distinto dos recursos naturais que o compõem (microbens), os quais via de regra, têm natureza material.

Para alguns doutrinadores, é maléfica a adoção de um conceito amplo e abrangente de meio ambiente, pois se meio ambiente é tudo, acaba não sendo nada. A inclusão de fatores sociais na definição de meio ambiente, segundo Roca Juan, o estende de tal forma que acaba por abarcar desde questões com educação e transporte, até as referentes aos meios de comunicação, gastronomia e sexualidade²⁰. Marcelo Abelha Rodrigues diz que essa amplitude conceitual retira a efetividade do direito ambiental e até impede que ele seja tratado como um direito autônomo, pois seu objeto já seria tutelado por outras ciências e ramos do direito²¹. Tanto é assim que o autor defende que ao direito ambiental pertence tão-somente o meio ambiente natural, cuja concepção, a seu ver, deve ser ecocêntrica/biocêntrica; ao direito urbanístico, do trabalho e outros é que compete a proteção prioritária do ambiente cultural, artificial e do trabalho, em que será defendida a qualidade de vida do homem, com o cunho antropocentrismo.²²

²⁰ Roca Juan, Sobre el deber general de respeto a la persona, in *Derecho civil e medio ambiente*, ADC, 1986, p. 765, apud Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental: parte geral*, cit., v. 1 p. 57.

²¹ Marcelo Abelha Rodrigues, op. cit., v. 1, p. 57.

²² Ibidem, p. 52-53 e 66-67.

Grande parte dos doutrinadores pátrios, felizmente, adota o posicionamento global e abrangente do conceito jurídico de meio ambiente, tanto que José Afonso da Silva o define como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”²³. O conceito de meio ambiente adotado pela legislação brasileira realça a interação e a interdependência entre o homem e a natureza, e “é neste aspecto que se denota a proteção jurídica do meio ambiente como um bem unitário”²⁴. Ora, se a finalidade do direito ambiental – sob a visão antropocêntrica alargada adotada neste trabalho – é propiciar uma sadia qualidade de vida ao homem, através da manutenção do equilíbrio ecológico, é evidente que o conceito de meio ambiente deve envolver não só os elementos naturais, mas todos e quaisquer aspectos que interfiram na qualidade da vida humana.

4.2 Visão sistêmica de meio ambiente adotada pela Constituição Federal

Historicamente, o conceito jurídico de meio ambiente evoluiu de uma visão fragmentária, em que era considerado como uma somatória de elementos ambientais, para uma visão holística, global²⁵, em que ele é considerado como um sistema²⁶ composto de elementos cuja interação e interdependência conduzem ao equilíbrio ou ao desequilíbrio ecológico. O meio ambiente é um ecossistema composto por incontáveis cadeias de

²³ José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*, cit., p. 20.

²⁴ José Rubens Morato Leite, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.

²⁵ Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, *Poluição em face das cidades no direito ambiental brasileiro: a relação entre degradação social e degradação ambiental*, Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 15-16.

²⁶ Ramón Martín Mateo, *Tratado de derecho ambiental*, Madrid: Trivium, 1991, v. 1, p. 92.

subsistemas²⁷, em que cada elemento integrante desses subsistemas afeta e é ao mesmo tempo afetado pelos demais. Daí, para obter-se o equilíbrio ecológico preconizado pela Constituição Federal, ser necessário observar não apenas o recurso ambiental em questão, mas toda a sua relação com o sistema ambiental; não basta, por exemplo, o Poder Público optar pela preservação de um determinado animal, é necessário efetuar um estudo verificando todas as conseqüências que esse ato surtirá sobre o equilíbrio ecológico.

Também não é demais frisar que o homem – segundo a concepção antropocêntrica alargada – integra esse ecossistema e deve se responsabilizar pela integridade da natureza como meio de assegurar o seu próprio futuro, surgindo daí, “uma solidariedade de interesses entre o homem e a comunidade biótica de que faz parte, de maneira interdependente e integrante”.²⁸

É o equilíbrio ecológico (ou qualidade ambiental) que confere unidade ao sistema ambiental, um sistema complexo, formado por inúmeros subsistemas que, apesar de auto-reguláveis e auto-organizáveis, são articulados e interdependentes, em que o equilíbrio ou desequilíbrio de um elemento implica no equilíbrio ou desequilíbrio do todo.

É por isso que, como acima referido, a classificação do meio ambiente em razão dos vários aspectos que advêm das interações dos elementos naturais e humanos que o compõem não retira a unidade do sistema

²⁷ Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, *Poluição em face das cidades no direito ambiental brasileiro...*, cit., p. 16.

²⁸ José Rubens Morato Leite, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, cit., p. 75.

ambiental, ao contrário, a reforça, à medida que todos têm por referência o equilíbrio ecológico – que é o fator essencial para a vida com qualidade.

O meio ambiente, nessa concepção globalizante e sistêmica, deve ser visto como um macrobem que possui uma realidade jurídica completamente distinta da dos elementos (microbens) que o compõem; como uma *entidade* que se destaca dos vários bens materiais em que se firma. Daí ser, ao mesmo tempo, um bem *autônomo, unitário e imaterial*.

Essa classificação do meio ambiente em microbem e macrobem é de extrema relevância e reflete no próprio regime jurídico de proteção do bem ambiental, isto é, na responsabilidade civil, conforme se demonstrará no decorrer deste trabalho.

4.3 Natureza jurídica do bem ambiental

Em relação ao modo pelo qual se exerce o domínio sobre os bens, o direito desenvolveu-se sobre o binômio público-privado. Embora essa divisão exista desde o direito romano, ganhou força durante o Estado Liberal, no qual, diante da supervalorização do individual e da pouca intervenção estatal, era tido por “público” tudo o que não fosse “particular”. Ocorre que, com o desenvolvimento social e o advento do Estado Social, tal dicotomia não mais atendia às pretensões sociais, notadamente no que dizia respeito aos valores de interesse geral da coletividade.

Mauro Cappelletti, já em 1975, em uma convenção sobre o tema “Liberdades Fundamentais e Formações Sociais” (que foi publicada no Brasil em 1977), advertia que, diante da complexidade das relações sociais contemporâneas, havia um abismo na dicotomia público e privado, pois

alguns direitos já não eram mais de cunho essencialmente individuais, mas sim coletivos, sendo necessário um direito processual igualmente metaindividual.²⁹

Assim, é que se vislumbrou a existência de uma terceira categoria de direitos ou interesses, os difusos ou coletivos ou transindividuais ou metaindividuais, que “depassam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”³⁰. São interesses de cada um e de todos ao mesmo tempo, daí também poderem ser chamados de plurindividuais.

Os interesses metaindividuais situam-se entre o interesse privado e o público, posto que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público³¹. Todavia, Marcelo Abelha Rodrigues classifica os interesses difusos como espécie do gênero interesses públicos³²: são os interesses públicos primários protegidos pelo Estado em cada caso concreto.³³

Se existem direitos difusos é porque, logicamente, existem bens que já não são nem públicos nem privados, mas sim de natureza difusa. Dentre tais bens, destaca-se o ambiental que, nos termos da Constituição

²⁹ Mauro Cappelletti, *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, tradução do original italiano feita por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 5, p. 130, jan./mar. 1977.

³⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 275.

³¹ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47.

³² O interesse público divide-se em primário e secundário. O interesse público primário, ou interesse público propriamente dito, é o que pertence ao povo, à coletividade. O interesse público secundário diz respeito ao interesse privado do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público, e somente pode ser buscado quando coincidente com o interesse primário.

³³ Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental: parte geral*, cit., v. 1, p. 40-41.

Federal de 1988, é um bem de *uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida.

Assim, não se pode acatar a classificação do bem ambiental como bem público – muito embora o Código Civil, em seu artigo 99, inciso I, continue classificando o bem de “uso comum do povo” como espécie de bem público. E a razão de ser inaceitável essa classificação é uma só: a sua inconstitucionalidade. É que a Constituição Federal, não bastasse no artigo 225 afirmar que o bem ambiental pertence a todos, tanto ao Estado quanto à coletividade, no artigo 129, inciso III, diz expressamente que o meio ambiente é um *direito difuso*. Como tal, esse bem está sujeito a um regime jurídico-processual diferenciado, previsto principalmente nas Leis ns. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública e 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

O meio ambiente, na concepção de macrobem, de bem essencial à sadia qualidade de vida, pertence a todos indistintamente, independente da eventual titularidade dos microbens (recursos ambientais) que o compõem. Nesse sentido, é um bem *adéspota*, não podendo ser objeto de apropriação nem pelo particular nem pelo Estado. Por sua própria natureza, é também *indivisível*, pois não se tem como determinar a parcela que pertence a cada pessoa. Também não se pode esquecer que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pertence somente a esta geração, mas também às futuras, o que aumenta ainda mais a sua indivisibilidade e a característica de bem de uso comum do povo.

O fato de a mesma Constituição Federal ter atribuído o bem ambiental ao “domínio” da União ou dos Estados não importa dizer que a sua

natureza seja de bem público, mas simplesmente de que aqueles são os gestores do bem, os responsáveis por sua administração.³⁴

É importante referir que nem todo bem ambiental, ou seja, nem todo recurso ambiental (*microbem*), tem a natureza jurídica de bem difuso, mas somente aquele que detiver a qualidade de essencial à sadia qualidade de vida, isto é, que interferir no equilíbrio do sistema ecológico. É por isso que a morte de um cão de estimação, por exemplo, não pode ensejar o regime de proteção jurídico-processual próprio dos bens difusos (ação civil pública, responsabilização objetiva do causador do dano, imprescritibilidade da ação etc.), pois, embora seja um elemento natural – um animal –, não detém as características indispensáveis citadas. “É sobre este conceito básico de ‘qualidade ambiental’ que se funda o reconhecimento de uma noção unitária e macro de meio ambiente”.³⁵

Já, ao contrário, um recurso ambiental pertencente a um particular, se detiver a característica de essencial à sadia qualidade de vida (por exemplo: um prédio particular portador de elementos referentes à cultura, à origem de um povo), adquirirá o aspecto de bem ambiental, em sua acepção de *macrobem* e, como tal, as características que são inerentes a essa espécie: um bem difuso, unitário, indivisível, imaterial e autônomo.

Sobre essa diferenciação, com muita propriedade Antônio Herman Benjamin observa que uma única atividade degradadora pode gerar

³⁴ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Curso de direito ambiental brasileiro*, cit., p. 54.

³⁵ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, *Função ambiental*, in Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin (Coord.), *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 75.

um regime duplo de responsabilidade civil e, por consequência, dois deveres de indenizar, “valendo o primeiro para o macrobem e o segundo para o microbem (com a indenização destinada a reparar os danos sofridos pelos titulares individuais da *res* afetada)”.³⁶

Neste trabalho, serão abordadas a responsabilidade civil por dano causado ao macrobem e a legitimidade passiva para a ação civil de reparação desse dano.

³⁶ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, *Função ambiental*, cit., p. 71.

5 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

5.1 Breves notas sobre os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como “a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões”³⁷, seja resguardando o indivíduo em sua liberdade (direitos individuais), seja resguardando-o em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) ou em sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade). São posições jurídicas das pessoas, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na *Lei Fundamental*³⁸ daí o termo *direitos fundamentais*.

Identificam-se direitos fundamentais em todo o texto constitucional, no entanto eles se concentram mais no Título II. Convém esclarecer que os direitos fundamentais não se restringem aos previstos na Constituição, considerando-se como tais outros direitos possuídos pelo povo, decorrentes do regime, dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais em que o Brasil é parte (art. 5º, § 2º da CF). Portanto, para a classificação de um direito como fundamental, não se podem considerar elementos formais, como o seu posicionamento no texto constitucional, mas sim certas peculiaridades individualizadoras comuns a todos eles, quais sejam a historicidade, a universalidade, a limitabilidade, a concorrência e a

³⁷ Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87.

³⁸ Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, v. 4, p. 7.

irrenunciabilidade³⁹ e também, segundo José Afonso da Silva⁴⁰, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

Os direitos fundamentais são direitos históricos, porque nascidos em certas circunstâncias e de modo gradual, “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁴¹. Decorrem de lutas em defesa de novas liberdades, contra velhos poderes. O elenco de direitos tidos como fundamentais passou por várias alterações no transcorrer do tempo e tende a continuar a se modificar conforme a mudança das condições históricas, isto é, conforme a mudança das necessidades e interesses dos homens, das classes no poder, das transformações técnicas etc. A propriedade, direito absoluto do século XVIII, sofre hoje uma série de limitações que atendem às necessidades do mundo atual e, no futuro, certamente outros direitos vão surgir. Isso prova, segundo Norberto Bobbio, que não existem direitos fundamentais por natureza e “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras circunstâncias”.⁴²

A história demonstra que os direitos fundamentais têm sua origem no cristianismo. O homem, por ser criado à imagem e semelhança de Deus, passou a ser valorizado e dotado de liberdade (liberdade interior, espiritual, e não política) e igualdade perante Deus.

O ápice dos direitos fundamentais, todavia, ocorreu nas declarações setecentistas de direitos, segundo as quais todos os homens, por serem livres por natureza e terem certos direitos inatos, não podem, ao

³⁹ Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 88.

⁴⁰ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 179.

⁴¹ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

⁴² *Ibidem*, p. 19.

ingressar no estado de sociedade, serem privados desses direitos (art. 1º da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776); o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem (art. 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, produzida pela Revolução Francesa); o único limite dos direitos naturais de cada homem é o gozo desses mesmos direitos por outros homens (art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

A idéia de direitos fundamentais era, nos séculos XVIII e XIX, inseparável do ideal de liberdade individual. Data dessa época o reconhecimento de direitos fundamentais como o à vida, à integridade física, à propriedade, às liberdades de pensamento, opinião, expressão, crença e locomoção.

São esses os direitos fundamentais de primeira geração (direitos de liberdade), também denominados direitos civis, ou individuais, e políticos. Representavam a idéia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais e tinham por fim justamente proteger o homem do arbítrio estatal. São as chamadas “liberdade públicas negativas” ou “direitos negativos”, pois ao Estado cabia um comportamento de abstenção, de mero guardião das liberdades individuais.

Todavia, embora todos os direitos devessem pertencer a todos os homens sem distinção, alguns eram negados, em razão de questões econômicas e sociais. Assim é que, no século XIX, passa a ser reivindicado, e obtido, principalmente pelos movimentos sindicais, o reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à educação, a garantia da dignidade do trabalho, a proteção contra o desemprego, o amparo à velhice etc.

O século XX assiste ao fenômeno da universalização da Constituição e dos direitos dos homens⁴³, que promove a harmonia entre os direitos de liberdade e os direitos econômicos, sociais e culturais, de modo que o objetivo deixa de ser a liberdade do homem contra o arbítrio estatal e passa a ser a satisfação das necessidades mínimas do ser humano à obtenção de uma existência digna. Tem-se nessa fase os direitos fundamentais de segunda geração que, ao contrário dos de primeira geração, exigem do Estado um *facere*, um agir voltado a diminuir os problemas sociais, daí serem chamados de “direitos positivos” ou “direitos de crença”.

Atualmente existem os direitos fundamentais de terceira geração, fundados em ideais de solidariedade e fraternidade. “Enfoca-se o ser humano relacional, em conjunção com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas”⁴⁴. Os direitos ao meio ambiente sadio, ao desenvolvimento sustentável, à paz no mundo e à informação integram os direitos fundamentais de terceira geração. Outrossim, já se fala em direitos fundamentais de quarta geração, relativos à bioética e à engenharia genética.

É oportuno destacar que embora a classificação em gerações auxilie a compreensão dos momentos históricos de aparecimento de direitos, não se trata de uma sucessão de categorias de direitos e tampouco significa que uma geração superou a outra. Na realidade, ao surgimento de novos direitos, eram incorporados os já existentes e adequados às novas necessidades do homem. “Os direitos vindos de certa época recebem o influxo

⁴³ Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, cit., p. 25.

⁴⁴ Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 94.

dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os anteriormente consagrados.”⁴⁵

Passando agora à característica da *universalidade* dos direitos fundamentais, eles se aplicam a toda a humanidade, indistintamente. A evolução histórica acima descrita evidencia que os direitos fundamentais foram concebidos para assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo totalmente inadmissível que se assegurem condições dignas a uns, em detrimento de outros.

Esse universalismo dos direitos fundamentais foi uma conquista lenta que, segundo Norberto Bobbio⁴⁶, divide-se em três fases, na história da formação das declarações de direitos. A primeira fase é formada por declarações que advêm de teorias filosóficas, segundo as quais todos os homens são livres e iguais. São declarações em que a liberdade e a igualdade dos homens não é um dado fático, mas sim um ideal a ser perseguido, posto tratar-se de meros enunciados e propostas para um futuro legislador. No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador – o que acontece com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e, posteriormente, a da Revolução Francesa – e postas na base de uma nova concepção de Estado, inicia-se a segunda fase. Nessa segunda fase, embora os direitos fundamentais ganhem com concretude (pois passam a ser direitos positivos), continuam perdendo em universalidade, pois valem apenas no âmbito dos Estados que os reconhecem. É com a Declaração Universal do Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que tem início a última fase, na qual a afirmação dos direitos fundamentais é, ao mesmo tempo, universal e positiva.

⁴⁵ Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, cit., p. 24.

⁴⁶ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, cit., p. 28-34.

É universal porque os destinatários dos direitos nela contidos não são os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens, indistintamente; e positiva, porque não mais se trata de mera declaração de direitos, mas do reconhecimento de direitos que devem ser protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

Cabe explicitar que a universalidade dos direitos fundamentais deve respeitar as diferenças políticas, culturais, sociais e jurídicas dos vários países e sobretudo a sua soberania, só havendo uma unanimidade internacional entre as nações que compartilhem os mesmos valores⁴⁷. É por causa das diferenças, principalmente culturais, que os mesmos textos jurídicos expressos em pactos sobre direitos humanos dão ensejo a interpretações completamente diferentes.

A universalidade dos direitos fundamentais está prevista na nossa Constituição Federal que, no *caput* do artigo 5º, dispõe que os direitos e garantias fundamentais destinam-se a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. E como os direitos fundamentais referem-se à dignidade da pessoa humana – que é um dos princípios fundamentais do nosso país, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal – a interpretação correta a ser dada ao *caput* do artigo 5º é a que estende os direitos fundamentais a toda e qualquer pessoa que se encontre em solo brasileiro, independentemente de sua situação estar ou não regularizada no país.

A *limitabilidade* significa que os direitos fundamentais não são absolutos, sendo que o limite ao exercício do direito fundamental de uma

⁴⁷ Luzia do Socorro Silva dos Santos, *Multiculturalidade ambiental à luz do sistema constitucional brasileiro: implicações na atividade judicial*, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2003, p. 49.

pessoa é o respeito ao direito fundamental de outra. São bem poucos, afirma Norberto Bobbio, os direitos fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também fundamentais⁴⁸, forçando que se faça uma opção. Havendo um conflito entre dois direitos fundamentais, não podem ambos ser considerados absolutos, isto é, inquestionáveis e irresistíveis, sendo necessário que se faça um estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos e psicológicos inerentes à realização de um e de outro direito.

Somente diante do caso prático e concreto em que se instaura o conflito de direitos fundamentais é que se podem determinar os limites de seu exercício. Por exemplo, diante do direito da sociedade de ser devidamente informada e o da pessoa de não ter sua vida privada devassada, deve-se analisar cada um dos direitos em jogo e tentar harmonizá-los, de modo que a restrição a ser feita seja a menor possível. Como método de harmonização e de resolução de conflitos de direitos fundamentais, deve-se lançar mão do princípio da proporcionalidade⁴⁹, questionar sobre a necessidade da medida em jogo, verificar a adequação entre o meio utilizado e o fim pretendido, e ponderar entre os valores envolvidos no problema.⁵⁰

A *concorrência* de direitos fundamentais significa que os mesmos podem ser acumulados num mesmo titular. Exemplo referido por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior é o de um jornalista, âncora de telejornal que, após transmitir a informação, faz uma crítica; exerce

⁴⁸ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, cit., p. 20.

⁴⁹ Nesse sentido: Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 380-382.

⁵⁰ Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79-82.

esse jornalista, a um só tempo, os direitos fundamentais de informação, de opinião e de comunicação.⁵¹

Os direitos fundamentais são *inalienáveis*, isto é, são indisponíveis, intransferíveis e inegociáveis – até porque a ordem constitucional os confere a todos, indistintamente.

A *irrenunciabilidade* significa que o indivíduo não pode renunciar aos direitos fundamentais, embora possa deixar de exercê-los; e o fato de não exercê-los, ainda que por um período extremamente longo, não conduz à perda do direito fundamental. Com isso chega-se a mais uma característica dos direitos fundamentais, que é a *imprescritibilidade*, posto que são sempre exercíveis e exigíveis.

5.2 Direito fundamental ao meio ambiente

Como já dito, os direitos fundamentais são uma categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões, inclusive resguardando o ser humano em sua preservação – que são os direitos fundamentais de terceira geração, relacionados à fraternidade e à solidariedade.

A Constituição Federal consagra expressamente o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado e o coloca na condição de essencial à vida humana digna. Logo, esse é um direito fundamental de preservação do homem, posto que indispensável à sua dignidade.

⁵¹ Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 90-91.

Os direitos atinentes ao meio ambiente têm estrutura bifronte, ora sujeitando-se ao regime das liberdades e garantias, ora ao regime dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁵²

Enquanto sujeitando-se ao regime das liberdades e garantias, os direitos inerentes ao meio ambiente são de defesa da pessoa perante o Estado e os poderes públicos e sociais em geral, consistente na pretensão de cada um de não ver molestado o meio em que vive. Possuem, sob esse aspecto, uma estrutura negativa que impõe uma abstenção, um *non facere*, com a finalidade de conservar e preservar o ambiente atual.

Como direito econômico, social e cultural, o meio ambiente é um direito a prestações positivas do Estado, a ações que visem criar um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Como direito fundamental que é, ninguém pode dispor da pretensão a um meio ambiente equilibrado e tampouco renunciar a esse direito, pois ele é universal, não podendo um indivíduo ou uma coletividade renunciar a um direito que não pertence a si só, mas a todos, indistintamente. Outrossim, o direito ao meio ambiente sadio é imprescritível, podendo ser reclamado a qualquer tempo, ainda que por muitos anos se tenha tolerado a sua degradação.

O direito ao meio ambiente, ao mesmo tempo que se constitui em um direito fundamental, é um *dever fundamental*⁵³, posto que estabelecido na Constituição Federal o dever de proteger e preservá-lo para as presentes e

⁵² Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, cit., p. 542.

⁵³ Segundo Jorge Miranda, são “situações jurídicas de necessidade ou de adstrição constitucionalmente estabelecidas, impostas às pessoas frente ao poder político, ou por decorrência de direitos ou interesses difusos” (*Manual de direito constitucional*, cit., p. 76).

futuras gerações, sob pena de sanções nas esferas administrativa, civil e criminal.

Por se tratar de um direito fundamental, Luzia do Socorro Silva dos Santos defende que as questões referentes ao meio ambiente devem se sujeitar à limitação material do poder reformador, prevista no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal⁵⁴. Diz a autora que o meio ambiente, como direito fundamental de terceira geração voltado à preservação da espécie humana, abriga sob seu manto não só direitos sociais, econômicos e culturais, como direitos individuais, num sistema integrado de proteção da pessoa, de modo que se inclui no preceito constitucional de que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantia individuais”.

As normas constitucionais que definem direitos e garantias fundamentais têm, conforme expressa previsão constitucional (art. 5º, § 1º), aplicabilidade imediata, o que se estende às disposições do artigo 225, salvo as que dependem de lei regulamentadora, as quais devem ser interpretadas como normas de eficácia contida.⁵⁵

⁵⁴ Luzia do Socorro Silva dos Santos, *Multiculturalidade ambiental à luz do sistema constitucional brasileiro: implicações na atividade judicial*, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003, p. 58.

⁵⁵ Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, *Poluição em face das cidades no direito ambiental brasileiro...*, cit., p. 14.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Diante da evolução da sociedade, notadamente do grande desenvolvimento industrial, a responsabilidade civil teve que evoluir para atender aos anseios de justiça, adaptando antigos conceitos às exigências da vida moderna. A nota essencial da responsabilidade civil é o dinamismo em adaptar-se e transformar-se na mesma marcha que evolui a sociedade e restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano⁵⁶. Assim foi que a responsabilidade civil, antes restrita à idéia de culpa, progrediu para a necessidade de *reparação de dano* e, sob esse título, visando uma melhor justiça distributiva, abarcou as obrigações de indenizar independente de culpa, de antecipar-se ao dano, de atuação diante do risco.

Para que o instituto da responsabilidade civil em matéria ambiental continue cumprindo a finalidade de realização de justiça e ordem social, é necessário que atenda às particularidades e características próprias do bem jurídico a ser tutelado, o meio ambiente.

Antes de mais nada, é necessário lembrar tratar-se de um bem que possui a peculiaridade de ser fundamental ao homem e essencial à sua sadia qualidade de vida; de ser um bem difuso, adéspota, imaterial e indivisível. Essas características do bem ambiental dificultam sobremaneira o regime da responsabilidade civil, que deve estruturar-se de forma diferenciada, para restabelecer o equilíbrio do ecossistema natural (meio ambiente natural) ou social (meio ambiente artificial, cultural e do trabalho).

⁵⁶ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1, p. 17.

Geralmente, é difícil identificar os sujeitos da relação jurídica obrigacional. Sendo o meio ambiente um bem de uso comum do povo, há a “vitimização coletiva”⁵⁷, com vítimas pulverizadas e por vezes totalmente anônimas. É igualmente árduo determinar o autor do dano, pois não raras vezes o dano é causado pela atuação de várias pessoas – sem que se possa determinar o quanto cada um realmente contribuiu para o resultado danoso – ou provém de uma atividade antiga – que se encerrou há algum tempo, mas cujos efeitos maléficos ao meio ambiente estejam se manifestando na atualidade.

Da dificuldade de se apontar a autoria do dano ambiental se extrai a complexidade de delimitação do nexo causal – pois, se não se sabe com exatidão quem causou o dano ou quanto determinada atividade contribuiu para o evento danoso, como se poderá imputar à atividade o resultado lesivo?

Também o dano é de complicada caracterização e reparação. Como o bem ambiental é difuso, é um bem de uso comum e essencial às presentes e futuras gerações, a determinação do dano deve levar em consideração não só os efeitos atuais, como também os que poderão se manifestar no futuro.

Diante dos problemas apontados, a responsabilidade civil em matéria ambiental deve ser estruturada de maneira singular, a fim de que possa efetivamente ser um instrumento útil ao homem, em sua árdua tarefa de manutenção do meio ambiente.

⁵⁷ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, Responsabilidade civil pelo dano ambiental, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 9, p. 12, jan./abr. 1998.

6.1 Base principiológica da responsabilidade civil ambiental

Os princípios são o alicerce do sistema normativo. São disposições que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, justamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema, no que lhe conferem a tônica e lhe dão sentido harmônico.⁵⁸

São os princípios que dão natureza de ciência a determinada matéria⁵⁹. O direito ambiental é um ramo autônomo do direito justamente porque possui um conjunto de princípios próprios que o distingue dos demais ramos e lhe confere identidade particular.

Dentre os inúmeros princípios que informam o direito ambiental, há alguns que se voltam especificamente à questão da responsabilidade civil ambiental. São eles os princípios da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador e da reparação integral.

A incidência desses princípios na matéria da responsabilidade civil por danos ambientais é que faz com que ela seja um instituto diferenciado, com regime próprio e mais abrangente, e não mera transposição da responsabilidade civil clássica do direito privado.

⁵⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545.

⁵⁹ Nelson Nery Júnior, *Princípios do processo civil na Constituição federal*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

6.1.1 Princípio da prevenção

A prevenção é obrigação constitucionalmente imposta a todos. Dispõe o artigo 225 caber ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Os incisos do parágrafo 1º desse artigo elencam atividades que devem ser praticadas pelo Poder Público para efetivar a proteção do bem ambiental. A preservação da qualidade ambiental também é o objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, conforme exposto no artigo 2º da Lei n. 6.938/81.

A prevenção visa afastar o dano. Diz respeito à previdência; agir antecipadamente. É o traço crucial do direito ambiental, mesmo porque, na maioria dos casos, a reparação do dano ambiental, se não é impossível, é extremamente dificultosa.

O princípio da prevenção (juntamente com o da precaução, conforme se verá a seguir) promove a ampliação da responsabilidade civil ambiental, fazendo com que ela extrapole os limites clássicos de uma disciplina meramente reparatória e assuma uma vertente preventiva. Em matéria ambiental, não se espera ocorrer o dano para só então imputar responsabilidade e o necessário dever de reparação ao agente. A atuação do direito ambiental é antecipatória. Constatado que a prática de determinada atividade poderá ocasionar dano ao meio ambiente, seu autor deve ser compelido a cessar a atividade, caso já a tenha iniciado, ou nem sequer iniciá-la.

A pretensão de conservação do equilíbrio ecológico é a *ultima ratio* do direito ambiental. Mesmo quando a Constituição Federal estabelece a imposição de sanções aos poluidores (art. 225, § 3º), seus

objetivos são precipuamente preventivos, porque se sabe que “no direito ambiental a coação *a posteriori* resulta particularmente ineficaz”⁶⁰, uma vez que de nada adianta se imporem severas penas ao poluidor e não se conseguir restaurar o bem ambiental lesado. O dano ambiental fere justamente o interesse público de conservação de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado⁶¹, e daí ser necessário a todo custo evitá-lo.

6.1.2 Princípio da precaução

Além do princípio da prevenção, de previsão constitucional, informa o direito ambiental um outro princípio, o da precaução, previsto no artigo 15 da declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no ano de 1992, na cidade do Rio de Janeiro – ECO-92:

“Artigo 15 - De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios e irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

Inicialmente, o princípio da precaução era tido como uma faceta do princípio da prevenção, ou um subprincípio, hoje, porém, ocupa o lugar de “postulado fundamental do direito ambiental”⁶², tendo finalidade mais nobre e abrangência ainda maior que aquele outro princípio.

⁶⁰ Ramón Martín Mateo, *Tratado de derecho ambiental*, cit., v. 1, p. 93.

⁶¹ José de Sousa Cunhal Sendim, *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural*, cit., p. 165.

⁶² Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental: parte geral*, cit., v. 1., p. 152.

A precaução diz respeito ao afastamento do risco, ao repúdio do perigo, diante da falta de certeza científica. Com a adoção desse princípio, a ignorância quanto às conseqüências que poderão ser causadas por certas atividades deixou de ser pretexto para a utilização de medidas preventivas.⁶³

Ao contrário do princípio da prevenção, que atua diante da certeza sobre a ocorrência do dano, o princípio da precaução (que tem caráter muito mais protetivo e antecipatório) atua diante da incerteza sobre a ocorrência do dano: quando as pesquisas científicas não conseguem assegurar com precisão quais serão as conseqüências advindas de uma determinada atividade, deve o Poder Público se antecipar e vedá-la até ser superada a incerteza. Enquanto a prevenção afasta o dano, a precaução afasta o risco. “O princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o que nós deveríamos duvidar.”⁶⁴

Nas palavras de Cristiane Derani:

“O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade (...).”⁶⁵

⁶³ Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, 4. ed., Paris: Dalloz, 2001, p. 145.

⁶⁴ Jean-Marc Lavieille, *Droit international de l'environnement*, Paris: Ellipses, 1998, apud Paulo Affonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 8. ed., 2000, p. 55.

⁶⁵ Cristiane Derani, *Direito ambiental econômico*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 167.

Álvaro Luiz Valery Mirra, após analisar a aplicação judicial do princípio da precaução, chegou, dentre outras, às seguintes conclusões:

“4.3 A consagração do princípio da precaução impôs, em definitivo, a adoção do enfoque da prudência e da vigilância na aplicação do direito ambiental às condutas e atividades efetiva ou potencialmente lesivas ao meio ambiente, em detrimento do enfoque da tolerância.

4.4 O princípio da precaução definiu para os juízes nos processos a necessidade de decidirem com base em probabilidades – na noção de probabilidade incluída a idéia de risco sério e fundado – para impedir, fazer cessar ou reparar degradações ambientais, abandonando-se o ideal de certeza na apuração da lesividade apontada.

4.5 O princípio da precaução acarretou a inversão do ônus da prova na caracterização da lesão ao meio ambiente, impondo ao degradador, diante de elementos confiáveis mas passíveis de contestação científica a respeito da degradação, a comprovação cabal de que sua atividade não é ou não será degradadora da qualidade ambiental.

4.6 E, por fim, a consagração do princípio da precaução estabeleceu verdadeira regra de julgamento na atividade judicial, no sentido da procedência da ação coletiva em defesa do meio ambiente, diante de elementos indiciários quanto à ocorrência efetiva ou potencial de degradações ambientais, amparados cientificamente e demonstrados, que não forem contrariados pelo degradador.”⁶⁶

Assim, o princípio da precaução inaugurou uma nova fase do direito ambiental⁶⁷: afastou os requisitos de “certeza” e “previsibilidade” – indispensáveis na responsabilidade civil clássica; tornou a responsabilidade civil um instituto preventivo – e não apenas reparatório; fixou presunção de ilicitude de atividades potencialmente degradadoras até prova em contrário⁶⁸, e inverteu em prejuízo do poluidor o ônus da prova.

⁶⁶ Álvaro Luiz Valery Mirra, *Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial*, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 21, p. 101-102, jan./mar. 2001.

⁶⁷ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*, cit., p. 18.

⁶⁸ *Ibidem*, mesma página.

Não se pode deixar de mencionar que o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal preconiza que é fundamento do nosso país a “dignidade da pessoa humana”. O meio ambiente, por sua vez, também por disposição constitucional, é essencial à sadia qualidade de vida. Ora, a vida saudável (entendendo-se como a que goza dos direitos sociais básicos previstos no artigo 6º da Constituição Federal – piso vital mínimo) é pré-requisito à dignidade da pessoa humana e então somente através da efetiva tutela ambiental (não apenas por meio do poder judiciário mas também por todas as outras vias possíveis), é que se propiciará a todos uma existência digna.

A necessidade de proteção do meio ambiente como forma de proporcionar que o ser humano tenha uma vida digna é mais um fundamento à prevenção da lesão ambiental, mesmo porque é certo que, uma vez ocorrido o dano, por mais que o homem se esforce, nunca conseguirá reconstituir com perfeição o ecossistema destruído e, destarte, mesmo havendo a reparação do dano, sempre restará uma parcela irreparável prejudicial ao equilíbrio do meio ambiente, que se volta à vida em todas as suas formas, principalmente a humana.

Em suma, deve-se preferir sempre a prevenção à reparação (a Constituição Federal classifica a prevenção como garantia individual – art. 5º, XXXV) e as legislações básicas que informam a jurisdição civil coletiva – Leis ns. 7.347/85 e 8.078/90 – fornecem instrumentos para a efetivação de tal tutela.

Paulo Affonso Leme Machado assim resume a questão:

“A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade. Por isso, é imperioso que se analisem oportunamente as modalidades de reparação do dano ecológico, pois muitas vezes não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto.”⁶⁹

6.1.3 Princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor-pagador é, ao mesmo tempo, um princípio de cunho corretivo, que visa a reparação do dano causado, e preventivo, de defesa do meio ambiente.

Em sua vertente eminentemente corretiva, o princípio do poluidor-pagador equivale à fórmula “quem suja, limpa”⁷⁰. Em poucas palavras, significa que o dano deve ser ressarcido pelo beneficiado pela atividade danosa, na proporção da sua contribuição. Sob esse aspecto, é previsto no artigo 225 da Constituição Federal:

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

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

⁶⁹ Paulo Affonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*, 8. ed., 2000, cit., p. 314.

⁷⁰ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*, cit., p. 18.

Também a Lei n. 6.938/81, em seus artigos 4º, inciso VII e 14, parágrafo 1º, impõe ao poluidor a obrigação de reparar o dano.

Mesmo quando determina a reparação do dano ambiental causado, o princípio do poluidor-pagador possui também natureza preventiva, porque, à medida que estabelece ao poluidor a obrigação de reparar o dano ambiental, exerce uma coação moral na coletividade, que sabe que, se danificar, terá que reparar.

Portanto, a finalidade principal do direito ambiental é a conservação da qualidade ambiental. Esta é atingida, em primeiro lugar, pela prevenção e precaução; em segundo lugar, quando da inobservância dessas é provocado o dano, mediante a sua reparação. O princípio do poluidor-pagador se insere na conservação do direito ambiental, visando, em primeiro plano, evitar o dano, porém, se este ocorrer, impondo regras severas para a sua reparação – até porque “de nada adiantariam ações preventivas, se eventuais responsáveis por possíveis danos não fossem compelidos a executar seus deveres ou responder por suas ações”.⁷¹

Por ter o bem ambiental natureza essencial à sadia qualidade de vida, sempre que se tratar de reparação do dano ambiental, a opção fundamental deve ser a restauração natural, através da qual se tem a cessação das atividades lesivas e a restauração, recomposição ou recuperação *in situ* dos bens ambientais lesados. Se não for possível a reparação natural, deve-se então proceder à compensação ecológica, primeiro através da substituição do bem ambiental lesado por outro funcionalmente equivalente; mas, se isso também não for possível, deve-se finalmente fixar sanção

⁷¹ José Rubens Morato Leite, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, cit., p. 55.

pecuniária. “A restauração natural do dano ecológico é imperativa, só devendo ser substituída por indemnização pecuniária quando se revelar impossível”.⁷²

A atuação desse princípio, todavia, vai muito além do “poluiu, pagou”. Em sua vertente eminentemente preventiva, o princípio do poluidor-pagador é orientado por regras da economia de mercado, tendo sido incorporado à política ambiental em 1972, pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), e possuindo o seguinte conteúdo:

“O princípio a ser usado para alocar custos das medidas de prevenção e controle da poluição, para encorajar (estimular) o uso racional dos recursos ambientais escassos e para evitar distorções do comércio internacional e investimentos é denominado de princípio do poluidor-pagador. Este princípio significa que o poluidor deve suportar os custos do implemento das medidas acima mencionadas, decididas pelas autoridades públicas para assegurar que o meio ambiente possa ficar num nível aceitável. Em outros termos, o custo dessas medidas deveriam refletir-se no preço dos bens e serviços, cuja produção e consumo são causadores da poluição. Tais medidas não deveriam ser acompanhadas de subsídios, porque criariam distorções significativas ao comércio e investimentos internacionais.”⁷³

O princípio do poluidor-pagador promove a internalização dos custos sociais das medidas de proteção ambiental, isto é, impõe ao poluidor os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização do dano ambiental. Portanto, o princípio do poluidor-pagador é ao mesmo tempo um princípio de compensação, de reparação dos danos causados⁷⁴, e um

⁷² José de Sousa Cunhal Sendim, *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural*, cit., p. 155.

⁷³ Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental: parte geral*, cit., v. 1, p. 140.

⁷⁴ José Rubens Morato Leite, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, cit., p. 57.

princípio de política econômica para a proteção do meio ambiente⁷⁵, que retira da sociedade os encargos com a poluição e os atribui ao verdadeiro responsável, o poluidor.

É como princípio de política econômica que o poluidor-pagador foi incluído na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no ano de 1992, na cidade do Rio de Janeiro – ECO-92:

“Princípio 16 - As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse público, sem desvirtuar o comércio e os investimentos internacionais.”

A idéia é a de que, ao se incluir no preço do produto os custos ambientais negativos, acabe sendo desestimulada a sua produção, passando a indústria a investir em tecnologias “limpas”; e, ao mesmo tempo, o consumidor acabe preferindo os produtos “limpos” aos ambientalmente degradantes.⁷⁶

Em atenção ao princípio do poluidor-pagador, a Constituição Federal, nos artigos 170, inciso VI⁷⁷, e 225, parágrafo 1º, inciso V⁷⁸, vinculou a atividade econômica à proteção e preservação do meio ambiente.

⁷⁵ Ramón Martín Mateo, *Tratado de derecho ambiental*, cit., v. 1, p. 94-95.

⁷⁶ Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental: parte geral*, cit., v. 1, p. 144.

⁷⁷ “Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente.”

⁷⁸ “Artigo 225 - (...) § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.”

6.1.4 Princípio do usuário-pagador

O princípio do usuário-pagador significa cobrar pelo uso do bem ambiental. Diz a Lei n. 6.938/81 que a política nacional do meio ambiente visará à imposição, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais, com fins econômicos (art. 4º, inc. VII).

A cobrança pelo uso do bem ambiental deve ser fixada tendo em vista, dentre outros elementos, a raridade do recurso ambiental, o uso poluidor e a necessidade de prevenir catástrofes.⁷⁹

Henri Smets assinala que:

“(...) em matéria de proteção do meio ambiente, o princípio usuário-pagador significa que o utilizador do recurso deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização do recurso e os custos advindos de sua própria utilização. Este princípio tem por objetivo fazer com que estes custos não sejam suportados nem pelos Poderes Públicos, nem por terceiros, mas pelo utilizador. De outro lado, o princípio não justifica a imposição de taxas que tenham por efeito aumentar o preço do recurso a ponto de ultrapassar seu custo real, após levarem-se em conta as externalidades e a raridade”.⁸⁰

O princípio do usuário-pagador começa finalmente a ganhar corpo e aceitação, destacando-se no campo dos recursos hídricos.⁸¹

Historicamente, a água tem sido mundialmente utilizada de forma irracional, pois sempre fora considerada um bem público ilimitado e

⁷⁹ Paulo Affonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 50.

⁸⁰ Henri Smets, *Le principe utilisateur-payeur la gestion durable des ressources naturelles*, apud Paulo Affonso Leme Machado, op. cit., p. 51.

⁸¹ A propósito, cabe consultar: Antônio Carlos de Mendes Thame (Coord.), *A cobrança pelo uso da água*, São Paulo: Instituto de Qualificação e Editoração, 2000.

de uso livre e desonerado. Desde o Código de Águas, de 1934, há a previsão da cobrança pelo uso da água, todavia só se vinha pagando pelo tratamento para abastecimento e coleta de esgoto, não se cobrando a água como um insumo econômico.

Em 1997, através da Lei n. 9.433, estabeleceu-se que a água é um recurso natural limitado e dotado de valor econômico, preconizando a cobrança pela utilização de águas de domínio da União, como um dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, de modo que cabe a cada um dos Estados a decisão a respeito da cobrança pelo uso da água de rios de seu domínio.

A cobrança pelo uso do bem ambiental é, ao mesmo tempo, uma medida preventiva e reparatória, isso porque, ao se cobrar pelo uso, incentiva-se a utilização racional do bem e o dinheiro arrecado é revertido para a reabilitação de áreas degradadas.

6.1.5 Princípio da reparação integral

A Constituição Federal, ao determinar, no artigo 225, parágrafo 3º, a reparação do dano ambiental causado, não impõe nenhum limite ou restrição. Logo, vige em nosso ordenamento jurídico o princípio da reparação integral do dano ambiental, pelo qual “são vedadas todas as formas e fórmulas, legais ou constitucionais, de exclusão, modificação ou limitação da reparação ambiental”.⁸²

⁸² Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, Responsabilidade civil pelo dano ambiental, cit., p. 19.

E não podia ser de modo diverso. Ora, o bem ambiental é um bem difuso, pertencente a toda a coletividade, e indispensável à sadia qualidade de vida, não sendo concebível que se possa admitir a reparação parcial do bem. A existência de uma vida digna é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III da CF), e isso somente é possível através de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Logo, se se possibilitassem negociações acerca da reparação do bem ambiental lesado, estar-se-ia violando princípio fundamental. Outrossim, conforme já explicitado, a sadia qualidade de vida é direito fundamental da pessoa humana e, como tal, é um direito *indisponível*, não se podendo, em nível judicial ou extrajudicial, perdoar total ou parcialmente a reparação do dano ambiental.⁸³

Por essas mesmas razões é que a reparação integral do bem jurídico ambiental lesado deve ser obtida prioritariamente através da reabilitação ou da restauração dos componentes ambientais, de modo a se atingir um estado funcionalmente equivalente ao anterior⁸⁴. Se não for possível a restauração, deve-se partir para a compensação ecológica, que consiste em substituir o patrimônio afetado por bens equivalentes – assim entendidos aqueles bens que possuam “a mesma capacidade auto-sustentada de prestação”⁸⁵. Apenas se impossível a restauração ou compensação ecológica é que se admite a indenização pecuniária, cujo valor é destinado ao fundo de reconstituição dos bens lesados.

⁸³ É por isso que, em sede de ação civil pública ou compromisso de ajustamento de conduta, o autor ou compromitente pode dispor sobre as condições de tempo, modo e lugar para a reparação do bem ambiental. Todavia, não pode deixar de exigir a reparação integral do bem.

⁸⁴ José de Sousa Cunhal Sendim, *Responsabilidade civil por danos ecológicos*: da reparação do dano através de restauração natural, cit., p. 183-187.

⁸⁵ Ibidem, p. 196.

6.2 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva surgiu diante da necessidade de resolver casos de danos que não seriam reparados pelo critério clássico da culpa⁸⁶. O fundamento da responsabilização deixa de ser a culpa, para ser o risco criado pela atividade.

A teoria objetiva se assenta nos princípios de justiça social e equidade, muito bem sintetizados no questionamento de Herman Benjamin:

“Pode uma minoria manter a maioria em permanente estado de sítio, em situação de dominação jurídica ou subordinação de fato, como refém, trazendo a comunidade completamente subjugada, obrigada a arcar com custos que não deu causa e que afetam profunda e irreversivelmente suas vidas?”⁸⁷

A responsabilidade objetiva atende aos mandamentos democráticos fundamentais: a igualdade – porque o risco desfaz a superioridade de condições das empresas poderosas perante a coletividade; a fraternidade – porque se funda na solidariedade humana; e a liberdade – porque é ao mesmo tempo proclamação da liberdade humana e garantia de sua estabilidade.⁸⁸

A responsabilidade civil em matéria ambiental prescinde da demonstração de culpa do agente, é objetiva ou por risco, o que significa dizer que envolve qualquer atividade que direta ou indiretamente afete o meio

⁸⁶ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, cit., p. 49.

⁸⁷ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*, cit., p. 40.

⁸⁸ José de Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 70.

ambiente, e tem como requisitos o dano, ou a ameaça de dano, a atividade, positiva ou omissiva, e o nexo causal a ligá-la ao resultado.

A responsabilização objetiva por atividade lesiva ao meio ambiente tem base constitucional no artigo 225, parágrafo 3º, que dispõe: “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.”

Embora a Constituição Federal não diga explicitamente que a responsabilidade civil do poluidor é objetiva, essa é a única conclusão a que se pode chegar, ao interpretar o texto constitucional.

Isso está bem evidente no próprio parágrafo 3º, onde o constituinte determina que toda e qualquer atividade lesiva ao meio ambiente sujeita seu autor à “obrigação de reparar os danos causados”, sem condicioná-la à apuração de culpa ou fixar qualquer causa excludente. A Constituição é direta: lesionou o meio ambiente, tem que reparar o dano. Se a responsabilidade do autor estivesse condicionada à culpa, estaria expresso no texto constitucional; se não há menção a nenhuma condicionante, é porque se trata de responsabilidade objetiva. Outrossim, o artigo 225, parágrafo 3º abarca o princípio do poluidor-pagador e este, por natureza, implica em responsabilização objetiva.

Com isso, foi recepcionado o artigo 14, parágrafo 1º da Lei n. 6.938/81, que expressamente declara a responsabilidade objetiva do autor do dano:

“§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.”

Convém destacar que o referido texto normativo trata do meio ambiente em sua dupla concepção, de macrobem e de microbem, e impõe ao poluidor a responsabilidade objetiva de reparar os prejuízos causados, tanto ao macro quanto ao microbem ambiental. Portanto, poderá o interessado, na defesa do meio ambiente em sua concepção micro, ajuizar ação civil reparatória fundada em responsabilidade objetiva, com base no artigo 14, parágrafo 1º da Lei n. 6.938/81, bastando provar “que a sua lesão pessoal foi oriunda de um ato de poluição, degradação ambiental ou risco provocado pelo demandado”.⁸⁹

Também o Código Civil, em seu artigo 927, parágrafo único, adota a teoria do risco: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Com esse dispositivo, o novo Código Civil estabeleceu a responsabilidade civil objetiva decorrente de ato lícito que gere risco.

⁸⁹ José Rubens Morato Leite, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatriomonal*, cit., p. 139.

6.2.1 Dano

Dano é a lesão a um bem jurídico.

Nos dizeres de Édis Milaré, “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico”.⁹⁰

Semelhante é o conceito de Marcelo Abelha Rodrigues, para quem dano ambiental é a “lesão ao equilíbrio ecológico decorrente de afetação adversa dos componentes ambientais”.⁹¹

Essas definições de dano ambiental fundam-se no conceito de poluição, porque toda poluição causada direta ou indiretamente pelo homem gera um dano ambiental.

A Lei n. 6.938/81 traz os conceitos de degradação ambiental e poluição e, portanto, do que se deve entender por dano ambiental:

“Artigo 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

II - degradação da qualidade ambiental: a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.”

⁹⁰ Édis Milaré, Ação civil pública por dano ao meio ambiente, in Édis Milaré (Coord.), *Ação civil pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 143.

⁹¹ Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental*: parte geral, cit., v. 1, p. 210.

Conforme destacado anteriormente, o conceito de poluição é de cunho estritamente antropocêntrico e tutela não só o meio ambiente natural como todo o ecossistema social.

Se a poluição foi causada, direta ou indiretamente, pelo homem, trata-se de dano ambiental. Todavia, se a poluição decorre exclusivamente de fato que não tenha nenhuma participação, mesmo que indireta, do homem (como, por exemplo, a poluição atmosférica causada pela erupção de um vulcão), não há dano ambiental.

A própria definição legal de poluição como sendo “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente (...)” permite defender a existência de poluição, quer a degradação decorra de ação humana, quer não, porque o termo *atividades* utilizado pela lei não se restringe a ação humana. Gramaticalmente, atividade significa qualquer tipo de ação, energia, força, abrangendo, por conseguinte, atividade humana, atividade nuclear, atividade solar, atividade óptica, dentre outras.⁹²

Ainda da referida definição legal de poluição, se conclui que não é toda e qualquer degradação ambiental que constitui poluição, mas apenas a degradação da *qualidade ambiental*, isto é, a degradação que afeta o equilíbrio ecológico natural ou social.

⁹² Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

Em síntese, toda degradação da qualidade ambiental constitui poluição, mas a poluição somente constitui dano ambiental se causada pelo homem.⁹³

Não é por acaso que José Rubens Morato Leite conceitua dano ambiental “(...) como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem”.⁹⁴

Aproveitando esse conceito, devem ser feitos alguns esclarecimentos, antes de se prosseguir:

Primeiro: o fato de se afirmar que dano ambiental é a poluição causada pelo homem não significa que a degradação provocada pela pessoa jurídica, de direito público ou privado, não constitua dano ambiental e não seja civilmente punível, pois toda atividade de uma pessoa jurídica provém, na realidade, de uma ação humana.

Segundo: não obstante o dano ambiental possa ser causado direta (como macrobem de interesse da coletividade) ou indiretamente (quando a lesão a um microbem reflete no macrobem meio ambiente), como o objeto deste trabalho é a legitimidade passiva na ação civil pública ambiental

⁹³ Vale destacar que, para Marcelo Abella Rodrigues, somente há poluição se a degradação ambiental foi causada pelo homem. Se não houve nenhuma participação humana, direta ou indireta, não há que se falar em poluição. Daí ele afirmar que “toda poluição gera um dano ambiental”, porque para ele poluição é decorrente da atividade humana. Se não há atividade humana, trata-se de mera degradação ambiental (*Instituições de direito ambiental: parte geral*, cit., v. 1, p. 206-210).

⁹⁴ José Rubens Morato Leite, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, cit., p. 104-105.

e, portanto, a lesão ao meio ambiente em sua concepção de macrobem, é apenas sob esse aspecto que será abordado o tema.⁹⁵

Terceiro: o bem ambiental, na concepção de macrobem (bem fundamental, difuso, unitário, indivisível e adéspota), é o que interfere no equilíbrio ecológico, seja natural, seja social. Logo, não é qualquer dano ambiental que interessa para fins deste trabalho, mas apenas o dano ao macrobem ambiental, o que interfira no equilíbrio do sistema, o que afete a “qualidade ambiental”. A própria Lei n. 6.938/81, ao definir poluição, diz ser a degradação dessa “qualidade ambiental”.

Na seara do direito ambiental, em virtude dos princípios que o delineiam e da natureza jurídica de seu objeto, cumpre seja feita uma releitura do que constitui *dano*.

Quando se fala de dano ambiental, não se está referindo à lesão de um objeto qualquer, que possa sem maiores dificuldades ser reparado. O dano ambiental implica em lesão ao bem mais precioso existente: a vida humana. O que está em jogo é a qualidade da vida humana no presente e no futuro e a própria continuidade de sua existência.

O bem ambiental é direito fundamental de garantia da dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange à preservação da vida. Logo, diante de sua natureza jurídica e dos princípios da prevenção e da precaução, que por força constitucional informam a matéria, é forçoso

⁹⁵ Marcelo Abelha Rodrigues considera como dano ambiental apenas o dano ao meio ambiente como bem jurídico autônomo: “Os danos pessoais, particulares, sofridos pelo mesmo fato que degradou o meio ambiente, ou que foram consequência da agressão do meio ambiente, são ontológica e teleologicamente diversos daqueles sofridos pelo meio ambiente” (Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental*: parte geral, cit., v. 1, p. 211).

concluir que o conceito de dano ao meio ambiente não pode se restringir à efetiva lesão do bem ambiental, devendo antecipar-se a este.

Dano ambiental não é apenas a degradação da qualidade ambiental, mas a ameaça de degradação. Qualquer risco sério e fundado de degradação constitui dano ambiental e como tal deve ser evitado.

A natureza jurídica do bem ambiental exige que, em matéria de responsabilidade civil ambiental, haja um alargamento do conceito de dano; que o Estado aja antecipando-se não só ao resultado danoso, mas à própria prática da atividade potencialmente danosa. Isso faz com que o instituto da responsabilidade civil ambiental tenha, além do caráter reparatório, uma vertente eminentemente preventiva – que é a principal característica que o diferencia da responsabilidade civil clássica.

Pode-se assim afirmar que haverá dano ambiental sempre que, através de atividade praticada por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ocorrer uma lesão ambiental ou houver risco de sua ocorrência.

Além da natureza jurídica do bem ambiental, outro fator que faz com que se aja preventivamente com o intuito de evitar o dano ambiental é a dificuldade, e não raras vezes a impossibilidade, de ser reparado esse dano, reconstituindo o ambiente ao seu estado anterior.

Quando se fala em reparação do dano ambiental, cumpre sempre buscar a reparação específica e não a monetária, pois esta somente

tem lugar quando for absolutamente impossível a restauração natural ou a substituição do bem lesado.

Ainda pode ocorrer que o dano ambiental gere efeitos extrapatrimoniais (morais), os quais também são indenizáveis, posto que, com o advento da Constituição Federal de 1988, encerrou-se a celeuma sobre a reparabilidade do dano extrapatrimonial.

Assim dispõe o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal:

“Artigo 5º - (...)

(...)

V - É assegurado a todos o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem.

(...)

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Portanto, é uma garantia constitucional a reparação dos danos, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, no caso de ofensa a direito da personalidade. O meio ambiente, por sua vez, é um direito fundamental relacionado à personalidade, pois a existência de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é essencial à dignidade da pessoa humana e condição indispensável ao desenvolvimento da personalidade.

A propósito, com muita propriedade, aborda o tema João Menezes Leitão:

“Com efeito, parece evidente que o direito ao ambiente saudável é pressuposto necessário para o desenvolvimento da personalidade: o homem carece, para a sua própria sobrevivência e para o seu desenvolvimento de equilíbrio com a natureza, pelo que os componentes ambientais são inseparáveis da sua personalidade. Como tal, o ambiente natural deve ser equiparado às outras situações em que se protegem interesses conexos com o desenvolvimento da personalidade.”⁹⁶

Se não bastasse a possibilidade da reparação do dano ambiental patrimonial ou extrapatrimonial, face à previsão constitucional, há ainda a disposição expressa do artigo 1º da Lei n. 7.347/85 (alterada pela Lei n. 8.884/94), de que “regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; (...) IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Outrossim, o Código Civil prevê expressamente a reparação por dano moral (art. 186).

Não é qualquer dano ambiental que pode ser caracterizado como dano extrapatrimonial ambiental, mas apenas o dano significativo, isto é, aquele que ultrapassa o limite de tolerabilidade⁹⁷ e abala a coletividade. Ocorre o dano moral ambiental “sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo”.⁹⁸

Como o dano moral ambiental é um dano difuso, o valor fixado para sua reparação deve destinar-se ao fundo de que trata o artigo 13 da Lei n. 7.347/85.

⁹⁶ João Menezes Leitão, Instrumentos de direito privado para proteção do ambiente, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, Almedina, v. 7, p. 58, 1997.

⁹⁷ José Rubens Morato Leite, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, cit., p. 298.

⁹⁸ Luís Henrique Paccagnella, Dano moral ambiental, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 4, n. 13, p. 47, jan./mar. 1999.

6.2.2 Nexa causal

Para a responsabilização do poluidor, o autor deve provar a ocorrência do dano ou sua potencial ocorrência, a atividade poluente e o nexa causal entre o dano (efetivo ou potencial) e a atividade, prescindindo-se da comprovação da culpa do poluidor, uma vez que vige a responsabilidade objetiva proveniente da teoria do risco integral.

O dano foi tratado no item anterior. Sobre o nexa causal, Andreas Von Tuhr e Hans Peter lecionam que basta que se demonstre que a ação ou omissão foi potencialmente causadora do dano, não se exigindo, por óbvio, que o ato (comissivo ou omissivo) tenha sido a causa exclusiva⁹⁹, eis que nosso direito positivo não diferencia entre causa principal e secundária. Não interessa o quanto determinada pessoa contribuiu para a ocorrência do dano ambiental e tampouco ter concorrido com outros poluidores, porque basta que se comprove o dano e que a atividade desenvolvida por aquele agente é potencialmente degradante, para sua implicação na malha da responsabilidade.¹⁰⁰

A propósito, vale lembrar que, segundo a Lei n. 6.938/81, poluidor é quem é *direta* ou *indiretamente* responsável por atividade que causa degradação ambiental. A própria lei expressamente reputa como causa poluidora qualquer atividade degradante, não importando sua intensidade ou a concorrência com outras atividades. Para Antonio Hermann Benjamin, “a exclusividade, a linealidade, a proximidade temporal ou física, o concerto prévio, a unicidade de condutas e resultados, nada disso é pressuposto para o

⁹⁹ Andreas Von Tuhr; Hans Peter, *Allgemeiner teil des schweizerischen obligationenrechts*, 3. ed., Zurich, 1979, v. 1, p. 88-90, apud Rosa Maria Andrade Nery, *Indenização do dano ambiental: responsabilidade civil e ação civil pública*, Dissertação (Mestrado em Direito Das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1993, p. 24.

¹⁰⁰ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*, cit., p. 46.

reconhecimento do nexo causal no sistema especial da danosidade contra o meio ambiente”.¹⁰¹

É certo, assim, que o desempenho anterior de uma atividade poluidora não confere o direito adquirido de continuar a poluir, ainda que diversos os poluidores (pretérito e atual). O réu não se exime de sua responsabilidade civil ambiental, sob a alegação de se tratar de dano antigo, de área já degradada, pois se a atividade por ele desempenhada também for uma atividade poluente, irá responder pelo todo, pouco importando que a degradação por ele causada seja pequena, se comparada com a degradação que já existia no local.

Além de subsistir o dever de indenizar, ainda quando haja concausa não atribuível exclusiva ou diretamente ao agente, persiste a obrigação indenizatória, mesmo quando lícita a sua atividade e desempenhada conforme os requisitos fixados na licença, isso porque “não se trata de analisar a violação de uma norma preestabelecida, mas de verificar se houve dano causado pelo risco dessa atividade”¹⁰². Dessa forma, mesmo se desempenhada conforme os padrões ambientais ditados pelo poder estatal, se causar, efetiva ou potencialmente, lesão ambiental, pesa sobre o poluidor o dever de reparar o dano. Conforme Nelson Nery Junior:

“Ainda que haja autorização da autoridade competente, ainda que a emissão esteja dentro dos padrões estabelecidos pelas normas de segurança, ainda que a indústria tenha tomado todos os cuidados para evitar o dano, se ele ocorreu em virtude da atividade do poluidor há o nexo causal que faz nascer o dever de indenizar.”¹⁰³

¹⁰¹ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, Responsabilidade civil pelo dano ambiental, cit., p. 45.

¹⁰² Maria Isabel de Matos Rocha, Reparação de danos ambientais, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, n. 19, p. 145, jul./set. 2000.

¹⁰³ Nelson Nery Junior, Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública, *Revista Justitia*, São Paulo, v. 46, n. 126, p. 171, jul./set. 1984.

Complementando, argumenta Karl Larenz:

“O fundamento desse dever de indenizar não reside, nesses casos, nem na responsabilidade por um ato contrário a um direito próprio ou alheio, já que a atividade está conforme o direito porque permitida, nem na imputação de um determinado risco de coisa ou de empresa, mas na exigência de uma justiça comutativa de que aquele que tem defendido seu interesse em detrimento do direito alheio, conquanto de maneira autorizada, tem de indenizar o prejudicado que teve de suportar a perturbação de seu direito.”¹⁰⁴

Sobre a irrelevância da licitude da conduta do poluidor, destaca-se o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Ação civil pública – Dano ambiental – Área de mangue aterrada para fins de loteamento – Aprovação pela Prefeitura – Irrelevância – Direito adquirido inexistente – Responsabilidade objetiva – Auto de infração, multa e interdição da área – Reiteração de conduta ilícita – Prejuízo ecológico irrecuperável – Denúnciação da lide à Prefeitura e loteadora anterior – Descabimento diante da responsabilidade objetiva – Direito de regresso, porém, assegurado – *Quantum* condenatório para Fundo de Recuperação de Bem Lesado (art. 13, Lei n. 7.347/85) – Apuração em liquidação de sentença – Provimento parcial de recurso. O mangue constitui-se numa reserva natural de árvores e arbustos, abrigando variadas espécies de aves e animais. Como fonte de alimento goza de proteção legal. Ao poluidor responsável pelo fato lesivo ao meio ambiente descabe invocar a licitude da atividade ensejada pela autorização. A responsabilidade da defesa ambiental é objetiva. Bastante é a prova do nexo causal entre a ação do poluidor e o dano, para que nasça o dever de indenizar.” (TJSC – 4ª Câm., Rel. Des. Alcides Aguiar, v.u.).¹⁰⁵

Igualmente, como a responsabilidade em matéria ambiental é objetiva, proveniente da adoção da teoria do risco integral,

¹⁰⁴ Karl Larenz, *Lehrbuch des schuldrechts*, v. 2, Besonderer Teil, 12. ed., München, 1981, par. 78, p. 736, apud Rosa Maria Andrade Nery, *Indenização do dano ambiental: responsabilidade civil e ação civil pública*, cit., p. 29-30.

¹⁰⁵ Mário César Bucci, *Parcelamento do solo. Loteamento*, Campinas: Jurídica Mizuno, 1998, p. 448.

segundo Rosa Maria Andrade Nery¹⁰⁶, a defesa do poluidor é limitada à negação da atividade e à alegação de inexistência do dano. Nem o caso fortuito nem a força maior afastam o dever de indenizar, uma vez que se está diante da teoria do risco integral, que impõe ao poluidor o dever de indenizar decorrente do fato de existir a atividade da qual adveio o prejuízo.

Apesar de não se exigir a prova da intenção anímica do poluidor e haver a “atenuação do relevo do nexo causal”, a comprovação da ligação entre a causa – a atividade poluente – e o efeito – o dano ambiental – é sempre difícil, daí ser necessário lançar mão de mecanismos facilitadores. Dentre eles, temos as presunções de causalidade e a inversão do ônus da prova.

6.2.2.1 Presunções de causalidade

As presunções e a inversão do ônus da prova relacionam-se com o princípio da inafastabilidade da jurisdição na medida que têm por finalidade justamente permitir o exercício da jurisdição, afastando o *non liquet*. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também chamado princípio da proteção judiciária, constitui, segundo José Afonso da Silva, a principal garantia dos direitos subjetivos¹⁰⁷. Ao mesmo tempo, revela caber ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional, garante o acesso ao jurisdicionado, diante de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou não, garante o direito de defesa em juízo e indica a impossibilidade desse mesmo Poder Judiciário recusar-se a prestar a tutela jurisdicional.

¹⁰⁶ Rosa Maria Andrade Nery, *Indenização do dano ambiental: responsabilidade civil e ação civil pública*, cit., p. 22-24.

¹⁰⁷ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 410.

A presunção é uma forma de raciocínio em que, de um fato provado, conclui-se pela existência de um outro fato, que é o juridicamente relevante. É um “salto mental” entre a prova do indício e a convicção do fato principal.¹⁰⁸

Quando a presunção decorre de lei, é chamada presunção legal. As leis instituem presunção quando pretendem favorecer uma parte, facilitando o seu trabalho probatório. Dessa forma, instituída uma presunção legal em favor de uma parte, cabe a ela simplesmente comprovar um fato indiciário para que se tenha como provado o fato principal.

As presunções legais podem ser relativas ou absolutas. Presunção legal absoluta é a que não admite prova em contrário. Provado pela parte o fato indiciário, tem-se por lei como comprovada a ocorrência do fato principal, sem que a outra parte possa produzir prova em sentido contrário. “O juiz não pode convencer-se em sentido contrário a uma presunção legal absoluta”¹⁰⁹. Já a presunção relativa é a que admite prova em sentido contrário a qual, se produzida, afasta a presunção legal, isto é, afasta a convicção acerca da ocorrência do fato principal.

Quando a parte não consegue produzir provas acerca do fato principal, fazendo-o tão-somente em relação a fatos circunstanciais ou indiciários, e não há nenhuma presunção legal estabelecida a respeito, o juiz, diante do princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição, não pode eximir-se de julgar, devendo lançar mão das “máximas de experiência”. Trata-se das presunções judiciais. Diante do fato indiciário, o juiz desenvolve

¹⁰⁸ Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2, p. 208.

¹⁰⁹ *Ibidem*, mesma página.

um processo de raciocínio lógico baseado em regras de experiência comum – extraídas da observação do que ordinariamente acontece em determinado grupo social – ou baseado em regras de experiência técnica – resultantes da aplicação ou atuação das leis da natureza – e assim chega a uma convicção a respeito do fato principal do processo.

As presunções judiciais, também chamadas de presunções humanas, não são criadas no processo. Formam-se extraprocessualmente, através do conhecimento e observação do julgador do mundo, da cultura, das manifestações da natureza, das manifestações sociais etc. Por isso, as presunções resultantes da experiência são sempre relativas.

A legislação alemã sobre responsabilidade civil concernente a atividades perigosas (BGBI 1990 I, S. 2.634) estabelece presunção legal do liame de causalidade, ao dispor, no artigo 6º, parágrafo 1º, que “se uma instalação é apta a causar o dano surgido nas circunstâncias de um caso concreto, há presunção de que o dano é causado pela instalação”.

Para facilitar a superação dos obstáculos a respeito da prova do nexo causal, Antônio Herman Benjamin propõe o estabelecimento de presunções legais de causalidade, no caso de desempenho de atividades perigosas, a exemplo do que ocorre na Alemanha¹¹⁰. Criar-se-iam presunções legais em prejuízo do poluidor ou em favor do lesado, partindo-se da idéia de que a própria atividade de risco faz com que haja essa presunção. Estabelecida a presunção legal, “bastaria ao lesado a comprovação do seu dano e do tipo de atividade do suposto lesante, para que coubesse a este o

¹¹⁰ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, Responsabilidade civil pelo dano ambiental, cit., p. 46.

encargo de demonstrar que não se confirma a presunção de que o dano tal credita-se à atividade tal”.¹¹¹

Tendo em vista o dever constitucional de prevenção do dano ambiental e, ainda, o princípio da precaução, já vige em nosso sistema a presunção judicial, ou humana, de causalidade, nos casos de atividades de risco em que haja incerteza científica sobre a possibilidade de ocorrer dano.

“(…) é regra de direito material, vinculada ao princípio da precaução, que determina que em toda ação de responsabilidade civil ambiental onde a existência do dano esteja vinculada a uma incerteza científica (hipossuficiência científica), de antemão se sabe que o ônus de provar que os danos advindos ao meio ambiente pesam sobre o empreendedor, independentemente da posição jurídica, ativa ou passiva, que ocupe na demanda.”¹¹²

Antônio Herman Benjamin conclui que como há um dever genérico e abstrato de não-degradação, inclusive no âmbito constitucional, inverte-se no campo das atividades potencialmente degradadoras ao meio ambiente (e não apenas nas hipóteses de incerteza científica) o regime jurídico da ilicitude, de modo que se presume a ilicitude, até prova em contrário.¹¹³

De fato, a natureza jurídica do bem ambiental, sua relevância e indispensabilidade à vida humana, e o posicionamento constitucional sobre a matéria conduzem à necessidade de que, diante de atividades potencialmente degradantes – mesmo aquelas em que não se cogite

¹¹¹ Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental: parte geral*, cit., v. 1, p. 239.

¹¹² *Ibidem*, p. 236.

¹¹³ Antônio Herman V. Benjamin, *Objetivos do direito ambiental*, in CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 5., 2001, São Paulo, *Anais...*: o futuro do controle da poluição e da implementação ambiental, organizado por Antônio Herman V. e Benjamin; José Carlos Meloni Sicoli, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001, p. 72.

de incerteza científica – seja presumido o seu risco de dano, até prova em contrário. E, mais ainda, que essa presunção vigore não apenas na área processual como extraprocessual – na seara administrativa, por exemplo – eis ser proveniente de regra principiológica de direito material. Marcelo Abelha Rodrigues, após informar que o princípio da precaução estabeleceu presunção judicial de causalidade nas hipóteses de incerteza científica, ressalva que “a tendência é que a precaução não sirva apenas para as incertezas científicas, colocando-se como postulado base, fundamental, que orienta toda política ambiental”.¹¹⁴

Dessa forma, em uma ação de responsabilidade civil ambiental, provado pelo autor o dano ambiental e a atividade desenvolvida pelo réu – uma atividade de risco – se o réu não conseguir provar que sua atividade não provocou aquele dano, deve o juiz presumir que a atividade do autor é que deu causa ao dano e condená-lo à reparação. Com a aplicação da presunção, é retirado do autor o difícil encargo de provar o nexo causal entre o dano e a atividade.

6.2.2.2 Inversão do ônus da prova

A despeito de estar prevista na Lei n. n. 8.078/90 como direito básico do consumidor, por tratar-se de medida de natureza processual, a inversão do ônus da prova estende-se a todos os tipos de ação civil pública, inclusive à ambiental, devendo o juiz, subsistindo dúvidas no momento do julgamento, inverter o ônus da prova, em favor do legitimado *ad causam* que atua na defesa do meio ambiente, sempre que verossímil sua alegação ou

¹¹⁴ Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental: parte geral*, cit., v. 1, p. 236.

comprovada a hipossuficiência – seja do legitimado ou da própria coletividade que suportará os danos ambientais.

Como comentado acima, a inafastabilidade da jurisdição e o acesso à justiça estão intimamente ligados com o tema inversão do ônus da prova e presunção legal.

a) Inafastabilidade da jurisdição e acesso à justiça: a prova e o ônus de sua distribuição são questões diretamente ligadas à garantia exposta no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, tanto no que diz respeito ao poder-dever de o Estado exercer a atividade jurisdicional, quanto ao direito de acesso do jurisdicionado a essa atividade e seu direito de defender-se em juízo.

No primeiro aspecto, a prova viabiliza o exercício da função jurisdicional pelo juiz, à medida que lhe permite a formação de um juízo de valor acerca das afirmações levadas aos autos sobre os fatos relevantes e controvertidos. Pode ocorrer que, não obstante a atividade probatória desempenhada, ainda restem dúvidas ao juiz, o qual, todavia, não pode se eximir da função de julgar sob a alegação de não-convencimento (é o art. 5º, XXXV, CF, também vedação ao *non liquet*), hipótese em que, com base nas regras de experiência e de distribuição do ônus da prova, afastará a controvérsia e proferirá sentença de mérito.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico conclui que, por viabilizar a prolação de decisão mesmo nas hipóteses em que o juiz não tenha atingido a necessária convicção, a regra de julgamento fundada no ônus da prova é um importante instrumento para que a jurisdição cumpra a sua missão

de declarar o direito no caso concreto e eliminar os conflitos intersubjetivos existentes na vida em sociedade.¹¹⁵

Quanto ao aspecto de acesso à justiça, a prova e as regras de inversão do ônus são meios de efetivação do direito de recorrer ao Poder Judiciário e de defender-se em juízo, pois possibilitam às partes a demonstração de seus direitos lesados ou ameaçados e garantem tratamento isonômico.

Já o tratamento paritário das partes (garantia constitucional prevista no art. 5º, *caput* e inc. I) se constitui em um dos principais aspectos do acesso efetivo à justiça.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

“A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’ – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.”¹¹⁶

A igualdade das partes, no que diz respeito à prova, é reflexo da igualação ordenada pela Constituição Federal, seja no texto que expressamente dispõe sobre o assunto, seja no que garante o acesso à justiça. Assim, a previsão de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, contida no artigo 6º, inciso VIII da Lei n. 8.078/90, é medida que tem por fim

¹¹⁵ Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil*, Dissertação (Mestrado) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998, sob a orientação do Professor José Rogério Cruz e Tucci.

¹¹⁶ Mauro Cappelletti; Bryant Garth, *Acesso à justiça*, Tradução Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 15.

pôr termo à igualdade abstrata, fazendo-a efetiva e real no processo¹¹⁷. Identicamente, força a diminuição das desigualdades entre as partes em processos outros que não de natureza consumerista, como, por exemplo, em ações civis públicas ambientais – objeto deste item.

b) Prova: O vocábulo prova origina-se do latim *probatio* e significa comprovação, demonstração da verdade de um fato.

Juridicamente, conforme Moacyr Amaral Santos, o termo prova pode ser considerado sob três acepções: a ação de provar, de fazer prova; o meio de prova considerado em si mesmo (documental, testemunhal, pericial etc); e o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade.¹¹⁸

Prova, segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, é meio processual ou material considerado idôneo pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico.¹¹⁹

Semelhante é a definição dada por Vicente Greco Filho, para quem prova “é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”¹²⁰. Em complementação, diz o processualista que “no processo, a prova é todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”.¹²¹

¹¹⁷ Sobre o assunto, ver: Mauro Pinto Marques, Ônus da prova: um enfoque diferente, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22, p. 150-153, abr./jun. 1997.

¹¹⁸ Moacyr Amaral dos Santos, *Prova judiciária no cível e comercial: parte geral*, 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1970, v. 1, p. 11.

¹¹⁹ Nelson Nery Junior; Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, comentários ao artigo 332, p. 692.

¹²⁰ Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, cit., v. 2, p. 193.

¹²¹ *Ibidem*, mesma página.

Daí já se pode concluir que a prova destina-se não à comprovação de fatos, pois estes existem ou não, mas à comprovação das afirmações relativas aos fatos, dêz que controvertidos, e tem como destinatário final, no processo, o juiz.

A prova, conforme magistério de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, é regida pelos princípios constitucionais da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), da proibição da prova ilícita (art. 5º, inc. LVI) e da proporcionalidade¹²². Não há dúvida também que a prova é decorrência do direito de ação previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, pois ação não é só a possibilidade de instaurar o processo, mas também todas as faculdades que possam propiciar a correta e eficaz prestação jurisdicional.

Ao garantir, o legislador constituinte, o acesso à jurisdição, pode-se inferir estarem também garantidos todos os meios de prova, e não apenas os descritos no Código de Processo Civil, cujo rol, todos sabemos, é meramente exemplificativo.

A única exceção à regra de possibilidade de produção de todos os meios de prova vem prevista no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, que diz serem inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. O rigor de tal exceção, todavia, vem sendo abrandado pela doutrina e jurisprudência, que se fundamentam no princípio da proporcionalidade.

c) Ônus da prova: ônus não se confunde com obrigação. Seguindo a teoria de Carnelutti, podem-se apontar quatro importantes distinções: 1. O ônus relaciona-se com faculdade, uma vez que está

¹²² Nelson Nery Júnior; Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 612.

compreendido na esfera de liberdade do indivíduo. Este pode ou não agir de acordo com o comando legal, mas sabe que, se não o fizer, não alcançará o interesse almejado. Já na obrigação, não há liberdade de ação. 2. O cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado, enquanto o cumprimento de uma obrigação interessa àquele e também à parte contrária. 3. No ônus, o ato é necessário – seu cumprimento visa alcançar um objetivo relacionado a um interesse próprio; na obrigação, o ato é devido – seu cumprimento é imposto pelo direito objetivo para a proteção de um interesse alheio. 4. Por fim, o não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto que o descumprimento de uma obrigação é ilícita e sancionada.¹²³

Portanto, pode-se dizer que determinado preceito legal constitui ônus quando o sujeito encontra-se livre para cumpri-lo ou não, muito embora saiba que o descumprimento poderá ser-lhe desfavorável. Já um preceito constitui obrigação quando o titular do direito subjetivo pode exigir o seu cumprimento pela parte contrária, sob pena de aplicação de sanção jurídica – não há liberdade de agir.

Em apertada síntese, o ônus da prova incumbe a quem alega. Assim, nos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e, ao réu, do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Baseia-se a lei nas doutrinas formuladas com base na posição das partes, conjugada à natureza dos fatos que fundamentam suas pretensões.

¹²³ Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova: Cedam, 1936, v. 2, p. 317.

Leo Rosenberg, todavia, baseado em critérios de conveniência e de justiça, defende que a distribuição do ônus da prova não se deve ater à posição da parte no processo, de modo que aquele que pretender se beneficiar da aplicação da norma jurídica, independentemente de sua posição jurídico-processual, deve comprovar as circunstâncias que constituem os pressupostos para a aplicação de tal norma. Ainda segundo a teoria de Rosenberg, o ônus da prova tem duplo aspecto – subjetivo e objetivo.¹²⁴

O ônus subjetivo da prova relaciona-se com a necessidade da parte produzir provas em seu favor, sob pena de, não o fazendo, ter julgado improcedente seu pedido. Lembra Barbosa Moreira que “o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante, a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável”.¹²⁵

O ônus objetivo, também chamado de ônus da certeza, liga-se à própria atividade jurisdicional e tem por fim afastar o *non liquet*. O ônus da prova, sob o aspecto objetivo, viabiliza que o juiz, mesmo sem ter atingido suficiente convicção sobre os fatos relevantes e controvertidos do processo, profira decisão de mérito.

Conforme explicitado por Cecília Matos, “cabe suportar o ônus objetivo aquela parte que tinha o ônus subjetivo de produzir a prova, isto

¹²⁴ Leo Rosenberg, *La carga de la prueba (Die Beweislast)*, Tradução para o espanhol de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: Europa América, 1956, p. 91

¹²⁵ José Carlos Barbosa Moreira, Julgamento e ônus da prova, in *Temas de Direito Processual*, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74.

é, aquela que, não conseguindo afastar a incerteza do espírito do julgador, não vê aplicado o preceito abstrato ao caso concreto”.¹²⁶

Por mais que a parte se esforce, nem sempre consegue produzir todas as provas necessárias para a cabal comprovação dos fatos e, mesmo o juiz lançando mão de seus poderes instrutórios, não raras vezes ainda lhe restam incertezas ao término da instrução. É nessa situação que têm espaço as regras de distribuição do ônus da prova que, conforme evidencia-se, significam regra de julgamento.

Face à natureza pública do processo, é forçoso concluir que a regra de julgamento fundada no ônus da prova tem guarida independente da natureza do direito material discutido no processo, sendo aplicável tanto nos processos de caráter dispositivo, quanto nos dominados pelo princípio inquisitório.

d) Inversão do ônus da prova: dispõe o artigo 6º, inciso VIII da Lei n. 8.078/90 (CDC):

“Artigo 6º - São direitos básicos do consumidor:
(...)

VIII - A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente.”

A norma do artigo 6º, inciso VIII da Lei n. 8.078/90 é decorrente do princípio constitucional do direito de ação (art. 5º, XXXV) e, por consequência, da isonomia (art. 5º, *caput* e inc. I).

¹²⁶ Cecília Matos, *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993, p. 61.

Direito de ação, como já abordado, é ter acesso à justiça, aí compreendido o acesso a uma ordem jurídica justa.¹²⁷

Sobre o significado do termo acesso à justiça, diz Mauro Cappelletti:

“A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico (...). Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (...) O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”¹²⁸

Sendo o consumidor reconhecidamente a parte mais fraca na relação de consumo, de nada adiantaria permitir-se seu acesso formal à justiça, sem lançar meios para que fosse, se não afastada, ao menos minimizada essa desigualdade. Como dito por Norberto Bobbio, “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los”.¹²⁹

Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon, “a paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo”.¹³⁰

¹²⁷ Nelson Nery Junior; Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.353.

¹²⁸ Mauro Cappelletti, *Acesso à justiça*, cit., p. 8 e 12.

¹²⁹ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, cit., p. 37.

¹³⁰ Paulo Henrique dos Santos Lucon. Garantia do tratamento paritário das partes, in José Rogério Cruz e Tucci (Coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

É isso que visa o artigo 6º, inciso VIII da Lei n. 8.078/90: diminuir a desigualdade processual, quando estão de um lado o consumidor, e de outro o fornecedor, de maneira a possibilitar que a prestação jurisdicional seja a mais justa possível.

Conforme bem sintetizado por Celia Weingarten, “o Direito não pode desligar-se de seus aspectos éticos, de suas conseqüências sociais e econômicas, não pode servir à exploração do homem, ao aproveitamento de suas necessidades, nem sua vulnerabilidade como consumidor”. Concluindo, diz a autora que “o epicentro do Direito é o respeito pelo homem, um Direito que proteja seus direitos mais elementares e o acesso às suas necessidades básicas. O sistema deve, então, tratar de dar uma resposta adequada, tanto no individual como no social, para alcançar um Direito mais justo e equitativo”.¹³¹

Pelo mesmo motivo é que o legislador, no artigo 38 da Lei n. 8.078/90, determinou em favor do consumidor a inversão do ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária. Assim, se o consumidor ajuíza uma ação que tem por fundamento a inverdade ou incorreção da informação ou comunicação publicitária, se dá, *ope legis*, a inversão do ônus, de modo a caber ao patrocinador da publicidade comprovar sua veracidade e correção.

¹³¹ Tradução livre do original: “*el Derecho no puede desentenderse de sus aspectos éticos, de sus consecuencias sociales y económicas, no puede servir a la explotación del hombre, al aprovechamiento de sus necesidades, ni su vulnerabilidad como consumidor*” (...) *el epicentro del Derecho es el respeto por el hombre, un Derecho que proteja sus derechos más elementales y el acceso a sus necesidades básicas. El sistema debe entonces tratar de dar una respuesta adecuada tanto en lo individual como en lo social, para alcanzar un Derecho más justo y equitativo*”. (Celia Weingarten, La equidad como principio de seguridad económica para los contratantes, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, p. 40, 2001).

A norma do artigo 6º, inciso VIII difere da do artigo 38 por tratar-se, a primeira, de inversão judicial – *ope iudicis* – e a segunda, inversão legal – *ope legis*. No caso do artigo 6º, inciso VIII cabe ao juiz verificar se estão previstos os requisitos legais, para então proceder a inversão; já no segundo caso, a inversão é automática.

O primeiro requisito diz respeito à verossimilhança da alegação do consumidor.

Conforme Kazuo Watanabe, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova¹³². A norma disposta no Código de Defesa do Consumidor apenas expressa, de maneira bem mais enfática, a idéia já trazida no artigo 335 do Código de Processo Civil¹³³, e assim o juiz, levando em consideração regras de vida e de experiência, considera produzida a prova que incumbia ao consumidor. Segundo o autor:

“Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário.”¹³⁴

O segundo requisito diz respeito à hipossuficiência do consumidor.

A princípio, logo da promulgação da Lei n. 8.078/90, entendeu-se que a regra dizia respeito à hipossuficiência jurídico-econômica,

¹³² Kazuo Watanabe, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: artigos 81-90 e 101-102, in Ada Pellegrini Grinover et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 712.

¹³³ “Artigo 335 - Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

¹³⁴ Kazuo Watanabe, op. cit., p. 712-713.

adotando-se, assim, o conceito previsto na Lei n. 1.060/50, que garante a assistência judiciária gratuita aos “juridicamente pobres” – os que não têm condições de prover as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Passado algum tempo, todavia, e feita uma leitura mais aprofundada do dispositivo, a orientação doutrinária e jurisprudencial dominante é que o artigo 6º, inciso VIII trata não só da hipossuficiência econômica, mas também, e principalmente (posto que é a hipótese mais rotineira), da hipossuficiência técnica do consumidor.

Como dito de início, a intenção do legislador consumerista ao permitir a inversão do ônus da prova era, através da diminuição da desigualdade entre consumidor e fornecedor, propiciar uma prestação jurisdicional justa. É manifesta a fraqueza do consumidor frente ao fornecedor, justamente por não possuir domínio do conhecimento técnico especializado. É o que ocorre, por exemplo, quando alega o consumidor vício de fabricação da peça de um automóvel. Nessa hipótese, ainda que o consumidor não careça de recursos financeiros, certamente carecerá de conhecimentos técnicos para demonstrar que, de fato, a peça do veículo era defeituosa e tal defeito deu (ou pode vir a dar) causa ao acidente. Se não se possibilitasse a inversão do ônus da prova, de modo a cair sobre o fabricante acionado a necessidade de comprovar, através dos conhecimentos técnicos que ele possui, que a peça não tem defeito de fabricação, o direito de acesso do consumidor a juízo seria, sem dúvida, uma mera encenação.

Cumprido destacar que sendo a inversão do ônus da prova direito básico do consumidor e matéria de ordem pública (como todas as normas previstas na Lei n. 8.078/90, conforme proclama o seu art. 1º), trata-se

de ato do juiz, que pode determiná-la de ofício, independente de pedido da parte, bastando que ele verifique a ocorrência de uma situação ou de outra, isto é, ou da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência da parte.

Sobre a inversão do ônus da prova, muito bem se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil e direito do consumidor – Defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos – Dispensa de pré-constituição pelo menos há um ano – Inversão do ônus da prova – Impossibilidade da ação coletiva superada – Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação de que trata o inciso III do parágrafo único do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos. A regra contida no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência; por isso mesmo que exige do magistrado conhecimento mais amplo de onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa. Ainda que possa a inicial ter confundido a ação que objetiva promover a defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos, com a ação que tem por fito defender interesses pertinentes a pessoas já definidas e identificáveis, mediante a legitimação ordinária de certas entidades associativas para representarem judicialmente os seus filiados, na defesa de seus direitos, prevista no inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal, pode-se permitir o prosseguimento do feito desde que se perceba, como na hipótese, que o objetivo primordial é o de defender os direitos individuais homogêneos, uma vez que se deve extrair da inicial o que possa haver de maior utilidade, relevando certos deslizes formais que sejam periféricos para a compreensão da controvérsia, pois o processo judicial moderno, como já lembrava Couture, não é uma missa jurídica de liturgia intocável. Ação proposta contra companhias fabricantes de cigarros. Recurso não conhecido.” (STJ – RESP n. 140097/SP – 4ª T. – Rel. Min. César Asfor Rocha – *DJU*, de 11.9.2000, p. 252).

Fato controvertido diz respeito ao momento da inversão, se deve o juiz determiná-la ao despachar a inicial, ao realizar o saneamento do feito, ou ao proferir a sentença.¹³⁵

Os que defendem que o momento oportuno é o do despacho da inicial¹³⁶ ou do saneamento do processo¹³⁷, justificam o posicionamento, sob a alegação de que a inversão no momento do julgamento colhe de surpresa a parte que teve contra si revertido o ônus e fere o princípio da ampla defesa, pois naquela fase processual nada mais resta a ela fazer que recorrer da sentença.

De outro lado, importante corrente doutrinária manifesta-se pela inversão de ônus no momento do julgamento.

Kazuo Watanabe diz que “as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória”.¹³⁸

¹³⁵ Antônio Gidi defende que a inversão do ônus da prova possa se dar “a qualquer tempo e grau de jurisdição”, bastando ao juiz dar prazo razoável à parte para produzir a prova de que passa a estar encarregado (Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, p. 38-39, jan./mar. 1995).

¹³⁶ Dentre eles: Tânia Lis Tizzoni Nogueira, Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, p. 48-60, abr./jun. 1994.

¹³⁷ Entre os quais: Carlos Roberto Barbosa Moreira, Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997; Voltaire de Lima Moraes, Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 31, p. 63-69, jul./set. 1999; Tupinambá Miguel de Castro do Nascimento, *Comentários ao Código do Consumidor*, 3. ed., Rio de Janeiro: Aide, 1991.

¹³⁸ Kazuo Watanabe, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: artigos 81-90 e 101-102, cit., p.714.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, a regra sobre ônus da prova volta-se, primeiramente, ao juiz, por ser o destinatário da prova e, de maneira secundária, às partes, pois indica que deverão se desincumbir do ônus, sob pena de ficarem em desvantagem processual¹³⁹, não sendo lícito à parte que se julgar prejudicada alegar ofensa à ampla defesa, uma vez que a inversão é expressamente prevista em lei (art. 6º, VIII).

Cecília Matos defende que o momento oportuno para a inversão do ônus é o do julgamento, todavia sugere que o juiz, por ocasião do saneador, alerte as partes sobre a possibilidade de aplicação do artigo 6º, inciso VIII.¹⁴⁰

Ora, por tudo o que já foi dito sobre o ônus da prova, nosso posicionamento é ser mais oportuno o momento do julgamento para a inversão do ônus, até porque não há como o juiz aplicar suas regras de experiência e distribuir o ônus da prova antes da instrução do feito, quando ainda possui um conhecimento superficial do caso.

e) Inversão do ônus da prova na ação civil pública ambiental: a possibilidade dessa inversão em matéria ambiental se iniciou como teses, em sede doutrinária ou em congressos sobre o meio ambiente, e veio, finalmente, a ser contemplada pelo Poder Judiciário, merecendo destaque a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de seguinte teor:

¹³⁹ Nelson Nery Junior; Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3. ed., 1997, cit., p. 1.354.

¹⁴⁰ Cecília Matos, *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 216.

“Ementa: Tratando de demanda que envolva a proteção ao meio ambiente, é cabível a inversão do ônus da prova e da atribuição dos custos da perícia, pois o Ministério Público e demais co-legitimados ao ajuizamento de ações civis públicas estão em franca desvantagem perante os demandados.” (TJRS – Embargos de Declaração n. 70002338473, 4ª Câmara Cível, j. 4.4.2001, Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, *Revista de Direito Ambiental*, ano 6, n. 23, p. 351-352, jul./set. 2001).

A inversão do ônus da prova, além da inafastabilidade da jurisdição e do acesso efetivo à justiça (que por si só já compreende o direito à igualdade processual), tem seu fundamento jurídico também no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), combinado com artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e ainda nos princípios de direito ambiental, principalmente nos princípios da prevenção (art. 225, *caput*, da CF) e da precaução (Enunciado n. 15 da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento).

Dispõe o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública

“Artigo 21 - Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei n. 8.078, de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

O Título III da Lei n. 8.078/90 é o que dispõe sobre as normas processuais. Assim, o que diz a Lei da Ação Civil Pública é que todos os dispositivos processuais previstos na Lei n. 8.078/90 lhe são aplicáveis.

Ora, embora a previsão da inversão do ônus da prova encontre-se no capítulo dos direitos básicos do consumidor, é inafastável sua aplicação na defesa de direitos coletivos *lato sensu*, dentre eles o meio ambiente, eis tratar-se de norma de direito processual.

Impedir a inversão do ônus da prova em ação civil pública ambiental, a pretexto da norma não constar do Título III, “é argumento superficial, que se distancia da intenção do legislador, qual seja, tornar efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da ampla defesa”.¹⁴¹

Outro argumento tendente a impedir o uso do instituto é o de não ser possível aplicar às ações ambientais o requisito da hipossuficiência, previsto no artigo 6º, inciso VIII da Lei n. 8.078/90.

Conforme já tratado, até em matéria consumerista o termo hipossuficiência não significa apenas pobreza, mas também e principalmente falta de conhecimento técnico especializado. Assim, não há dúvida de que os legitimados ativos para a ação civil pública, via de regra, enquadram-se no conceito de hipossuficientes, seja em seu aspecto econômico, seja técnico. Ademais, conforme muito bem explicitado por Celso Antônio Pacheco Fiorillo, a hipossuficiência de que se trata é a da coletividade perante aquele que se afigura como parte mais forte na relação jurídica, que é o poluidor¹⁴². Em suma: ainda que o legitimado ativo não seja hipossuficiente, a coletividade, titular do direito lesado, sempre o será.

Não bastasse a inversão do ônus da prova ter aplicação na ação civil pública ambiental, por força do artigo 21 da Lei n. 7.347/85, o tem também em virtude dos princípios de direito ambiental, principalmente os da prevenção e da precaução, o qual impõe ao poluidor o ônus de provar que sua atividade não é ou não será degradadora da qualidade ambiental.¹⁴³

¹⁴¹ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Curso de direito ambiental brasileiro*, cit., p. 243.

¹⁴² Ibidem, mesma página.

¹⁴³ Álvaro Luiz Valery Mirra, *Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial*, cit., p. 101-102.

Enfim, da conjugação do direito constitucional de ação aos princípios da prevenção e da precaução, bem como da própria natureza do bem ambiental de essencial à sadia qualidade de vida, extrai-se que a tutela judicial do meio ambiente deve sempre orientar-se pela conservação da qualidade ambiental para as presentes e futuras gerações, e para tanto deve valer-se de todos os instrumentos processuais existentes, dentre eles a inversão do ônus da prova.

Sintetizando as conseqüências da adoção da responsabilidade objetiva em matéria ambiental, trazem-se as conclusões a que chegou Sérgio Ferraz: a) irrelevância da intenção danosa (“basta um simples prejuízo”); b) irrelevância da mensuração do subjetivismo (“o importante é que, no nexo de causalidade, alguém tenha participado e, tendo participado, de alguma sorte, deve ser apanhado nas tramas da responsabilidade objetiva”); c) inversão do ônus da prova; d) irrelevância da licitude da atividade; e) atenuação do relevo do nexo causal (“basta que, potencialmente, a atividade do agente possa acarretar prejuízo ecológico para que se inverta imediatamente o ônus da prova, para que imediatamente se produza a presunção de responsabilidade, reservando, portanto, para o eventual acionado o ônus de procurar excluir a imputação”).¹⁴⁴

6.2.3 Solidariedade passiva

Além de objetiva, é ainda solidária a obrigação de reparar o dano ambiental que incide sobre os poluidores.

A questão da solidariedade surge quando há pluralidade de sujeitos passivos na ação de reparação de dano. Em matéria ambiental, é

¹⁴⁴ Sérgio Ferraz, Responsabilidade civil por dano ecológico, *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 49/50, p. 39-40, jan./jun. 1979.

extremamente comum a pluralidade de degradadores, a poluição causada por diversas pessoas, simultânea ou sucessivamente. Tendo mais de um causador o dano ambiental, questões que se levantam são se pode ser acionado, indiferentemente, qualquer um dos poluidores; se há solidariedade entre eles; se o poluidor acionado pode ser impelido a responder pelo todo; e, se assim o fizer, se tem direito de regresso contra os demais.

A própria estrutura do bem ambiental conduz à solidariedade passiva.

O meio ambiente, na concepção de macrobem, de bem essencial à sadia qualidade de vida, pertence a todos indistintamente, independente da eventual titularidade dos microbens (recursos ambientais) que o compõem. É a própria Constituição Federal que o classifica como um bem de *uso comum do povo*. Nesse sentido, é um bem *adéspot*, que não pode ser objeto de apropriação nem pelo particular nem pelo Estado.

É também *indivisível*, não havendo como determinar a parcela que pertence a cada pessoa. Também não se pode esquecer que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pertence somente a esta geração, mas também às futuras, o que aumenta ainda mais a sua indivisibilidade e a característica de bem de uso comum do povo.

Além de indivisível, o meio ambiente é *unitário*. Apesar de composto por vários aspectos ou subsistemas, estes são interdependentes e formam um todo único, que é o que confere o equilíbrio ecológico – ou qualidade ambiental.

Sendo o bem ambiental difuso, adéspot, indivisível e unitário, qualquer um que concorra para lesioná-lo pode ser impelido a reparar o dano e, ao fazê-lo, responder pelo todo, justamente por se tratar de um bem que não admite fracionamento. “A solidariedade, no caso, é não só decorrência de atributos particulares dos sujeitos responsáveis e da modalidade de atividade, mas também da própria indivisibilidade do dano, consequência de ser o meio ambiente uma unidade infragmentável”.¹⁴⁵

Como todos sabemos, a solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes. Então, como fundamento para a solidariedade passiva dos poluidores, apresenta-se não apenas a natureza jurídica do bem ambiental, mas também as disposições legais relativas à matéria.

A solidariedade entre os poluidores é da própria essência do direito ambiental, conforme reconhece a Constituição Federal. No *caput* do artigo 225, é imposto a todos, *Poder Público e coletividade*, o dever de defender e preservar o meio ambiente. Trata-se de um dever solidário, que incide sobre todos indistintamente, de modo que qualquer um que não o cumpra possa ser acionado. Mais explicitamente, no parágrafo 3º, a Constituição Federal impõe *aos infratores* – todos, sem fixar nenhuma exceção – responsabilidade civil, penal e administrativa pelos danos causados.

Também a Lei n. 6.938/81 adotou o critério da solidariedade passiva, ao referir, no artigo 3º, inciso IV, que todo aquele que direta ou indiretamente causar dano ao meio ambiente deve ser

¹⁴⁵ Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, Responsabilidade civil pelo dano ambiental, cit., p. 38.

responsabilizado. Já foi dito que poluidor é quem direta ou indiretamente causa degradação ambiental. Se a degradação é causada por vários poluidores, todos são responsáveis pela reparação, cabendo ao autor da ação escolher se acionará todos conjuntamente ou apenas um ou alguns.

Outro fundamento legal é o artigo 942 do Código Civil, já que se trata de solidariedade derivada de responsabilidade extracontratual. Repetindo o texto do Código Civil de 1916, o Código Civil dispõe que “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. Por esse texto, todos que causam o dano são solidariamente responsáveis, independentemente, portanto, de concerto prévio, ação conjunta, indivisibilidade de conduta ou comunhão de desígnios. Rosa Maria Andrade Nery conclui:

“Em suma, não se pode pretender dar à hipótese de dano ambiental, de **responsabilidade objetiva**, o tratamento da *solidariedade própria*, que exige, não só o concerto e a comunhão de desígnios, como também o **dolo** e a **culpa**, quando a hipótese for de ilícito contratual. Estes elementos são absolutamente estranhos ao regime da responsabilidade objetiva”¹⁴⁶ (grifos no original).

Por ser princípio do nosso direito ambiental, o poluidor que for acionado terá que reparar integralmente o dano, independente do quanto ele tenha concorrido para a sua ocorrência. Após, todavia, pode mover ação regressiva contra os demais causadores, na qual então será discutida a parcela de responsabilidade de cada um no evento danoso.

¹⁴⁶ Rosa Maria Andrade Nery, *Indenização do dano ambiental: responsabilidade civil e ação civil pública*, cit., p. 54.

2ª PARTE – LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL DE CONHECIMENTO CONDENATÓRIA

7 LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

O conceito de parte pode ser encarado tanto no aspecto material quanto no processual, que é o que interessa neste trabalho. Processualmente, Chiovenda classifica parte como sendo aquele que pede em próprio nome (ou em cujo nome se pede) a atuação de uma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é pedida¹⁴⁷. Athos Gusmão Carneiro adverte que essa definição vincula-se à teoria chiovendiana da ação como direito potestativo, de caráter concreto, embora autônoma, e assim, não realizada de forma espontânea a vontade da lei, tal atuação poderá ser pleiteada em juízo.¹⁴⁸

Conceito eminentemente processual é dado por Rosenberg, para quem “partes no processo civil são aquelas pessoas que pedem e contra as que se pede, em nome próprio, a tutela jurídica estatal”¹⁴⁹. No mesmo sentido conceitua Crisanto Mandrioli, que diz que “partes no processo são, respectivamente, aquele que propõe a demanda e aquele ao qual a demanda é proposta ao confronto”.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, Tradução de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2, p. 234.

¹⁴⁸ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4.

¹⁴⁹ Tradução livre do original: “*partes en el proceso civil son aquellas personas que solicitan y contra las que se solicita, en nombre propio, la tutela jurídica estatal.*” (Leo Rosenberg, *Derecho procesal civil*, Tradução de Ângela Romera Vera, Buenos Aires: Europa-América, 1955, v. 1, p. 211).

¹⁵⁰ Tradução livre do original: “*parti nel processo sono rispettivamente colui che propone la domanda e colui nei cui confronti la domanda è proposta.*” (Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, 3. ed., Torino: Giappichelli, 1981, v. 1, p. 222).

O conceito de parte, portanto, é extraído da posição processual, mais especificamente da posição ocupada na petição inicial, sendo autor o que pede e réu aquele em relação ao qual se pede. É o que dizem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ao definirem o autor como sendo “aquele que deduz em juízo uma pretensão” e réu “aquele em face de quem essa pretensão é deduzida”.¹⁵¹

Agregando o contraditório ao conceito de parte, Betti assim define:

*“Parte são os sujeitos, ativo e passivo, da instância judicial e, precisamente de um lado, aquele que requer ou em nome do qual se requer a atuação judicial da lei em ordem à razão da qual é feita valer (ator) e, do outro lado, aquele a cargo do qual a atuação da lei necessariamente se requer, e que assim é chamado a sustentar em nome próprio a parte de necessário contraditor. Em breve, uma vez que, com o propor e manter em juízo a instância de mérito – segundo o conceito proposto (n. 17) – se exercita a ação (não importa se legitimamente ou não), são partes, como ator, aquele que exerce a ação em nome próprio e, como intimado, aquele contra o qual a ação necessariamente se exerce; de modo que, assim, tanto a um como ao outro, são destinados em via direta e exclusiva (ou pelo menos primária) os efeitos do processo.”*¹⁵²

Partes, segundo Liebman, são os sujeitos do contraditório instituído pelo juiz: “são os sujeitos dos atos de parte e, de outro, destinatários dos efeitos dos provimentos do juiz”¹⁵³. E o autor completa, explicando que se adquire a posição de parte: “a) por força da propositura da ação; b) por força

¹⁵¹ Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 187.

¹⁵² Tradução livre do original: “*Parti sono i soggetti, attivo e passivo, della domanda giudiziale, e precisamente dall’un lato, colui che domanda, o nel cui nome si domanda, la attuazione giurisdizionale della legge in ordine alla ragione fatta valere (attore), e, dall’altro, colui a carico del quale l’attuazione della legge necessariamente si domanda, e che così è chiamato a sostenere in proprio nome la parte di necessario contraddittore. In breve, poichè col proporre e mantenere in giudizio la domanda di merito – secondo il concetto proposto (n. 17) – si esercita l’azione (non importa se legittimamente o meno), sono parti, quale attore, colui che esercita l’azione in nome proprio e, quale convenuto, colui contro il quale l’azione necessariamente si esercita: per modo che così all’uno come all’altro sono destinati in via diretta ed esclusiva (o almeno primaria) gli effetti del processo.*” (Emilio Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Roma: Foro Italiano, 1936, p. 95-96).

¹⁵³ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, Tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1, p. 89.

de sucessão na posição da parte originária; c) por força de intervenção, voluntária ou coata, em um processo pendente.”¹⁵⁴

Desses conceitos, extrai-se que a condição de “parte” resulta da participação em um processo, isto é, de haver proposto uma ação em juízo ou de ter sido chamado a enfrentar uma ação em juízo. A condição de parte resulta de um ato de vontade do autor; é ele que se coloca na condição de parte ativa e que coloca outrem na posição de parte passiva.

Essa situação estritamente processual e formal em nada se confunde com o conceito de parte legítima, cuja ocorrência depende da pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, isto é, depende “do reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda”.¹⁵⁵

Semelhante é o conceito de Athos Gusmão Carneiro, para quem “consiste a legitimação para a causa na coincidência entre a pessoa do autor e a pessoa a quem, em tese, a lei atribui a titularidade da pretensão deduzida em juízo, e a coincidência entre a pessoa do réu e a pessoa contra quem, em tese, pode ser oposta tal pretensão”.¹⁵⁶

A legitimidade para agir, ou legitimidade *ad causam*, ou legitimação para agir, ou legitimação para a causa, ou legitimidade de parte, é conceituada por Donaldo Armelin “como uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do

¹⁵⁴ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 90.

¹⁵⁵ Enrico Tullio Liebman, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, com notas de Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 127.

¹⁵⁶ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 27.

exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação”.¹⁵⁷

A legitimidade é um *plus* à condição de parte, decorrente da relação jurídica de direito material¹⁵⁸. O que se está querendo dizer, principalmente no que diz respeito à legitimidade passiva – objeto deste trabalho, é que o fato de uma pessoa figurar como réu não significa seja parte legítima. A condição de réu decorre exclusivamente da atuação do autor ao elaborar a petição inicial, somente adquirindo o réu a condição de legitimado passivo *ad causam* se se situar como obrigado na relação jurídica de direito material alegada pelo autor – ainda que, ao final, a sentença não reconheça a existência dessa relação jurídica.

Daí se extraem duas conclusões. A primeira é que o exercício do direito de defesa precede à legitimidade de parte. A segunda, que a legitimidade de parte é condição para a apreciação do mérito da ação.

Indicado como réu pelo autor uma pessoa que não integra a relação jurídica que ele visa constituir, desconstituir, declarar ou em razão da qual ele pretende seja imposta uma condenação, esse réu, embora parte ilegítima, uma vez citado, exercerá o direito de defesa, inclusive para alegar a sua ilegitimidade. A legitimidade para o exercício do direito de defesa decorre da citação. Já a qualidade de legitimado passivo *ad causam* decorre da inserção do réu na relação jurídica controvertida no processo ou da titularidade de uma

¹⁵⁷ Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 85.

¹⁵⁸ Athos Gusmão Carneiro lembra que, não obstante a autonomia da relação jurídica de direito processual, a legitimação *ad causam* é um dos pontos de conexão entre o direito material e o processual, decorrente da própria natureza instrumental do processo – que se volta à eliminação das lides através da aplicação de regras de direito material (*Intervenção de terceiros*, cit., p. 29).

situação a ele reportada por disposição expressa de lei – no caso de legitimidade passiva extraordinária.¹⁵⁹

Sendo a ação, segundo Liebman¹⁶⁰ – cuja teoria inspirou a elaboração do atual Código de Processo Civil – um direito público, subjetivo e abstrato de obter uma decisão sobre o mérito, ainda que desfavorável às pretensões do autor, é necessário que sejam instalados “filtros processuais” que evitem que haja exercício da jurisdição¹⁶¹, quando faltam os requisitos que a lei considera indispensáveis para que se possam alcançar resultados satisfatórios. Esses filtros são as condições da ação, dentre as quais a legitimidade de agir. Acatando o magistério de Liebman, o Código de Processo Civil determina a extinção do processo sem julgamento de mérito, em havendo ilegitimidade ativa ou passiva *ad causam* (arts. 3º e 267, inciso VI).

Além das condições da ação, outros “filtros” que constituem matéria preliminar ao exame de mérito são os pressupostos processuais, dentre os quais os que dizem respeito à capacidade de ser parte e à capacidade para estar em juízo. Os pressupostos processuais são “as circunstâncias subjetivas e objetivas que constituem os requisitos para que o processo, tal como foi proposto, se apresente adequado e apropriado à lide: a falta desses requisitos produz irregularidade e, portanto, a inviabilidade da relação processual”.¹⁶²

¹⁵⁹ Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 101.

¹⁶⁰ Enrico Tullio Liebman, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit., p. 129.

¹⁶¹ Para Liebman, jurisdição é a prolação de decisão de mérito: “Recusar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é ainda, propriamente, julgar: são atividades que por si próprias nada têm de jurisdicionais e adquirem esse caráter só por serem uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição. A ordem jurídica tende com a jurisdição ao fim de realizar-se praticamente. Esse fim é conseguido pela decisão de mérito, não pelo exame da existência das condições para que ela possa ser proferida” (Enrico Tullio Liebman, op. cit., p. 128).

¹⁶² *Ibidem*, p. 123.

Capacidade da parte, segundo Rosenberg, “é a capacidade para ser sujeito de uma relação processual”, e completa o doutrinador alemão, dizendo que pode ser parte “todo aquele que possua capacidade jurídica”.¹⁶³

A capacidade para ser parte é a personalidade jurídica transportada do direito material para o processual. Pode ser parte todo aquele que possui aptidão para ser titular de direitos e obrigações na ordem jurídica. Assim, consiste a capacidade para ser parte, segundo Athos Gusmão Carneiro, “na aptidão para praticar atos jurídicos processuais”.¹⁶⁴

Podem ser parte as pessoas naturais (art. 1º do CC), inclusive os nascituros (art. 2º do CC), as pessoas jurídicas de direito público, interno ou externo, e as pessoas jurídicas de direito privado (art. 40 do CC). Excepcionalmente, é conferida capacidade de ser parte a entes desprovidos de personalidade jurídica, as chamadas pessoas formais, como o condomínio, a herança jacente e outros entes arrolados no artigo 12 do Código de Processo Civil.

Não bastasse a capacidade para ser parte, é necessário que haja capacidade para estar em juízo, isto é, para exercitar os atos jurídicos processuais.

A capacidade para estar em juízo, ou capacidade para o processo, ou capacidade processual ou *legitimatio ad processum* é outro item de conexão entre o direito material e o processual.

¹⁶³ Tradução do original: “es la capacidad para ser sujeto de una relación procesal” (...) “todo aquel que posea la capacidad jurídica” (Leo Rosenberg, *Derecho procesal civil*, cit., p. 230-231).

¹⁶⁴ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 11.

A respeito, diz Celso Agrícola Barbi:

“Na órbita civil, diferem a capacidade de ter direitos e a capacidade de exercê-los. Assim é que, v.g., o menor pode ter direitos, mas não pode exercê-los pessoalmente.

O mesmo princípio se aplica no direito processual, em que se distinguem a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo, que correspondem, aproximadamente, àquela distinção feita na ordem civil”.¹⁶⁵

Semelhante é o magistério de Liebman, que também compara a distinção feita na lei civil entre capacidade jurídica e capacidade de agir com a distinção processual de capacidade de parte e capacidade processual.¹⁶⁶

Nem toda pessoa capaz de ser parte é processualmente capaz¹⁶⁷, somente o são as pessoas que têm o livre exercício de direitos.¹⁶⁸

Todas as pessoas maiores¹⁶⁹ e capazes, bem como as pessoas jurídicas, possuem, em princípio, capacidade processual plena, isto é, são aptas a exercer por si mesmas (obviamente representadas por advogados) atos jurídicos processuais.¹⁷⁰

As pessoas listadas na lei civil como absoluta ou relativamente incapazes (arts. 3º e 4º do CC, respectivamente) somente adquirem

¹⁶⁵ Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, p. 69.

¹⁶⁶ “O Código Civil distingue a capacidade jurídica da capacidade de agir. A capacidade jurídica é a aptidão a ser sujeito de direitos. A ela corresponde logicamente a aptidão a ser parte em um processo (capacidade de ser parte), de que dispõem todas as pessoas físicas e jurídicas e também algumas coletividades organizadas e patrimônios autônomos. (...) A capacidade de agir consiste no livre exercício dos próprios direitos e, pois, na capacidade de realizar atos jurídicos. A ela corresponde a capacidade processual, ou seja, a capacidade de estar em juízo por si próprio e de realizar validade os atos processuais.” (Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 91).

¹⁶⁷ Leo Rosenberg, *Derecho procesal civil*, cit., p. 241.

¹⁶⁸ Enrico Tullio Liebman, op. cit., p. 91.

¹⁶⁹ Vale lembrar que, conforme o artigo 5º do Código Civil, a menoridade cessa aos dezoito anos completos, e não mais aos vinte e um anos.

¹⁷⁰ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 17.

capacidade processual com o suprimento de sua incapacidade, o que se dá através da representação ou assistência em juízo por seus pais (art. 1.634, V), tutores (art. 1.747, I) ou curadores (art. 1.774).

O reconhecimento de que uma pessoa tem capacidade processual significa somente que poderá figurar como parte em um processo civil, jamais que está legitimada para a causa¹⁷¹. A capacidade processual ou *legitimatío ad processum* é uma qualidade intrínseca, natural, da pessoa¹⁷² e está ligada precipuamente à estrutura do processo¹⁷³. Já a *legitimatío ad causam* “atine ao exercício do direito de ação, direito esse que pode perfeitamente concernir ao sujeito carente de capacidade de exercício”.¹⁷⁴

Sobre a diferença entre capacidade processual e legitimação *ad causam*, diz Athos Gusmão Carneiro que “a legitimação *ad processum* diz respeito estritamente à pessoa da parte, à sua capacidade de agir ‘em todo e qualquer processo’, ao passo que a legitimação *ad causam* decorre de uma vinculação entre a parte e o objeto da causa, isto é, entre a parte e a prestação jurisdicional pretendida naquele processo”.¹⁷⁵

De semelhante temos que a capacidade processual – pressuposto processual, e a legitimidade de agir – condição de exercício regular da ação, podem ser reconhecidos de ofício pelo juiz e, se não supridos¹⁷⁶, levam à extinção do processo sem julgamento de mérito.

¹⁷¹ Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 111.

¹⁷² Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, p. 92.

¹⁷³ Donaldo Armelin, op. cit., p. 111.

¹⁷⁴ Ibidem, mesma página.

¹⁷⁵ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 30.

¹⁷⁶ Cumpre lembrar que a perempção, a litispendência e a coisa julgada, classificados como “pressupostos processuais negativos”, levam à imediata extinção do processo.

Não se pode deixar de lembrar que o direito de ação é garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A classificação constitucional do direito de ação como uma garantia assegurada a todo brasileiro e estrangeiro residente no país não altera, porém, a sua natureza de direito abstrato e subjetivo, no sentido de exigir a observância de pressupostos e condições ao seu exercício e de não vincular a procedência do pedido.¹⁷⁷

Voltando ao tema da legitimidade para agir, temos que ela pode ser ordinário ou extraordinária.

Usualmente, as partes se apresentam no processo como sujeitos da relação jurídica de direito material afirmada pelo autor – se ela existe mesmo ou não, somente a sentença irá dizer. É a chamada legitimidade ordinária, regra no nosso processo, conforme o artigo 6º do Código de Processo Civil.

Conforme Donaldo Armelin, caracterizam a legitimidade ordinária a coincidência, no processo, entre o titular do direito afirmado em juízo e a figura do autor, e a coincidência entre o obrigado e a figura do réu.¹⁷⁸

A legitimidade ordinária, ainda segundo Donaldo Armelin, pode ser simples ou complexa. Trata-se de legitimidade simples “quando o autor ou o réu têm condições de, validamente, atuar isoladamente no processo”. Trata-se de legitimidade complexa “quando essa atuação imprescinde da colaboração

¹⁷⁷ Nelson Nery Junior; Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3. ed., 1997, cit., p. 76.

¹⁷⁸ Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 117.

de todos os co-legitimados, tal como sucede nos casos de litisconsórcio necessário simples ou unitário”.¹⁷⁹

A legitimidade extraordinária restringe-se a casos específicos e previstos taxativamente na lei. Ocorre “quando alguém pode sustentar em juízo, como parte, um direito cuja titularidade o autor afirma pertencer a outrem”¹⁸⁰. À legitimação para a causa extraordinária, Giuseppe Chiovenda deu o nome de substituição processual.

Como a substituição processual é exceção no plano da legitimidade, os poderes conferidos ao substituto devem ser os estritamente compatíveis com a outorga legal da legitimação extraordinária. Assim, se esta é outorgada pela lei para o ajuizamento de ação, por exemplo, não está o substituto legitimado para contestar reconvenção.¹⁸¹

¹⁷⁹ Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 119. A ausência de litisconsorte necessário, ativo ou passivo, vencida sem êxito a tentativa judicial de sua integração no feito, leva à extinção do processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade *ad causam*. Nesse sentido, ver: Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2001; Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit.; e Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, cit.

¹⁸⁰ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 33.

¹⁸¹ Donaldo Armelin, op. cit., p. 134-135.

8 LITISCONSÓRCIO

A regra é que haja no processo apenas um autor e um réu, todavia circunstâncias várias podem levar à reunião, no pólo ativo ou passivo, de mais de uma pessoa, podendo estar litigando conjuntamente vários autores contra um réu, ou um autor contra vários réus, ou ainda vários autores contra vários réus¹⁸². Essa pluralidade de partes é denominada litisconsórcio e, por representar uma exceção em nosso sistema processual, só é possível diante de norma expressa que autorize o litígio em conjunto¹⁸³. Através do litisconsórcio, objetiva-se obter justamente economia processual e harmonia de julgados.¹⁸⁴

Os casos em que é possível o litisconsórcio são os referidos no artigo 46 do Código de Processo Civil, bem como em todos os demais definidos em dispositivos espalhados nesse Código (como, por exemplo, nos arts. 10, § 1º, 942 etc.) e também nos previstos em outras leis (como no art. 6º da Lei da Ação Popular).

A matriz fundamental dos casos de admissibilidade do litisconsórcio é o artigo 46 do Código de Processo Civil, que estabelece a possibilidade do instituto nos casos: 1) de comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; 2) de direitos ou de obrigações que derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito; 3) de conexidade, pelo objeto ou pela causa de pedir, entre duas ou mais demandas; 4) de afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

¹⁸² Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 125.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 127.

¹⁸⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 83.

A primeira hipótese indica a admissibilidade de litisconsórcio quando houver comunhão de direitos ou de obrigações inerentes ao objeto da demanda, isto é, quando os direitos ou as obrigações que têm mais de um titular figurem no processo como objeto de cognição principal, e não incidental¹⁸⁵. Via de regra, a comunhão de direitos e obrigações é determinada pelo direito material.

Nos termos do inciso II, também há litisconsórcio quando a lide fundar-se no mesmo fato ou título jurídico. Para Cândido Rangel Dinamarco, esse inciso é supérfluo porque, ao prever o litisconsórcio quando as demandas tiverem em comum a mesma causa de pedir, acaba por incidir na hipótese prevista no inciso III, que trata do litisconsórcio quando houver conexidade de pedido ou de causa de pedir.¹⁸⁶

O inciso III, como já comentado, diz da admissibilidade do litisconsórcio quando entre as demandas houver conexidade de pedido ou causa de pedir. Como a finalidade do litisconsórcio é a economia processual e a harmonia de julgados, para que sejam consideradas conexas as causas, e, portanto, admitido o litisconsórcio, basta que apenas parte do pedido ou da causa de pedir seja idêntico.

A afinidade de questões também dá causa ao litisconsórcio, conforme previsto no inciso IV. Obtempera Cândido Rangel Dinamarco: “Se nos *fundamentos de fato ou de direito* de duas ou mais demandas houver algum ponto comum de fato ou de direito, ter-se-á a afinidade de questões de que

¹⁸⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 85.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 92-93.

fala a lei”¹⁸⁷. A afinidade é menos que a conexidade, porque para a sua caracterização basta a existência de um único ponto comum.

A admissibilidade do litisconsórcio, segundo Cândido Rangel Dinamarco, pressupõe a legitimidade de cada um dos co-litigantes (ou de todos, conjuntamente, quando se tratar de litisconsórcio necessário), isto é, só poderá haver litisconsórcio se a todos e a cada um tocar a qualidade de parte que lhes autorize a condução do processo¹⁸⁸. O litisconsórcio não implica no concurso de ações nem significa cumulação de ações; há, nele, concurso e cumulação de autores ou de réus, segundo as circunstâncias.¹⁸⁹

Quanto ao pólo da relação processual, o litisconsórcio classifica-se como ativo – quando houver mais de um autor; passivo – quando houver mais de um réu; e misto ou recíproco – quando houver pluralidade tanto no pólo ativo quanto no passivo.

Em relação ao momento de sua formação, o litisconsórcio é inicial (originário) ou ulterior (sucessivo), conforme a pluralidade se verifique no início do processo ou em momento posterior. No inicial, a demanda é ajuizada por vários autores e/ou voltada contra vários réus. Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a formação de litisconsórcio facultativo ulterior ofende o princípio do juiz natural, não devendo por tal motivo ser admitido. Complementam dizendo que “a determinação pelo juiz da reunião de ações conexas, bem como o ajuizamento de ações secundárias

¹⁸⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 89.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 43.

¹⁸⁹ Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, cit., p.126.

(denúncia da lide, chamamento ao processo e oposição), são formas atípicas e impróprias de litisconsórcio ulterior”.¹⁹⁰

Quanto à obrigatoriedade de sua formação, pode ser necessário ou facultativo.

Litisconsórcio necessário é aquele em que a ação só pode ser proposta por duas ou mais pessoas ou contra duas ou mais pessoas, por não ser possível a formação da relação processual sem a pluralidade de partes. A obrigatoriedade do litisconsórcio deriva da lei, sendo matéria de ordem pública a ser observada pelo juiz, que deve ordená-lo, sob pena de extinção do processo, sem julgamento do mérito (art. 47 do CPC).

Donaldo Armelin¹⁹¹ e Cândido Rangel Dinamarco¹⁹² defendem que a necessidade do litisconsórcio implica em uma questão de legitimidade *ad causam* ativa ou passiva, pois em tais situações uma só pessoa não tem legitimidade para demandar ou ser demandada isoladamente. Já para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁹³, a ausência de litisconsorte necessário enseja a falta de *legitimatío ad processum* porque, embora o litisconsorte que se encontre sozinho no processo seja parte legítima, não pode obter o provimento jurisdicional de mérito. Quer se adote o primeiro entendimento, quer se adote o segundo, o resultado prático pela ausência de litisconsorte necessário será sempre a extinção do processo sem julgamento de mérito.

¹⁹⁰ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 346.

¹⁹¹ Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 118-119.

¹⁹² Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 37 e 66.

¹⁹³ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria Andrade Nery, op. cit., p. 351.

Sempre que não houver obrigatoriedade para a sua formação, o litisconsórcio é facultativo. É no momento em que o autor propõe a ação que é determinado se haverá ou não litisconsórcio (ressalvados os casos de litisconsórcio ulterior).

Quando o número elevado de litisconsortes facultativos puder comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa, o juiz poderá limitar o número de litisconsortes no feito. “A limitação de litisconsórcio não impede que o(s) litisconsorte(s) excluído(s) ajuíze(m) sozinho(s) ação autônoma, tampouco que haja reunião das ações por conexão.”¹⁹⁴

Quanto ao destino dos litisconsortes no plano do direito material, pode ser unitário ou simples (também chamado de comum).

Litisconsórcio unitário é aquele em que o juiz tem de decidir a lide de modo igual para todos os autores ou todos os réus, não podendo a sentença ser procedente para uns e improcedente para outros. Há uma ligação de causa e efeito entre a natureza da relação jurídica controvertida (indivisível ou incindível) e essa necessária homogeneidade de julgamento do mérito¹⁹⁵. Por isso é que, nessa espécie de litisconsórcio, os atos e omissões que beneficiem um litisconsorte devem se estender na mesma medida aos demais; contudo, os atos prejudiciais de um não atingem a comunidade dos co-litigantes.¹⁹⁶

Ao contrário, no litisconsórcio simples ou comum, há tratamento diferenciado aos litisconsortes e o advento de decisões de mérito diferentes, pois não há entre eles uma relação jurídico-substancial incindível. Basta a

¹⁹⁴ Nelson Nery Junior; Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 348.

¹⁹⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 134.

¹⁹⁶ Nelson Nery Junior; Rosa Maria Andrade Nery, op. cit., p. 355.

possibilidade de a lide ser decidida de forma diferente entre os litisconsortes, para ser classificado como simples ou comum. Nele, há uma relativa independência entre os litisconsortes, de modo que os atos e omissões de cada um não “contaminam” os demais.

Sobre os litisconsórcios simples e unitário e o sistema recursal, o artigo 509 do Código de Processo Civil dispõe:

“Artigo 509 - O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.

Parágrafo único - Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns.”

Como a unitariedade litisconsorcial decorre justamente da existência de relações jurídico-substanciais incindíveis, estando os co-litigantes no processo na defesa de interesses comuns, e, ao contrário, no litisconsórcio simples os interesses são diferentes, pois decorrem de relações que podem ser cindidas, a interpretação que se extrai do artigo 509 do Código de Processo Civil é que, no litisconsórcio unitário, a eficácia do recurso interposto por um estende-se a todos, o que não ocorre no litisconsórcio simples ou comum. Neste, litisconsórcio simples ou comum, somente haverá a expansão subjetiva do recurso, isto é, o recurso interposto por um aproveitará aos demais quando o litisconsórcio for decorrente da solidariedade e a defesa apresentada ao credor pelo litisconsorte recorrente lhes for comum.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Cândido Rangel Dinamarco adverte que a previsão do artigo 509, parágrafo único do Código de Processo Civil não significa que a decisão de mérito haja de ser homogênea, mas apenas que há a extensão dos efeitos do recurso (*Litisconsórcio*, cit., p. 140).

9 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

O conceito processual de terceiro costuma ser dado por negação. Desse modo, todos os que não forem partes no processo pendente, mas que possam ser juridicamente prejudicados pela sentença, são terceiros.

A intervenção é medida excepcional no processo civil brasileiro, somente sendo admissível quando apoiada em permissivo legal expresso.¹⁹⁸

Athos Gusmão Carneiro destaca com muita propriedade que nem sempre o ingresso de outras pessoas no processo constitui intervenção de terceiros. É o que se dá com o ingresso de litisconsorte necessário e com a substituição da parte no curso do processo; o primeiro, por ser parte originária, e o segundo, por ser sucessor da parte original.¹⁹⁹

Como formas de intervenção de terceiros, o Código de Processo Civil prevê a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide e o chamamento ao processo. A assistência, embora prevista em capítulo diverso – juntamente com o litisconsórcio, também é modalidade de intervenção de terceiros.

9.1 Oposição

A oposição é, nos dizeres de Vicente Greco Filho, “uma verdadeira ação em que alguém ingressa em processo alheio pretendendo, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre o qual discutem autor e réu”²⁰⁰. Ou, conforme magistério de Cândido Rangel Dinamarco, “demanda através

¹⁹⁸ Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, cit., p. 134.

¹⁹⁹ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 52.

²⁰⁰ Vicente Greco Filho, op. cit., v. 1, cit., p. 141.

da qual terceiro deduz em juízo pretensão incompatível com os interesses conflitantes de autor e réu em um processo cognitivo pendente”.²⁰¹

O terceiro, chamado de opoente, ingressa no processo pendente entre o autor e o réu e aduz uma pretensão nova – daí dizer-se que processualmente a oposição é uma nova ação – sobre a coisa ou o direito objeto da lide, que ele busca no todo ou em parte para si. Interposta a oposição, os opostos, autor e réu da “ação principal”, assumem a condição de réus, em litisconsórcio necessário unitário²⁰², da “ação de oposição”.

A oposição teve origem no direito germânico, nas chamadas *assembléias dos homens livres*. Essas assembléias eram juízos públicos e universais que contavam com a participação de todos, de modo que o reconhecimento do direito de um dos litigantes tinha eficácia e força vinculante plena, excluindo eventual pretensão dos demais associados; assim, qualquer terceiro que possuísse interesse sobre o bem disputado pelas partes tinha que se manifestar, sob pena de sua pretensão ficar definitivamente afastada.

A oposição é classificada como interventiva ou autônoma conforme o momento de sua interposição, sendo que o limite temporal para o seu oferecimento é a prolação de sentença no processo pendente.

Será interventiva a deduzida antes de iniciada a audiência na ação principal (art. 59 do CPC). Proposta a inicial da oposição, esta será distribuída por dependência ao Juízo da ação pendente e apensada aos autos

²⁰¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 37.

²⁰² *Ibidem*, p. 90-92.

principais, constituindo-se um “incidente do processo”²⁰³. Citados os opostos para contestarem e superada a fase de saneamento, o juiz determinará a instrução conjunta de ambas as ações, que serão julgadas pela mesma sentença, que primeiramente decidirá sobre a oposição.

Quando já iniciada a audiência, mas antes do julgamento da causa pendente, será autônoma a oposição proposta, que tem a natureza de um novo processo, um “processo incidente”²⁰⁴, completamente autônomo do primeiro, mas cujos efeitos projetam-se sobre ele. Embora a inicial seja distribuída por dependência, formar-se-á um processo autônomo que será processado e julgado sem prejuízo da causa principal, nada obstando, porém, que o Juízo suspenda por até 90 dias a tramitação do processo principal, à espera da instrução da oposição para que possa proferir julgamento conjunto.

Conforme observa Cândido Rangel Dinamarco, na oposição interventiva o oponente deixa de ser terceiro no processo inicial instaurado entre os opostos e assume a posição de parte, em autêntico litisconsórcio ulterior; já na oposição autônoma, ele, oponente, mantém a qualidade de terceiro em relação ao processo inicial, somente assumindo a posição de parte se e a partir de quando reunidos os feitos para a prolação de sentença conjunta.²⁰⁵

A oposição somente é possível em processo de conhecimento pelo rito comum ordinário, bem como nos procedimentos especiais que, contestados, adotam o rito ordinário.²⁰⁶

²⁰³ Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 48.

²⁰⁴ Ibidem, mesma página.

²⁰⁵ Ibidem, p. 48 e 73-74.

²⁰⁶ Cândido Rangel Dinamarco destaca a possibilidade de intervenção na fase cognitiva dos processos cautelares “satisfativos”, pois esses processos não são cautelares, e ainda a admissibilidade da intervenção autônoma, em processos cujo procedimento seja especial (*Intervenção de terceiros*, cit., p. 67 e 71).

A doutrina admite a possibilidade de oposições sucessivas, também chamada de “oposição à oposição” – em que um terceiro se opõe a uma oposição já deduzida e à causa principal, e de oposições convergentes – em que há pluralidade de oposições, cada qual deduzida por um terceiro diferente e buscando para si o mesmo bem ou direito pretendido pelos autor (oposto) da demanda principal.

9.2 Nomeação à autoria

A nomeação à autoria, prevista nos artigos 62 a 69 do Código de Processo Civil, “é um procedimento para a correção do pólo passivo da relação processual”²⁰⁷. O réu, citado, considera-se parte ilegítima para a causa e indica outra pessoa que, segundo ele, é o legitimado passivo *ad causam* para figurar no seu lugar.

Nos termos do artigo 62 do Código de Processo Civil, quem apenas detiver a coisa – e portanto a tiver consigo em nome alheio – sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou possuidor. Assim, o réu que não é o proprietário ou o possuidor, citado deve, no prazo para a defesa, fazer a nomeação daqueles ao autor. A nomeação também é possível em ações indenizatórias de danos causados à coisa quando o réu, autor material dos prejuízos, alegar que o fez por ordem ou em cumprimento de instruções de terceiros.

Como a nomeação à autoria não é uma faculdade do réu, e sim um dever²⁰⁸, responderá por perdas e danos aquele que deveria fazer a nomeação e deixa de proceder quando lhe competia, ou se fizer erradamente,

²⁰⁷ Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, cit., p. 143.

²⁰⁸ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 77.

nomeando pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada. As perdas e danos serão pleiteadas pelo autor que ao final for declarado carecedor da ação, pela falsa indicação, para ressarcimento das despesas que teve e da perda de tempo que seria evitada se o demandado tivesse feito regularmente a nomeação.

Feita a nomeação, o juiz, deferindo o pedido, deve suspender o processo e ouvir o autor no prazo de cinco dias, para saber se ele aceita a alteração no pólo passivo da ação. Se o autor não aceitar, a ação tem seguimento em relação ao réu original, o nomeante; se o autor aceitar, deverá promover a citação do nomeado. Já o nomeado, citado, deve dizer se aceita ou não a nomeação. Se aceitar a nomeação, expressa ou tacitamente (caso o nomeado nada oponha), o nomeado exclui o réu/nomeante da relação jurídica processual e assume o pólo passivo; se o nomeado recusar a nomeação, negando a qualidade de proprietário ou possuidor, o processo tem seqüência contra o nomeante – o réu original. Tanto nessa última hipótese – quando o nomeado recusa essa qualidade – como também quando o autor recusa a nomeação feita pelo réu, deve o juiz reabrir o prazo para a defesa pelo réu-nomeante.

9.3 Denúnciação da lide

A denúnciação da lide, prevista nos artigos 70 a 76 do Código de Processo Civil, consiste no chamamento daquele que irá garantir ou indenizar a parte perdedora.

Para Athos Gusmão Carneiro:

“A denunciação da lide é prevista no Código de Processo Civil como uma ação regressiva, *in simultaneous process*, proponível tanto pelo autor como pelo réu, sendo citada como denunciada aquela pessoa contra quem o denunciante terá uma pretensão indenizatória, pretensão de ‘reembolso’, caso ele, denunciante, venha sucumbir na ação principal.”²⁰⁹

Através da denunciação, há a ampliação do processo objetiva e subjetivamente²¹⁰, porque se insere uma demanda implícita do denunciante contra o denunciado, de indenização por perdas e danos (ampliação objetiva do processo), e porque ingressa o denunciado que passará a demandar juntamente com o autor, se o denunciante for o autor, e juntamente com o réu, se o denunciante for o réu (ampliação subjetiva do processo).

O efeito da denunciação da lide é a cumulação de ações, de sorte que o denunciante, perdendo a causa originária, já obterá sentença também sobre sua relação jurídica perante o denunciado e estará por isso dispensado de propor nova demanda para reclamar a garantia da evicção ou a indenização de perdas e danos devida pelo denunciado. Ainda quando omissa no processo, sem participar, o denunciado fica vinculado ao que se decidir quanto à causa pendente entre o denunciante e seu adversário.²¹¹

A principal característica da denunciação é a eventualidade, pois somente é examinada a ação secundária de denunciação da lide se o denunciante for vencido pelo mérito na ação principal, hipótese em que, num só ato judicial, duas condenações serão proferidas: uma contra o denunciante e em favor do outro demandante; e outra contra o denunciado, em favor do denunciante.

²⁰⁹ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 79.

²¹⁰ Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, cit., p. 145.

²¹¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 146.

Embora conste dos artigos 74 e 75, inciso I que o denunciado assume a condição de litisconsorte, não há consenso doutrinário sobre a natureza de sua posição processual.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que o denunciado é assistente simples do denunciante²¹². Explicam que o denunciado tem interesse jurídico em que o denunciante vença a demanda – para que se desobrigue de indenizá-lo em regresso – mas não tem relação jurídica com o adversário do denunciante, sendo pois inviável classificar o denunciado como litisconsorte, justamente por faltar-lhe legitimidade *ad causam*. Concluem assim que “o que a lei quer é que o denunciado, aceitando a qualidade que lhe é imputada pelo denunciante, possa auxiliá-lo a vencer a demanda principal, com nítida atuação de assistente simples que tem interesse jurídico na vitória do assistido”.²¹³

Cândido Rangel Dinamarco também defende ser imprópria a classificação legal do denunciado como litisconsorte (arts. 74 e 75, inc. I), pois ele é inserido no processo com o objetivo de ajudar o denunciante a ter melhor sucesso em relação à causa pendente, sendo portanto um assistente do denunciante. Classifica-o, todavia, como assistente litisconsorcial.²¹⁴

Para Athos Gusmão Carneiro, tanto o denunciado pelo autor como o denunciado pelo réu, aceitando sua legitimidade na ação de regresso, tornam-se litisconsortes do denunciante e, como tal, sujeitam-se à eficácia da coisa julgada, tanto na ação principal, quanto na de regresso. No caso de denunciação no pólo passivo (que é o mais comum), como o denunciado é

²¹² Nelson Nery Junior; Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 383.

²¹³ *Ibidem*, p. 384.

²¹⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 145-146.

litisconsorte do denunciante – réu na ação principal, o autor, sendo procedente as ações principal e regressiva, pode executar a sentença condenatória diretamente contra o denunciado, respeitados logicamente os limites da condenação na demanda regressiva.²¹⁵

A denunciação da lide é procedimento típico do processo de conhecimento, sendo inconcebível nos processos de execução, cautelares e monitórios²¹⁶. Mesmo em alguns casos de processos de conhecimento, a lei veda a denunciação da lide, como nos que tramitam perante os Juizados Especiais (art. 10 da Lei n. 9.099/95), os inerentes a relações de consumo (art. 88 do CDC) e os sujeitos a uma tutela jurisdicional diferenciada, como é o caso do mandado de segurança e da ação popular. Quanto aos processos de conhecimento sujeitos ao procedimento sumário (art. 280 do CPC), somente é admissível a denunciação da lide nos casos fundados em contrato de seguro.

A denunciação da lide tem cabimento, segundo o artigo 70, nas seguintes situações:

- I - garantia da evicção;
- II - posse indireta;
- III - direito regressivo de indenização:

A primeira hipótese se refere à denunciação da lide ao alienante, quando o adquirente a título oneroso sofre reivindicação da coisa por outrem.

²¹⁵ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 113-115. Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, embora defendam não haver relação jurídica entre o autor e o denunciado, também entendem possível a execução direta da sentença pelo ganhador da ação principal contra o litisdenciado, “caso o devedor condenado na ação principal, e vencedor da denunciação, não tenha condições de suportar a execução da ação principal” (*Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 385).

²¹⁶ Nesse sentido: Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 104-106; Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 139; Nelson Nery Junior; Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 380.

A convocação se faz para que o denunciado venha garantir ao denunciante o exercício do direito que lhe advém da evicção, nos termos dos artigos 447 a 457 do Código Civil. A redação do artigo 456 do Código Civil coincide com a do artigo 1.116 do Código Civil revogado, devendo ser mantido o entendimento de que essa espécie de denúncia da lide é obrigatória, de modo que se o adquirente da coisa que está sendo reivindicada não denunciar a lide ao alienante, e vier a sucumbir no processo, não poderá exercitar contra o transmitente o direito de garantia que a evicção lhe resultaria, como a devolução do preço, lucros cessantes, dano emergente, juros de mora etc.²¹⁷

Quando a ação versar sobre bem em poder do possuidor direto – como o usufrutuário, o credor pignoratício, o locatário, o depositário, o comodatário, o usuário, o enfiteuta, o possuidor de direito real de habitação, o promissário-comprador etc. – e só este for demandado, cabe a denúncia da lide ao proprietário ou possuidor indireto. É essa a segunda hipótese do artigo 70.

Ao ceder a posse direta, o proprietário ou o possuidor indireto assume o dever de garantir o seu exercício e, então, se a posse é reivindicada por outrem, cabe ao possuidor direto que está sendo demandado denunciar a lide ao possuidor indireto ou ao proprietário, para que possa obter, na eventualidade de sucumbência, na sentença da própria ação por ele suportada, a condenação do possuidor indireto ou proprietário por perdas e danos, pela não garantia da posse cedida.

²¹⁷ Athos Gusmão Carneiro adverte sobre a existência de moderna corrente jurisprudencial que defende que a pretensão à restituição do preço mantém-se mesmo se não efetivada a denúncia (*Intervenção de terceiros*, cit., p. 85-86).

O mero detentor que tem contra si reivindicada a coisa, como não detém a qualidade de possuidor, não tem legitimidade passiva *ad causam* e, assim, cabe-lhe não denunciar a lide, mas sim proceder a nomeação à autoria do proprietário ou do possuidor indireto, livrando-se, desse modo, de uma demanda que não é sua (art. 62 do CPC).

A última hipótese do artigo 70, inciso III, se refere à denunciação da lide àquele que estiver obrigado, por lei ou contrato, a indenizar o denunciante, em ação regressiva, pelo prejuízo que eventualmente advier da perda da causa.

A falta de denunciação da lide, segundo a lição de Ernane Fidélis dos Santos²¹⁸, importa em perda do direito de regresso. Essa perda, porém, só ocorre em casos como o da garantia da evicção.²¹⁹

A maneira como foi redigido o *caput* do artigo 70 do Código de Processo Civil até dá a entender que a denunciação é obrigatória e que seu não exercício importa em perda do direito de regresso; todavia, excepcionada a hipótese do inciso I – evicção, em todas as demais, a denunciação da lide é facultativa²²⁰. No caso de evicção, a denunciação é obrigatória, no sentido de que se não o fizer, o pretense denunciante perde eventual direito subjetivo material perante terceiro, conforme previsto pela própria lei civil (art. 456 do CC). Nos demais casos, a ausência de denunciação implica tão-somente na

²¹⁸ Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de direito processual civil*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 97.

²¹⁹ A respeito: Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 373; Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, cit., p. 154.

²²⁰ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, op. cit., p. 373; Cândido Rangel Dinamarco. *Intervenção de terceiros*, cit., p. 139.

impossibilidade de obter a condenação do terceiro naquele mesmo processo.

Cândido Rangel Dinamarco leciona:

“Visando a denunciação da lide (a) a vincular o terceiro ao que fique decidido na causa entre o denunciante e seu adversário, bem como (b) a buscar a condenação do denunciado a indenizar se o denunciante se sair vencido naquela primeira causa (art. 76) – não denunciar significa não poder ganhar esses benefícios que, denunciando, seria possível obter.”²²¹

Embora doutrina e jurisprudência tenham evoluído no sentido de ampliar a admissibilidade da denunciação da lide, ela não pode se transformar em instrumento de denegação de justiça para o autor, alheio à relação de garantia. Assim, não se deve admitir na denunciação a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato.²²²

Pode a denunciação partir tanto do autor como do réu, e até daquele que já figura como denunciado, em relação a outros alienantes ou responsáveis regressivos anteriores.

O autor que desejar denunciar a lide, deverá fazê-lo no momento da propositura da ação, pedindo, na própria petição inicial, a citação do denunciado e a do réu. O juiz deverá marcar o prazo de resposta do denunciado, que em princípio será de 15 dias (art. 297), e o processo ficará suspenso (art. 72).

No caso da citação do denunciado, a lei marca o prazo de sua realização, que é de 10 dias para o residente na comarca, e de 30 dias, para o residente em outra comarca, ou em lugar incerto (art. 72, § 1º). “Não se

²²¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 138.

²²² Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, cit., v. 1, p. 151.

procedendo à citação no prazo marcado, a ação prosseguirá unicamente em relação ao denunciante” (art. 72, § 2º).

No curso do referido incidente, poderá o denunciado simplesmente permanecer inerte, caso em que, findo o prazo de comparecimento, o juiz determinará a citação do demandado, prosseguindo a ação apenas entre autor e réu. Outra hipótese é a do denunciado comparecer e assumir a sua posição, caso em que poderá aditar a petição inicial ou, finalmente, negar sua qualidade, quando então o autor prosseguirá com a ação contra o réu e terá assegurado o direito de ver solucionado na sentença final o direito decorrente da evicção ou da responsabilidade por perdas e danos, a cargo do denunciado.

Na denunciação feita pelo réu, o prazo para denunciar a lide ao terceiro é o da contestação (art. 71). Da propositura do incidente, decorrerá a suspensão do processo (art. 72), observando-se os mesmos prazos de citação e resposta já aludidos em relação à denunciação feita pelo autor (art. 72, § 1º).

Feita a denunciação da lide, não estará o réu obrigado a apresentar simultaneamente a contestação. Após a solução do incidente, deve ser reaberto ao denunciante o prazo para contestar, mesmo porque, na maioria das vezes, ele depende do comparecimento do denunciado para poder estruturar sua resposta.

Ao denunciado, o juiz marcará o prazo de resposta e, após sua citação, poderá ocorrer uma das hipóteses previstas pelo artigo 75 do sistema processual vigente.

Se o denunciado aceitar a denúncia, poderá contestar o pedido, no prazo de resposta (15 dias), que começará a fluir depois do prazo dado para responder à denúncia (isto é, depois que o processo deixar de sofrer os efeitos da suspensão inicial). Sendo o denunciado revel, ou seja, deixar de responder à denúncia, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe for atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa, até o final. O prazo de contestação será reaberto após a solução do incidente, mediante intimação do réu, como já afirmado, se a defesa não tiver sido oferecida juntamente com o pedido de denúncia da lide.

Caso o denunciado compareça e confesse os fatos alegados pelo autor, poderá o denunciante prosseguir na defesa, com reabertura do prazo de resposta, nas condições mencionadas no tópico anterior.

9.4 Chamamento ao processo

O chamamento ao processo, previsto nos artigos 77 a 80 do Código de Processo Civil, é caracterizado pelo chamamento de co-devedores, para que sejam registradas as suas responsabilidades pelo resultado da pendência.

É facultado ao réu demandado sozinho chamar ao litígio outros co-devedores ou o devedor principal, para serem todos condenados na mesma sentença e, justamente por configurar faculdade conferida ao réu, não pode o juiz determiná-la de ofício²²³. Admite-se o chamamento ao processo: 1) do devedor, na ação em que o fiador for réu; 2) dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; 3) de todos os devedores solidários,

²²³ Flávio Cheim Jorge, *Chamamento ao processo*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

quando o credor exigir de um ou de alguns deles parcial ou totalmente a dívida comum.

O chamamento ao processo foi introduzido em nosso sistema processual pelo atual Código de Processo Civil de 1973, e é alvo de inúmeras críticas.

A rigor, esse instituto constitui uma exceção ao princípio da “proibição do julgamento fora de pedido” (*ne procedat iudex ex officio*) e ao princípio da iniciativa da parte²²⁴, porque confere ao réu o poder de estabelecer o pólo passivo da relação processual, forçando o autor a litigar contra quem não deseja e ampliando os limites subjetivos da coisa julgada, fixados com o ajuizamento da ação²²⁵. Não obstante o autor tenha proposto a demanda contra apenas um devedor, outros devedores são convocados a participar do processo, e não por iniciativa do autor, mas sim do próprio réu.

Não bastasse esse inconveniente psicossocial²²⁶ do chamamento ao processo – de obrigar o autor a litigar contra quem não desejava – o instituto anula o sistema da solidariedade, que permite ao credor escolher o devedor que pretende acionar, cobrando do mesmo a totalidade da dívida.

A solidariedade passiva foi instituída visando conferir ao credor segurança e comodidade²²⁷, pois havendo vários devedores igualmente responsáveis pela totalidade do débito, o credor tem a facilidade de exigir o pagamento do de melhores condições financeiras, ou então do que for mais fácil de ser encontrado, evitando a necessidade de serem propostas múltiplas

²²⁴ Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, cit., v. 1, p. 155.

²²⁵ Flávio Cheim Jorge, *Chamamento ao processo*, cit., p. 34.

²²⁶ Ibidem, mesma página.

²²⁷ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, p. 173.

demandas e tornando mais seguro o recebimento da dívida. O instituto processual do chamamento ao processo, todavia, aniquila esse direito material, à medida que permite ao devedor solidário acionado incluir no pólo passivo os outros co-devedores que foram preteridos pelo autor.²²⁸

Outra crítica feita ao chamamento ao processo é que, ao ampliar o pólo passivo do processo, aumenta a morosidade processual, porque obriga o juiz a proceder uma instrução mais ampla, resolvendo questões e fatos que não constariam, se mantidas as partes originais do processo, o que prejudica justamente o credor que, segundo as normas de direito material, era quem deveria ser beneficiado.

Questão que divide a doutrina diz respeito à natureza jurídica do chamamento ao processo: se é ação condenatória ou meio de ampliação subjetiva da relação processual.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery entendem que o “chamamento ao processo é a ação condenatória exercida pelo devedor solidário que, acionado sozinho para responder pela totalidade da dívida, pretender acertar a responsabilidade do devedor principal ou dos demais co-devedores solidários, estes na proporção de suas cotas”²²⁹. Tido o chamamento ao processo como ação condenatória, haveria uma sentença

²²⁸ Vale consignar que Flávio Cheim Jorge entende que em certas circunstâncias o chamamento ao processo não atinge diretamente o instituto da solidariedade, isso porque poderá o credor (autor) na execução da sentença escolher contra qual dos devedores receberá a totalidade da dívida, sem que o devedor executado possa alegar o benefício de ordem, nem o de divisão, em razão da solidariedade. (*Chamamento ao processo*, cit., p. 88).

²²⁹ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 388. Também Ernani Fidélis dos Santos entende que o chamamento ao processo é ação condenatória: “Tanto a denúncia da lide quanto o chamamento ao processo são ações condenatórias incidentes. Nelas o denunciante ou o chamante, em relação ao denunciado e ao chamado, são autores.” (*Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 91).

única, mas com natureza dúplice, isto é, na mesma sentença seria julgada a ação principal, estabelecida entre o autor e o réu inicial – o chamante, e a ação secundária, de chamamento ao processo, estabelecida entre o chamante e os chamados. A vantagem do chamamento ao processo é que “o autor da ação principal é beneficiado com a sentença do chamamento, podendo executá-la também contra os chamados”²³⁰ e o chamado que satisfizer a dívida do credor se sub-rogará nos direitos deste, podendo cobrá-la dos demais co-obrigados.

Já Athos Gusmão Carneiro não considera o chamamento uma ação condenatória incidental, mas mera ampliação subjetiva do pólo passivo da relação processual²³¹. De igual entendimento é Flávio Cheim Jorge, para quem o chamamento ao processo visa unicamente à ampliação do pólo passivo da demanda, trazendo terceiro ao processo para figurar na posição de réu, em função de ter legitimidade *ad causam* para tanto²³², de onde decorre a formação de um litisconsórcio passivo, facultativo, ulterior e simples. Há uma única relação juridico-processual, tendo de um lado o autor e, de outro, os réus – o chamante e os chamados.

Dessa forma, a sentença é material e formalmente única, sendo proferida contra ou a favor dos réus ou a favor de um e contra os outros, e aquele que pagar a dívida sub-roga-se nos direitos do credor. Athos Gusmão Carneiro integra essa mesma corrente doutrinária, observando que “a rigor, a sentença de procedência é por si título executivo apenas em favor do autor, como qualquer outra sentença condenatória; mas, somada ao comprovante do pagamento (feito ao autor), também será título executivo em favor daquele

²³⁰ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 391.

²³¹ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 130.

²³² Flávio Cheim Jorge, *Chamamento ao processo*, cit., p. 37.

réu que efetuou o pagamento, se e na medida em que esse réu tiver direito de reembolso em face dos demais litisconsortes”.²³³

O chamamento ao processo é cabível nos processos de conhecimento de natureza condenatória, não sendo possível nos processos cautelares e de execução. No procedimento sumário, é expressamente proibida a sua utilização (art. 280 do CPC), e nos procedimentos especiais é possível, desde que o procedimento seja compatível com o instituto.²³⁴

O chamamento ao processo também tem lugar nas ações consumeristas de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, seja pelo fato do produto ou do serviço, seja por ato próprio ou de terceiro²³⁵, facultando ao fornecedor demandado a possibilidade de chamar ao processo o seu segurador, para que responda pela cobertura securitária contratada, afastando-se a necessidade de ação regressiva autônoma (art. 101, inc. II do CDC). Porém, para garantir rapidez na tramitação do processo, o legislador vedou a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil, devendo o segurador, o chamado na ação de responsabilidade civil, mover, se for o caso, ação regressiva contra aquele Instituto, para obter a parte que lhe cabe.

O réu deve requerer o chamamento ao processo no prazo da contestação. Caso o juiz repute incabível o chamamento, deve indeferi-lo liminarmente. Deferindo-o, o juiz deve suspender o processo e mandar citar os chamados, para que ofereçam resposta. Quanto ao autor, não pode se insurgir ao chamamento.

²³³ Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 137.

²³⁴ Flávio Cheim Jorge, *Chamamento ao processo*, cit., p. 156.

²³⁵ Kazuo Watanabe, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: artigos 81-90 e 101-102, cit., p. 797.

9.5 Assistência

Ocorre a assistência, prevista nos artigos 50 a 55 do Código de Processo Civil, quando há auxílio a uma das partes, podendo ser simples ou litisconsorcial.

Embora prevista pelo legislador junto com o litisconsórcio, a assistência é uma espécie de intervenção de terceiro, cabível quando o assistente tiver interesse jurídico, em que o assistido vença a demanda, razão por que deve agir de forma a auxiliar o assistido.

O artigo 50 trata da assistência simples, cabível quando o terceiro, assistente, tiver interesse jurídico de que uma das partes vença a ação. Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, há interesse jurídico quando a relação jurídica da qual seja titular o assistente possa reflexamente ser atingida pela sentença que vier a ser proferida entre o assistido e a parte contrária, não sendo necessário, embora comumente ocorra, que o assistente tenha efetivamente relação com o assistido.²³⁶

O assistente simples deverá atuar exercendo mera ajuda, não podendo contrariar a linha de defesa traçada pelo assistido. Dessa forma, ele pode recorrer se o assistido não o fez, mas não pode recorrer se o assistido expressamente renunciou esse poder ou desistiu de recurso aviado. Pode, todavia, o assistente alegar impedimento e suspeição do juiz. A presença do assistente não aumenta os poderes do assistido.

²³⁶ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 356.

Se o assistido for revel, o assistente simples assume posição que a doutrina considera de substituição processual, o que, no entanto, não evita as consequências das preclusões ocorridas no processo e tampouco só a sua presença faz evitar os efeitos da revelia.²³⁷

O artigo 54 trata da chamada assistência *litisconsorcial* ou *qualificada*. Segundo os professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a assistência litisconsorcial assemelha-se, de forma prática, a uma espécie de litisconsórcio facultativo ulterior. Pode ser assistente litisconsorcial todo aquele que, desde o início do processo, poderia ter sido litisconsorte facultativo unitário da parte assistida. As hipóteses de assistência litisconsorcial são as de litisconsórcio facultativo unitário. Há, neste caso, não só interesse jurídico e uma relação entre o assistente e o assistido, mas também e necessariamente uma relação entre o assistente e o adversário do assistido, de modo que a sentença atingirá diretamente a relação jurídica destes (o assistente e a parte contrária do assistido).²³⁸

Ainda segundo os mesmo autores, como a lide discutida em juízo também é do assistente litisconsorcial, seus poderes são de verdadeiro litisconsorte, podendo agir com total independência e autonomia em relação ao assistido, cabendo-lhe, assim, discordar de renúncia, confissão, transação, reconhecimento de pedido e desistência de recurso por parte do assistido. Não pode todavia reconvir, ajuizar ação declaratória incidental ou alterar o pedido ou a causa de pedir, bem como não pode desistir da ação, renunciar ao direito ou reconhecer a procedência do pedido “porque esses atos seriam desprovidos de eficácia se a eles se opusesse o assistido”.²³⁹

²³⁷ Cf. Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, cit., p. 137.

²³⁸ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 361.

²³⁹ *Ibidem*, mesma página.

Diferindo do entendimento desses autores, Cândido Rangel Dinamarco defende que a assistência tem o escopo de ajudar uma das partes, sendo sempre uma intervenção *ad cojuvandum*. Segundo ele, variam os poderes e faculdades do assistente no processo, conforme ele tenha ou não alguma relação jurídica com o adversário do assistido, mas sempre será um assistente, de modo que qualificá-lo como litisconsorcial não significa erigi-lo à condição de litisconsorte.²⁴⁰

A divergência entre esses autores reside no fato de que Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery não entendem possível em nosso sistema jurídico-processual o litisconsórcio facultativo ulterior, daí o potencial litisconsorte facultativo, que poderia desde o início ter ingressado no feito, ter que intervir na qualidade de assistente litisconsorcial²⁴¹. Já Cândido Rangel Dinamarco entende perfeitamente possível o litisconsórcio facultativo ulterior e diz que o assistente litisconsorcial somente poderia ser considerado litisconsorte se tivesse legitimidade para ser parte principal isolada naquela demanda, o que todavia não ocorre.²⁴²

A sentença transitada em julgado, em princípio, não poderá ser discutida tanto pelo assistente simples como pelo assistente qualificado, pois a justiça da decisão refere-se aos fatos que se tiveram por comprovados. Verificam-se, no entanto, duas exceções. Primeiramente, quando o terceiro prova que, pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença, conforme a disposição do artigo 55, I da legislação processual. Uma

²⁴⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 34.

²⁴¹ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 347 e 351.

²⁴² Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 48.

outra hipótese é quando desconhecida a existência de alegações ou provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

O agravo de instrumento é cabível contra a decisão que defere ou indefere a assistência, já que se trata de uma decisão interlocutória. Provido o recurso contra a decisão que deferiu a assistência, o assistente é afastado do processo, nulificados os atos que praticou, à exceção dos probatórios. Provido o recurso contra a decisão que indeferiu a assistência simples, o assistente ingressa no processo, mas o recebe no estado em que se encontra, pois sua atuação não pode retardar a marcha do processo. Provido o recurso contra a decisão que indeferiu a assistência litisconsorcial, o processo é declarado nulo, a partir do momento em que deveria intervir o assistente e não lhe foi permitido, a não ser que a decisão de mérito venha a lhe beneficiar.

10 LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL DE CONHECIMENTO CONDENATÓRIA

O processo é instrumento de satisfação do direito substancial e por isso, embora constitua ciência autônoma, seus institutos devem ser concebidos à luz do direito material e sempre tendo em vista os resultados pretendidos, que são exteriores ao processo.

O direito material e o direito processual são sistemas autônomos mas interdependentes, pois o direito material reflete, e por vezes até mesmo direciona, os institutos de direito processual, e sem este, por sua vez, aquele, o direito material, não se realiza.

A qualidade de parte, processualmente falando, resulta de um ato de vontade do autor (ou autores), que se coloca no pólo ativo da demanda e coloca outro (ou outros) no pólo passivo. Já a qualidade de parte legítima emerge de uma situação jurídica legitimante, que é extraída do direito substancial.

A legitimidade *ad causam* é questão processual que, a exemplo de várias outras, é totalmente informada pelo direito material porque é a situação substancial afirmada pela parte, que confere a legitimidade processual.

Especificamente no que diz respeito à legitimidade *ad causam* passiva, ela advém da circunstância de estar o réu situado no pólo passivo da obrigação de direito material que se pretende fazer valer em juízo. Donaldo Armelin leciona: “Sempre que o réu, além de citado no processo, estiver vinculado como parte passiva ou integrante de uma situação jurídica criada pela alegação do autor, real ou não, na sua petição inicial, está ele legitimado

ad causam de forma a possibilitar uma apreciação judicial do mérito do processo”²⁴³. Daí ter sido necessária nesta dissertação, que tem por objeto o estudo da legitimidade passiva na ação civil pública ambiental condenatória, a prévia análise do direito material ambiental.

10.1 Legitimado passivo

Resumidamente, quem, segundo os fatos alegados pelo autor figura como poluidor perante o direito substancial e tem, portanto, a obrigação legal de reparar o dano, é o legitimado passivo para a ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória. Como é o direito material que indica quem é o poluidor, não se podia desenvolver, sob a visão instrumentalista do processo, o estudo da legitimidade passiva *ad causam* sem que previamente fosse analisado quem é o poluidor e qual o tipo de responsabilidade que tem sobre a reparação do dano.

Agora que este trabalho atingiu o seu ponto culminante, faz-se necessária, para a sua perfeita compreensão, uma rápida recapitulação do que foi dito na primeira parte.

O artigo 225, *caput* da Constituição Federal, ao impor a todos, Poder Público e coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente, estabelece a possibilidade de que qualquer um seja responsabilizado pela prática de lesão ambiental, ou, por outras palavras, veda a instituição de hipóteses de irresponsabilidade do poluidor.

²⁴³ Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 103.

O poluidor é qualquer pessoa física ou jurídica que causa dano ambiental. Este, por sua vez, é a poluição causada pelo homem, é a degradação que afete o equilíbrio ecológico, natural ou social e que tenha o homem como seu causador direto ou indireto. Como o objeto de nosso estudo é a legitimidade passiva na ação civil pública ambiental, o dano que nos interessa é o que atinge o meio ambiente em sua concepção de macrobem de interesse da coletividade, de bem fundamental, difuso, unitário, indivisível e adéspota, e justamente por isso o dano que interfira no equilíbrio ecológico, na qualidade ambiental.

Também é fundamental lembrar que, em razão da natureza do bem ambiental e dos princípios que informam o direito ambiental, poluidor não é apenas quem pratica o dano ambiental, quem lesa o equilíbrio ecológico, mas também quem, com sua atividade, coloca em risco esse equilíbrio.

O bem ambiental é direito fundamental de garantia da dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange à preservação da vida. Quando se fala de dano ambiental, não se está referindo à lesão de um objeto qualquer, que possa sem maiores dificuldades ser reparado. O dano ambiental implica em lesão ao bem mais precioso existente: a vida humana. O que está em jogo é a qualidade da vida humana no presente e no futuro e a própria continuidade de sua existência. É por isso inconcebível que se exija que esse bem seja lesionado, para que somente então haja uma resposta à atividade lesiva.

Outrossim, vigoram em direito ambiental os *princípios da prevenção e da precaução*, segundo os quais incumbe ao Poder Público e à coletividade proteger e preservar o meio ambiente, de forma tal que até nos

casos em que não se souber com certeza especificar se a atividade acarretará ou não lesão ambiental, deverá ela ser coibida. E também o *princípio do poluidor-pagador*, o qual, além de apresentar idêntico conteúdo preventivo, dispõe que se não obstante os métodos preservativos lançados ocorrer o dano, incumbe ao poluidor ressarcir-lo integralmente.

Assim, ao ler o artigo 3º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), deve-se entender que ela, ao dispor sobre quem é o poluidor, trata não somente do poluidor efetivo, mas também do poluidor potencial – somente assim o texto de 1981 estará compatível com Constituição Federal de 1988. É poluidor não apenas quem lesa o meio ambiente, mas também quem, através de ação ou de omissão, causa um risco sério e fundado de degradar a qualidade ambiental.

Em suma, tem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que integre o pólo passivo da relação jurídica de direito ambiental substancial alegada pelo autor, isto é, quem, segundo os fatos narrados pelo autor na inicial, figure como sendo o responsável pela reparação do dano ambiental.

Como a Constituição Federal estende a “todos” a obrigação preservacionista, até os legitimados ativos para a ação civil pública (art. 5º da LCP e 82 do CDC) podem figurar no pólo passivo se, de alguma maneira, causarem ou concorrerem para a degradação ambiental, mas desde que atendam, evidentemente, às demais condições da ação e pressupostos processuais, o que permite antecipadamente concluir que alguns legitimados

ativos não poderão ser judicialmente acionados, por não atenderem aos pressupostos processuais.²⁴⁴

A colocação dos legitimados ativos como réus na ação civil pública se faz por ato faltoso deles ao tutelar o bem ambiental, sendo inadmissível que esses entes sejam acionados passivamente na condição de substitutos da coletividade, pois somente receberam da lei legitimidade para representá-la ativamente. Por isso, é vedado que haja reconvenção em ação civil pública, pois seria uma maneira de colocar a coletividade, através dos legitimados ativos, no pólo passivo da relação processual.

A circunstância de figurar no pólo passivo da ação dá ao réu a oportunidade de reconvir, mas não a legitimidade para reconvir. Somente haveria legitimidade para a ação reconvenicional se fosse possível o seu ajuizamento autonomamente²⁴⁵. Como as Leis ns. 8.078/90 e 7.347/85 apenas conferiram legitimidade ativa às pessoas e entidades, elas não podem ser colocadas no pólo passivo no lugar da coletividade, quer a legitimidade ativa para a ação civil pública seja considerada extraordinária, quer seja considerada autônoma ordinária.

Pelas mesmas razões, é vedado ao réu a propositura de ação declaratória incidental.

Em outras palavras, a legitimidade *ad causam* passiva para a ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória é ordinária,

²⁴⁴ O assunto voltará a ser abordado de maneira mais detida no capítulo seguinte.

²⁴⁵ Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 159.

decorrente de o réu se apresentar no processo como sendo o sujeito da relação jurídica material afirmada pelo autor.

Hugo Nigro Mazzili, embora reconheça não haja previsão legal para a substituição processual no pólo passivo, afirma ser possível e necessária a solução, dès que a coisa julgada se forme em benefício da coletividade substituída, e não em seu prejuízo, e justifica a medida face às dificuldades que os tribunais se defrontam quando há multiplicidade de interessados indeterminados no pólo passivo²⁴⁶. A respeito, é oportuno destacar que se tem admitido a citação por edital quando se tratar de litisconsórcio multitudinário, pois as normas processuais não podem ser interpretadas no sentido de impossibilitar o andamento da causa.

Por fim, ainda no que diz respeito à legitimidade passiva para a ação civil pública ambiental, mister se faz analisar a admissão de litisconsórcio ou de intervenção de terceiro no pólo passivo.

10.2 Litisconsórcio e intervenção de terceiros no pólo passivo da ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória

Não se pode negar a possibilidade de litisconsórcio no pólo passivo da ação civil pública ambiental, pois quem tem legitimidade para figurar sozinho no pólo passivo da demanda também o tem para estar junto de outrem.

²⁴⁶ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 217.

Como a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente é solidária, há inegável comunhão de obrigações entre os devedores solidários, os co-poluidores, configurando a hipótese de litisconsórcio prevista no artigo 46, inciso I do Código de Processo Civil. Nesse caso, o legitimado ativo para a ação civil pública poderá escolher se pretende acionar apenas um poluidor, ou alguns ou todos – caso em que se estabelecerá o litisconsórcio passivo facultativo.

A regra em nosso sistema processual é a facultatividade do litisconsórcio, sendo a litisconsorcialidade necessária exceção permitida apenas nos casos previstos em lei. Em assim sendo, o juiz não pode impor a formação de litisconsórcio facultativo, sob pena de estar ele, juiz, criando hipótese de necessariedade litisconsorcial, o que não é permitido. Cândido Rangel Dinamarco esclarece que “ou a necessariedade resulta do direito positivo, ou o litisconsórcio é dispensável e o juiz há de conformar-se com isso. (...) A exigência que o juiz fizer, por nobre que possa ser sua inspiração, esbarrará na garantia constitucional da ação, limitando a amplitude desta onde a lei não limita”²⁴⁷. Dessa forma, proposta a ação civil pública ambiental contra apenas um poluidor, não pode o juiz determinar o ingresso dos co-poluidores no feito.

Nas ações civis públicas ambientais de reparação de dano, são mais raros os casos de litisconsórcio necessário porque, ainda quando visam a reparação de dano ambiental causado em bem imóvel, têm natureza pessoal, e não real. Todavia, não é inviável a possibilidade de litisconsórcio necessário no pólo passivo da ação ambiental, podendo ser citado como exemplo ação

²⁴⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 213.

civil pública condenatória por danos causados pelo marido e sua mulher, que será objeto de estudo mais detalhado no capítulo seguinte.

Como a responsabilidade ambiental é objetiva e solidária, Hugo Nigro Mazzili e Nelson Nery Júnior negam a possibilidade de denunciação da lide e de chamamento ao processo²⁴⁸. Já Rodolfo de Camargo Mancuso admite todas as hipóteses de intervenção de terceiros, excetuada a oposição.²⁴⁹

Realmente, nem sempre é possível a intervenção de terceiros.

Quanto à oposição – em que o oponente ingressa no processo apresentando uma pretensão própria sobre a coisa ou direito objeto da lide²⁵⁰, é praticamente impossível imaginar uma situação em que um indivíduo tenha interesse em uma decisão judicial que exclua a possibilidade de ser acolhida a pretensão feita pelo legitimado ativo da ação civil pública ambiental. Daí concluir Cândido Rangel Dinamarco que a oposição é instituto de direito individual, sendo incabível nas ações coletivas:

“Seja na feição interventiva de origem germânica, seja configuração de demanda autônoma do direito comum, a oposição é sempre um instituto de direito processual civil individualista, não se vislumbrando como possa manifestar-se nos processos coletivos do direito moderno. As ações civis públicas, ou coletivas, que vão ganhando corpo e relevância social e política na sociedade atual, constituem instrumento em si mesmo apto a produzir efeitos e autoridade *erga omnes*, sendo difícil imaginar a possibilidade de configurar-se ali aquela incompatibilidade entre pretensões que, por definição, constitui a mola legitimadora do instituto da oposição.”²⁵¹

²⁴⁸ A respeito: Hugo Nigro Mazzili, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 215 e 222; Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 379.

²⁴⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 175.

²⁵⁰ Conforme Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., 60.

²⁵¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 45.

A denunciação da lide – em que o denunciante promove no mesmo processo uma ação regressiva contra terceiro²⁵², também não deve ser admitida na ação civil pública ambiental.

A denunciação promove a ampliação subjetiva e objetiva da demanda porque, com o ingresso do terceiro no processo, há a instauração de uma segunda lide, indenizatória, de modo que, em um único processo, haverá uma única instrução e uma única sentença que versará sobre as duas demandas. Embora a denunciação da lide represente uma enorme economia processual, justamente por permitir que se mova uma ação regressiva no mesmo processo, implica em maior morosidade no julgamento, com o que, nesse sentido, prejudica o autor da ação principal.

No processo individual, a morosidade experimentada pelo autor principal é justificada pelo maior proveito útil da jurisdição, ocasionado pela resolução de duas lides em um mesmo processo. No processo civil coletivo, mais especificamente no que se refere às ações ambientais, os entraves causados pela ampliação objetiva da demanda, com a conseqüente demora no julgamento da causa, não prejudicam exatamente o autor, mas toda a coletividade, devendo, dessa forma, ser vista com prudência a admissão de denunciação da lide nesse tipo de processo.

Das três hipóteses legais de denunciação da lide (art. 70 do CPC), a que teria maior aplicação na ação civil pública de conhecimento condenatória seria a do inciso III – relacionada às ações de garantia, e que consiste na denunciação da lide àquele que, por disposição legal ou contratual, estiver obrigado a indenizar em ação regressiva o prejuízo do que perder a demanda.

²⁵² Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 61.

Ocorre que quando a denúncia acarretar a inserção de matéria nova, não vinculada diretamente ao *thema decidendum* objeto da cognição, deve ser refutada²⁵³. É o que se dá especificamente nas ações civis públicas de conhecimento condenatórias, baseadas na responsabilidade civil objetiva, em que o ingresso do denunciado instaura entre ele e o denunciante uma segunda demanda, fundada na culpa. O autor, que teria a sua ação julgada procedente provando tão-somente a ocorrência do dano e o nexo causal a ligá-lo à atividade do réu, não pode ter o processo dilatado, para se discutir a culpa do denunciado no evento danoso.

Inúmeros são os julgados dos tribunais nesse sentido, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais destacam-se:

- “1. É parte legítima para figurar no pólo passivo da ação civil pública a pessoa jurídica ou física apontada como tendo praticado o dano ambiental.
2. A ação civil pública deve discutir, unicamente, a relação jurídica referente à proteção do meio ambiente e as suas consequências pela violação a ele praticada.
3. Incabível, por essa afirmação, a denúncia da lide.
4. Direito de regresso, se decorrente do fenômeno de violação ao meio ambiente, deve ser discutido em ação própria.
5. As questões de ordem pública decididas no saneador não são atingidas pela preclusão.
6. Recurso especial improvido” (STJ – 1ª T., REsp n. 23.2187/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 8.5.2000).²⁵⁴

“A ação civil pública assenta-se em disposição legal que dispensa invocação de culpa para um decreto condenatório. A ela não se ajusta, portanto, o artigo 70, III do Código de Processo Civil, não havendo lei ou contrato a impor o regresso nos mesmos autos, senão disposição civil genérica que poderá ser acionada pelas vias próprias. A investigação de culpa do denunciado, assim, não pode ocorrer nos mesmos autos, diversificados os fundamentos da lide.” (TJSP – RT 620/69).²⁵⁵

²⁵³ Nesse sentido, conferir: Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, cit., p. 150-155.

²⁵⁴ Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 26 mar. 2003.

²⁵⁵ Disponível em: <www.tjsp.gov.br>. Acesso em: 26 mar. 2003.

Assim, não se deve admitir a denunciação da lide nas ações ambientais de responsabilidade civil, quando isso ocasionar a introdução de questão nova estranha à demanda originária, em detrimento à recomposição do meio ambiente lesado.

Convém lembrar que, pela mesma razão, é vedada a denunciação da lide nas ações consumeristas de indenização, por fato do produto ou do serviço (art. 13, parágrafo único, c.c. art. 88 do CDC). Segundo Kazuo Watanabe, o nosso sistema processual admite que o direito de regresso seja postulado na própria ação originária, através da denunciação da lide, desde que ele decorra unicamente do fato da sucumbência na ação principal, sem a necessidade de intromissão de um outro fundamento, de nova causa de pedir, na demanda²⁵⁶. Daí ter sido vedada pelo legislador a denunciação da lide nas ações de indenização, por fato do produto ou do serviço, porque “a dedução dessa lide incidental será feita com a invocação de uma causa de pedir distinta”²⁵⁷, o que prejudicaria o consumidor no exercício de seus direitos.

Ora, diante da interação processual entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública (arts. 90 do CDC e 21 da LACP), deve-se estender a proibição da denunciação da lide, nas ações ambientais de conhecimento condenatória que, a exemplo das lides de consumo citadas, são fundadas na responsabilidade civil objetiva.

Como nas demais hipóteses legais de denunciação da lide previstas no artigo 70, incisos I e II, o objeto da demanda é a coisa ou os direitos reais ou possessórios a ela inerentes, fica praticamente afastada a

²⁵⁶ Kazuo Watanabe, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: artigos 81-90 e 101-102, cit., p. 760.

²⁵⁷ Ibidem, mesma página.

denúnciação nas ações civis públicas ambientais de conhecimento condenatórias, cujo objeto seja a reparação do dano causado ao meio ambiente.

Até na hipótese de estar sendo judicialmente acionado à reparação do dano ambiental o possuidor direto de imóvel, não tem incidência o inciso II do artigo 70, posto que não estará sendo pleiteado o exercício da posse, mas a sanidade do meio ambiente. Além do mais, nesse caso, para que o possuidor direto do imóvel pudesse denunciar a lide ao possuidor indireto, seria necessário que tivesse direito a uma pretensão indenizatória, em razão da limitação ao exercício do seu direito possessório, o que, todavia, implicaria na já condenável ampliação do objeto da demanda. Cite-se como exemplo o arrendamento rural para cultivo agrícola, em que grande parte da área arrendada é de preservação permanente ou constitui reserva legal. Acionado o arrendatário a reparar o dano ambiental causado, a sua atitude de denunciar a lide ao proprietário/arrendante, para ver-se indenizado pela limitação ao exercício do seu direito possessório, ensejaria a ampliação do objeto da demanda, posto que se passaria a discutir, além da obrigação de reparar o dano ambiental, se o arrendatário tem ou não direito a tal pretensão ao aceitar arrendar área que, por lei, não poderia ser explorada.²⁵⁸

Portanto, mesmo que se entenda cabível a denúncia da lide em qualquer ação proposta contra o possuidor direto que implique, mesmo que reflexamente, em limitação ao exercício da posse – ainda que o objeto

²⁵⁸ É importante esclarecer que, caso o proprietário do imóvel seja acionado à reparação do dano ambiental, não pode utilizar a denúncia da lide para incluir no litígio o arrendatário que, segundo ele, seria o causador do dano, porque o artigo 70, inciso II faculta essa possibilidade apenas ao possuidor direto, e não ao indireto.

principal do litígio não seja a posse, ela não deve ser admitida nas lides ambientais, se ensejar introdução de novo fundamento fático.

Nesses casos em que o exercício da posse está dividido em direto e indireto, como em matéria de responsabilidade civil ambiental há solidariedade entre os poluidores, talvez pudesse ser aventada a possibilidade do chamamento ao processo; porém este, como se tratará a seguir, também não deve ser admitido na ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória.

Pelo mesmo motivo e fundamentados na responsabilidade solidária, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também vedam na ação civil pública ambiental o chamamento ao processo – instituto através do qual um terceiro ingressa no pólo passivo da relação processual juntamente com o réu e a pedido deste. Interessante destacar que, de início, Nelson Nery Junior entendia possível o chamamento ao processo na ação civil pública ambiental, para que o juiz, num mesmo processo, já acertasse a parcela de responsabilidade de cada poluidor co-causador do prejuízo²⁵⁹; todavia, reformulou posteriormente seu pensamento, excluindo essa possibilidade:

“Ação civil pública. Quando nela se discuta responsabilidade objetiva do réu, é vedada a utilização da denúncia da lide e do chamamento ao processo (Nery, CDC Coment., 658, idem, DC 1/210; idem, RP 61/30; modificamos nosso pensamento anterior, externado em Just. 126/184, que admitia o chamamento), pois significaria introdução de fundamento novo, nova causa de pedir, estranha à pretensão deduzida na ACP. Esta é a razão de ser do CDC 88 (Watanabe, CDC Coment., 534).”²⁶⁰

²⁵⁹ Nelson Nery Junior, Responsabilidade civil por dano ecológico e ação civil pública, cit., p. 183-184.

²⁶⁰ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 389.

De fato, não se deve admitir o chamamento ao processo na ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória, em que pese o disposto no artigo 77, inciso III do Código de Processo Civil.

Como a responsabilidade civil ambiental é solidária, havendo mais de um poluidor, o autor da ação pode escolher entre acionar um, alguns ou todos os poluidores. O chamamento ao processo, por sua vez, é, dentre outras hipóteses, cabível quando, em havendo solidariedade passiva, o autor da demanda exigir de um ou de alguns dos devedores o cumprimento, total ou parcial, da obrigação. Assim, interpretando-se tão-somente o disposto no Código de Processo Civil, é forçoso concluir pelo cabimento do chamamento ao processo nas ações civis ambientais de conhecimento condenatório. Ocorre que, conforme já dito no capítulo anterior, o chamamento ao processo inviabiliza o instituto da solidariedade, introduz fundamento novo na demanda e imprime maior morosidade no julgamento da causa, o que não deve ser tolerado, em se tratando de direito ambiental.

Na hipótese de processo civil individual, a doutrina costuma justificar a validade do chamamento ao processo, sob o argumento da economia processual, pois evita que o réu tenha que se valer de um outro processo para exercer o seu direito de regresso. Por sintetizar bem os argumentos expendidos pelos defensores desse instituto, seguem os comentários de Cândido Rangel Dinamarco:

“Tanto quanto o litisconsórcio, a oposição, a denúncia da lide etc., também o chamamento ao processo alarga em alguma medida o objeto do conhecimento do juiz, tornando necessário resolver questões, investigar fatos e, enfim, proceder a uma instrução mais ampla e, por isso, mais demorada que aquela que se daria se não ocorresse a pluralização de partes no processo. Isso só deporia contra o instituto, porém, se se partisse da nefasta premissa inerente ao método do processo civil do autor, hoje repudiado por todos que buscam um processo de resultados e propugnam

pela busca do maior proveito útil possível mediante o exercício da jurisdição. Se um só processo for capaz de oferecer resultados para cuja obtenção seriam necessários dois ou três, é legítimo impor ao autor essa espera, em nome do interesse público e da boa fluência do sistema. Ao comprometer parcialmente a utilidade do instituto jurídico-substancial da solidariedade passiva, o chamamento ao processo oferece algo que é de maior utilidade geral, legitimando-se, por isso.”²⁶¹

Esses argumentos podem ser aceitos no processo civil individual, em que se tutelam interesses individuais, mas não no processo civil coletivo, principalmente o ambiental, em que o objeto de tutela é, em última análise, a própria manutenção da vida humana.

A responsabilidade ambiental é objetiva e solidária. Não interessa que o agente poluidor não tenha tido a intenção de causar o dano; que tenha atuado lícitamente, amparado em licença do Poder Público; que não tenha sido o único e nem o principal causador do dano; que a lesão ambiental preexistisse à conduta danosa do agente. Quem, de qualquer maneira, mesmo que indiretamente e sem intenção, concorra à causação de dano ambiental, é obrigado a repará-lo integralmente.

Ao se permitir que o poluidor acionado através de ação civil pública chame ao processo os demais co-poluidores para que possam *acertar suas parcelas de responsabilidades*, inevitavelmente irá se estabelecer entre eles discussão sobre culpa, sobre o *quantum* danoso provocado por cada um, sobre quem seria o “poluidor principal” etc., discussões essas que não interessam ao direito material referente ao meio ambiente. Sendo a ação originária, estabelecida entre autor e réu, fundada na responsabilidade objetiva, não se pode admitir que o chamamento ao processo fundamente-se

²⁶¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, cit., p. 163.

na responsabilidade subjetiva²⁶². Outrossim, haveria um alargamento tal da lide que, se não inviabilizasse, com certeza dificultaria sobremaneira o exercício do direito do autor que, no caso, é a própria coletividade.

Também não se pode admitir o chamamento ao processo porque isso inviabilizaria o instituto da solidariedade e este, em matéria ambiental, decorre da própria estrutura do bem ambiental e da Constituição Federal, não podendo, pois, ser aniquilado pelo direito processual.

É a Constituição Federal que classifica o meio ambiente como um bem de *uso comum do povo*. Portanto, na concepção de macrobem, de bem essencial à sadia qualidade de vida, o meio ambiente pertence a todos, é um bem *adéspota*, não podendo ser objeto de apropriação nem pelo particular, nem pelo Estado. É por essa mesma razão *indivisível*, não havendo como determinar a parcela que pertence a cada pessoa, e apesar de composto por vários aspectos ou subsistemas, esses são interdependentes e formam um todo único, que é o que confere o equilíbrio ecológico, ou qualidade ambiental, advindo daí a sua unitariedade.

Sendo o bem ambiental difuso, adéspota, indivisível e unitário, qualquer um que concorra em lesioná-lo pode ser impelido a reparar o dano e, ao fazê-lo, responder pelo todo, justamente por se tratar de um bem que não admite fracionamento.

Ora, como pode uma disposição processual afastar uma característica que é intrínseca de um bem jurídico tutelado constitucionalmente e que constitui direito fundamental: o bem ambiental?

²⁶² Além de Hugo Nigro Mazzilli e Nelson Nery Júnior, já referidos, também Flávio Cheim Jorge entende ser inadmissível que, na ação fundada em responsabilidade objetiva, introduza-se discussão sobre culpa através do ingresso do chamado (*Chamamento ao processo*, cit., p. 91).

Ademais, a própria Constituição Federal, ao dispor sobre a responsabilidade ambiental, já o faz considerando a solidariedade. No *caput* do artigo 225, é imposto a todos, Poder Público e coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente. Trata-se de um dever solidário que incide sobre todos indistintamente, de modo que qualquer um que não o cumpra possa ser acionado. Mais explicitamente, no parágrafo 3º, a Constituição Federal impõe *aos infratores*, todos, responsabilidade civil, penal e administrativa pelos danos causados.

Também a Lei n. 6.938/81 e o artigo 942 do Código Civil fundamentam a solidariedade passiva ambiental.

Se é certo que o direito processual não pode inviabilizar o exercício do direito material porque o processo é o instrumento de realização do direito material²⁶³, mais incontestável é ainda que o direito processual não pode inviabilizar a proteção de um direito fundamental, difuso e essencial à vida humana, que é o meio ambiente. Se o chamamento ao processo é instituto processual criado para privilegiar o réu, como pode se sobrepor ao direito que todos têm de ver satisfatoriamente tutelado o meio ambiente? Saliente-se ainda que a Constituição Federal, ao impor a todos, Poder Público e coletividade, o dever de proteger e preservar o meio ambiente, fixa, no âmbito do Estado-juiz, a obrigação da adoção de medidas judiciais protetivas do bem ambiental – e não o contrário.

Assim é que não deve ser admitido pelo juiz o chamamento ao processo dos co-poluidores ambientais, não obstante a previsão do artigo 77, inciso III do Código de Processo Civil.

²⁶³ Nesse sentido, consultar: Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996; José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

Na melhor das hipóteses, pode excepcionalmente ser admitido o chamamento ao processo na ação civil pública ambiental, *desde que o autor concorde com o ingresso do terceiro* (seria necessário, portanto, uma adequação no procedimento, eis que este não dá ao autor a oportunidade de se manifestar quanto ao ingresso do chamado) *e a sua inclusão não cause nenhum prejuízo ao direito difuso defendido*. Seria o caso, por exemplo, de ação civil pública proposta contra o empregado que, a mando de seu patrão, provocou grave dano ambiental. Nesse caso, o empregado não poderia nomear seu patrão à autoria e com isso sair da relação processual porque, em razão da solidariedade que vige na responsabilidade civil ambiental, ele, empregado, também é parte legítima para a causa. Todavia, e também em razão da solidariedade, o empregado poderia chamar o patrão ao processo, figurando ambos no pólo passivo da relação processual, devendo o juiz ouvir o autor, que certamente iria concordar com o ingresso do patrão, em razão de sua melhor condição financeira.

A nomeação à autoria – em que o réu, por se julgar parte ilegítima, indica terceiro que reputa legitimado passivamente para a causa para o substituir – não é possível nos casos de ação civil pública ambiental.

A nomeação à autoria tem lugar em ações cujo objeto do pedido é a coisa ou em ações de indenização por danos causados à coisa²⁶⁴. Nos termos dos artigos 62 e 63 do Código de Processo Civil, sempre que o réu for mero detentor da coisa e for a demanda em seu nome próprio ou em ações de indenização por prejuízos causados à coisa em que ele, réu, alega ter agido sob ordens de terceiro, deverá nomear à autoria o proprietário ou possuidor – no primeiro caso – ou o mandante ou empregador – no segundo caso.

²⁶⁴ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 369.

Ora, a ação de responsabilidade civil por danos ambientais tem por objeto a reparação do dano ambiental, que eventualmente pode se concentrar em um imóvel, como, por exemplo, danos causados à fachada de um prédio tombado em razão de seu valor histórico e cultural, mas nem nessa hipótese o objeto da ação será o imóvel. Isso já afasta a possibilidade de nomeação à autoria na hipótese prevista no artigo 62, do Código de Processo Civil. Outrossim, como a responsabilidade civil em matéria ambiental é objetiva e solidária, qualquer um que direta ou indiretamente concorra para o dano, independente de culpa, pode ser acionado, pouco importando a que título o poluidor detinha a coisa em que houve o dano ambiental – se proprietário, possuidor, detentor ou fâmulos da posse.

Também porque a responsabilidade civil ambiental é objetiva e solidária é que não cabe a nomeação à autoria em ações indenizatórias por prejuízos causados à coisa pelo réu, a mando de outrem (art. 63 do CPC). Não interessa que o poluidor, sendo empregado, pratique a lesão ambiental a mando de seu patrão; tendo causado, mesmo que indiretamente o dano, é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda (da mesma maneira que seu patrão também o seria, em litisconsórcio facultativo) e, por tal motivo, não pode se valer da nomeação à autoria que, como já visto, é forma de correção de inicial ilegitimidade passiva.

Para a ação civil pública ambiental, não interessa a que título o réu detém a coisa ou se praticou a conduta por ato próprio ou a mando de terceiro. Figurando o réu, ao menos em princípio, como sendo quem praticou a atividade que deu causa ao dano ou que concorreu para a sua ocorrência, terá legitimidade passiva *ad causam*, pouco importando ser proprietário, possuidor ou mero detentor do imóvel onde ocorreu o dano ambiental, ou ter agido sob ordens de terceiro. Se ao final do processo restar comprovado que

não houve o dano ou que o réu nem indiretamente concorreu para a sua ocorrência, será caso de improcedência do pedido, e não de ilegitimidade de parte.

Quanto à assistência, simples ou litisconsorcial, é cabível no pólo passivo da ação civil pública ambiental, quando o assistente tiver interesse jurídico que o réu/assistido vença a demanda (assistência simples) ou quando a sentença puder influir na relação jurídica havida entre o assistente e o autor da demanda (assistência litisconsorcial). É certo ainda que como nem o assistente simples nem o litisconsorcial podem alterar o pedido ou a causa de pedir, a eles é vedado incluir a culpa no mérito da causa.

11 LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL DE CONHECIMENTO CONDENATÓRIA: CASUÍSTICA

Como já dito, qualquer pessoa que figure na relação jurídica de direito material informada pelo autor como sendo o poluidor, o responsável pela reparação do dano ambiental, é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação civil pública ambiental.

Neste capítulo, serão relacionados alguns legitimados passivos *ad causam* da ação civil pública ambiental e sua responsabilidade civil.

Cumprе destacar que o elenco é meramente exemplificativo – fixado com base na jurisprudência e na atuação extraprocessual do Ministério Público na defesa do meio ambiente, sendo relacionadas as pessoas que mais comumente figuram, ou podem por sua atuação virem a figurar, no pólo passivo da ação.

11.1 Legitimidade passiva da pessoa física

Como a Constituição Federal impõe a todos o dever de proteger e preservar o meio ambiente (art. 225, *caput*) – um bem que, por ser essencial à sadia qualidade de vida é pressuposto à dignidade da pessoa humana – e ordena expressamente que a preocupação ambiental deve orientar o homem inclusive no desempenho de suas atividades econômicas (art. 170, VI) e na exploração da propriedade rural (art. 186, II), qualquer pessoa pode ser responsabilizada por danificar ou colocar em perigo um bem ambiental.

Conforme já explicitado, da conjugação do artigo 3º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente com o artigo 225 da Constituição

Federal, qualquer pessoa física que com sua ação ou omissão degradar o meio ambiente ou o puser em perigo é considerado poluidor e deve responder civil, administrativa e penalmente por sua atividade.

A responsabilidade por omissão, porém, não se estende indiscriminadamente a toda e qualquer pessoa que deixe de atuar para a preservação do meio ambiente ou que não impeça a degradação causada por outrem. Fosse assim, causada uma lesão ambiental no Rio de Janeiro, por exemplo, poderia ser acionado um morador da cidade de São Paulo, por não ter atuado para impedir o dano. A responsabilidade civil ambiental por omissão somente incide sobre quem inobserva um dever específico de agir.

A responsabilidade desse poluidor, também já foi dito, é objetiva e solidária. Isso significa que havendo dois ou mais responsáveis pela lesão, efetiva ou potencial, qualquer um poderá ser acionado para, sozinho ou com os demais, repará-la, bastando comprovar-se a ocorrência do dano, a atividade praticada pelo poluidor e o nexo causal a ligá-lo ao dano, prescindindo-se da comprovação de culpa.

11.1.1 Legitimidade passiva do adquirente de imóvel

Incumbe lembrar que, segundo a Lei n. 6.938/81, poluidor é quem é direta ou *indiretamente* responsável por atividade que causa degradação ambiental. É certo assim que o desempenho anterior de uma atividade poluidora não confere o direito adquirido de continuar a poluir, ainda que diversos os poluidores (pretérito e atual).

Sob esse aspecto, é importante verificar se o proprietário atual de um imóvel ambientalmente degradado pelo proprietário antecessor é parte legítima para a ação civil pública que visa a reparação dessa degradação.

11.1.1.1 Função socioambiental da propriedade

Um dos fundamentos à responsabilização do proprietário de um imóvel pelos danos ambientais nele existentes é o reconhecimento pelo sistema jurídico pátrio da função socioambiental que recai sobre toda e qualquer propriedade.

A função social da propriedade (reconhecida expressamente pela nos arts. 5º, XXIII, 170, III e 186 da CF) consiste, segundo Cristiane Derani, em um conjunto de deveres e responsabilidades que incidem sobre o proprietário, e mais que limitar o exercício do direito de propriedade, informam toda a relação de propriedade. Dessa forma, “a escolha do que realizar, dos meios empregados, da intensidade da atividade e da destinação das vantagens obtidas não pode mais ser tomada do ponto de vista exclusivamente individual do proprietário”²⁶⁵. Somente há direito de propriedade amparado constitucionalmente se o conteúdo do domínio respeita e até incrementa o bem-estar social.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que em diversos artigos dispôs sobre o meio ambiente, e especificamente no artigo 225, *caput*, inserto no título “Da Ordem Social”, disse que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à

²⁶⁵ Cristiane Derani, A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 27, p. 60, jul./set. 2002.

coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, é inegável que o homem, em cada uma de suas condutas, deve pautar-se de maneira ecologicamente saudável, sempre tendo em vista o equilíbrio ecológico, que é fator que propicia o bem-estar social buscado pela Constituição Federal (art. 193).

A função socioambiental da propriedade significa que a relação de poder entre o sujeito (proprietário) e o objeto (propriedade) deve ser exercida de modo a colaborar com a manutenção do equilíbrio ecológico, devendo trazer um resultado ambientalmente vantajoso à sociedade e à sua qualidade de vida. Ao exercer o seu domínio sobre o imóvel, o proprietário não pode apenas buscar a sua satisfação individual, mas também e principalmente a satisfação social, e nesta está incluída a colaboração com a qualidade ambiental, posto ser indispensável à vida e ao bem-estar social.

A qualidade do meio ambiente está diretamente relacionada com a qualidade de vida e bem-estar da população. É por essa razão que a Constituição Federal condiciona a ordem econômica e seu desenvolvimento à defesa do meio ambiente (art. 170, inc. VI), deixando claro que não interessa ao país um desenvolvimento desordenado, alcançado às custas do desequilíbrio ecológico, pois acaba, ao final, por afetar a qualidade de vida do próprio homem.

A Constituição Federal estende à propriedade, tanto à rural como à urbana, o desenvolvimento racional e ecologicamente sustentável.

O artigo 186, inciso II preceitua que a propriedade rural cumpre sua função social quando utiliza de forma adequada os recursos naturais disponíveis e preserva o meio ambiente. No *caput* do artigo 184, o

constituente adverte que será objeto de reforma agrária o imóvel que não cumprir sua função social. Portanto, o proprietário rural deve explorar a terra, mas sem prejudicar o meio ambiente.

Embora não haja na Constituição Federal dispositivo expresso que declare a necessidade de a propriedade urbana cumprir sua função ambiental – como o há em relação à propriedade rural – ela existe e é extraída do artigo 182.

Consta do artigo 182, parágrafo 2º que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. O plano diretor, por sua vez, conforme o parágrafo 1º, “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. Por fim, essa política de desenvolvimento e de expansão urbana, nos termos do *caput* do artigo, “tem por objetivo *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*”.

Ora, a própria Constituição Federal preceitua (art. 193 c.c. o art. 225) que é através do meio ambiente ecologicamente equilibrado que se alcança o bem-estar social. Logo, o plano diretor deve ser elaborado de modo a proteger e preservar o meio ambiente; e a propriedade urbana, para que cumpra sua função social, deve obedecer a esse plano diretor que preceitua o equilíbrio ambiental. Portanto, possui também a propriedade urbana sua função socioambiental.

A função ambiental da propriedade urbana torna-se inquestionável quando se analisa o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) que, em seu artigo 1º, parágrafo único dispõe: “Para todos os efeitos, esta Lei,

denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.”

Enfim, a única utilização da propriedade que é válida e que cumpre com sua função social é a que tem suporte no desenvolvimento sustentável, com a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.²⁶⁶

11.1.1.2 A legitimidade passiva ad causam do proprietário e a responsabilidade civil objetiva em razão da função socioambiental da propriedade

O direito de propriedade só é protegido pelo ordenamento jurídico se o seu detentor o exercer de modo a satisfazer os interesses sociais, dentre eles o da sanidade ambiental.

Esse ônus que incide sobre todo e qualquer proprietário, urbano ou rural, de utilizar sua propriedade de forma social e ambientalmente adequada, o coloca como legitimado passivo *ad causam* em ação civil pública de reparação por dano ambiental constatado em sua propriedade, pois se houve um dano é porque, a princípio, a relação de propriedade foi desenvolvida sem observância à sua função socioambiental.

²⁶⁶ Luís Roberto Gomes, O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, n. 17, p. 161, jan./mar. 2000.

O fato de estar legitimado para a causa em razão da inobservância da função ambiental do direito de propriedade não significa, todavia, que o proprietário seja realmente o responsável pela reparação do dano. É que, não obstante o direito de propriedade, a partir de 1988, ter passado a ser encarado também no contexto socioambiental, a responsabilização do proprietário pelo dano ambiental causado em sua propriedade não prescinde da demonstração do próprio dano – efetivo ou potencial; da atividade – positiva ou omissiva, direta ou indireta; e do nexo causal a ligá-la a ele.

A função socioambiental que recai sobre todo o bem imóvel não é por si só fundamento suficiente à responsabilização do proprietário, sendo imprescindível a demonstração dos demais elementos da responsabilidade civil objetiva (atividade, dano e nexo causal). A função socioambiental é um *plus*, é um reforço à responsabilização civil do poluidor – que pode recair ora sobre o nexo causal ora sobre a sua atividade – justamente por condicionar o direito de propriedade a um exercício do domínio ambientalmente responsável.

11.1.1.3 Legitimidade passiva do atual proprietário e sua responsabilidade civil

Questão complexa e de grande ocorrência prática é a aquisição de propriedade (principalmente a rural), com seus recursos ambientais já lesados. Diante disso, a grande problemática é quem responsabilizar: se o proprietário atual – que adquiriu a propriedade com o dano ambiental já instaurado, ou o(s) proprietário(s) anterior(es).

Tem tomado corpo o entendimento de que é possível a responsabilização do proprietário atual, com base apenas na função ambiental da propriedade e, assim, não interessa não ter o proprietário atual de nenhuma maneira concorrido para o dano ambiental existente em sua propriedade porque, pelo simples fato de ser o proprietário, incide sobre si o dever de reparar o dano.²⁶⁷

Na realidade, duas questões têm que ser analisadas: a da legitimidade passiva *ad causam* do novo proprietário e a da sua responsabilidade civil pelos danos pretéritos.

Quanto à legitimidade, decorre do próprio título de propriedade e da função ambiental que sobre ela recai, sendo pois lícita a colocação do proprietário atual no pólo passivo da ação civil pública que visa a recomposição da área degradada de sua propriedade.

Se a própria Constituição Federal condiciona o exercício do direito de propriedade ao equilíbrio do ecossistema, à melhora da qualidade de vida do homem, a existência de dano ambiental em uma propriedade já coloca o proprietário como parte legítima passiva para a causa de reparação civil, pois evidencia que ele não observou os deveres e responsabilidades que deveriam permear a relação de propriedade.

É óbvio, face ao instituto da solidariedade, que a legitimidade passiva *ad causam* do proprietário não exclui a de outras pessoas

²⁶⁷ A questão foi amplamente debatida durante o segundo semestre de 2002, na turma da disciplina de Responsabilidade Civil Ambiental, ministrada na PUC-SP pelos professores Nelson Nery Junior e Consuelo Yoshida. A maioria dos alunos da turma concluiu pela viabilidade da responsabilidade civil fundada meramente na função socioambiental da propriedade, sob o argumento, inclusive, de já haver decisões dos tribunais superiores nesse sentido.

que direta ou indiretamente tenham dado causa ou concorrido para a ocorrência do dano, efetivo ou potencial.

Já no que diz respeito à responsabilidade desse adquirente, os fundamentos são não só esses, como outros, que serão a seguir expostos.

Estão, *data venia*, equivocados aqueles que sustentam que os tribunais superiores têm condenado o atual proprietário a recompor área de preservação permanente ou de reserva legal lesada por proprietários anteriores, fundamentados exclusivamente na função ambiental da propriedade. Isso porque nesses julgados também estão presentes os requisitos da responsabilidade civil objetiva, que são o dano causado pelo proprietário anterior, a atividade do proprietário atual e o nexo causal que a liga ao dano.

Tanto a reserva legal como a faixa de preservação permanente são instituídas por lei: o Código Florestal (Lei n. 4.771/65). A área de preservação permanente é a que se situa ao longo de qualquer curso d'água, sendo que sua metragem varia conforme a largura do curso d'água (art. 2º). E a reserva legal é percentual da área da propriedade rural que não pode ser objeto de exploração econômica (art. 16).

Ambas, reserva legal e área de preservação permanente, foram fixadas por lei tendo por finalidade o equilíbrio ambiental e a sadia qualidade de vida através da preservação da flora. Nenhuma dessas áreas pode ser objeto de exploração. Trata-se, à evidência, de limitação ambiental-administrativa que incide sobre a propriedade, tendo por objetivo o bem-estar da coletividade.

Assim, quando a Lei n. 4.771/65 obriga à instituição de reserva legal em toda e qualquer propriedade rural e declara como área ambiental de preservação permanente a situada ao longo de cursos d'água, impõe essa restrição não sobre a pessoa do proprietário de tais áreas, mas sobre a própria propriedade, sendo que tais limitações acompanharão a propriedade por todas as mutações subjetivas que vier a sofrer.

Tais limitações, permitidas constitucionalmente, ao direito de propriedade, são verdadeiras obrigações *propter rem* classificadas pela doutrina civilista, uma vez que se vinculam ao imóvel e o acompanham perante todas as suas alterações subjetivas no direito de propriedade.²⁶⁸

Nesses casos, o *dano* consiste na inexistência de reserva legal na propriedade rural ou na não-preservação da flora que constitui a área de reserva legal ou de preservação permanente. A *atividade* reside no próprio ato de aquisição do imóvel e na manutenção das áreas no estado encontrado – sem observância às prescrições legais. E o *nexo causal* está nas próprias limitações administrativas fixadas na Lei n. 4.771/65, que incidem sobre a propriedade e devem ser observadas por quem a detém. Presentes, portanto, os requisitos para a responsabilização (dano, atividade e nexo causal) que autorizam a condenação do novo adquirente do imóvel à obrigação de instituir ou reflorestar a reserva legal ou recompor a área de preservação permanente.

Exatamente no sentido exposto foi o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu que “o novo adquirente do imóvel é parte legítima passiva para responder por ação de dano ambiental, pois assume a

²⁶⁸ Luis Henrique Paccagnella, Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva legal, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 8, p. 12, out./dez. 1997.

propriedade do bem rural com a imposição das limitações ditas pela lei federal” (STJ – REsp n. 22.2349/PR, j. 23.3.2000).²⁶⁹

Esse posicionamento foi reafirmado em acórdão com a seguinte ementa:

“Recurso especial. Faixa ciliar. Área de preservação permanente. Reserva legal. Terreno adquirido pelo recorrente já desmatado. Impossibilidade de exploração econômica. Responsabilidade objetiva. Obrigação *propter rem*. Ausência de prequestionamento. Divergência jurisprudencial não configurada.

As questões relativas à aplicação dos artigos 1º e 6º da LICC, e, bem assim, à possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva em ação civil pública, não foram enxergadas, sequer vislumbradas, pelo acórdão recorrido.

Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a do recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens.

Não há cogitar, pois, de ausência de nexo causal, visto que aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito.

A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental.

Recurso especial não conhecido.” (STJ – REsp n. 343.741/PR, 2ª T., j. 4.6.2002).²⁷⁰

Nesses casos, o novo adquirente não pratica nenhuma conduta positiva que cause o dano ambiental, que foi provocado pelo proprietário anterior da área; a conduta do adquirente é omissiva, pois perpetua o dano causado pelo seu antecessor. Mas incide sobre a propriedade o dever legal de respeitar as limitações administrativo-ambientais impostas, e o novo proprietário é responsável justamente porque não as está respeitando: ele, por exemplo, mantém a casa que foi construída dentro da área de preservação permanente, ou continua sem delimitar a área de reserva legal, ou

²⁶⁹ Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 9 set. 2003.

²⁷⁰ Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 9 set. 2003.

continua utilizando como pasto a área de reserva legal, ou mantém a plantação ou a estrada dentro da área de preservação permanente etc.; enfim, não reverte a infração ambiental cometida pelo proprietário anterior, em relação à qual tem o dever legal de atuar.

Cita-se, mais uma vez, o pertinente magistério do Celso Antônio Pacheco Fiorillo de que “no tocante aos danos causados por omissão, devemos entender como poluidor o membro da coletividade responsável pelo dever positivo não cumprido”.²⁷¹

Posto isso, é forçoso concluir que, embora a propriedade deva cumprir sua função ambiental, se não há nexos causal a ligar a ação ou omissão ao dano, ou se sequer há ação ou omissão juridicamente relevante, não há como impor a responsabilização ambiental. Ou seja, nem sempre será possível responsabilizar o atual adquirente por danos ambientais pretéritos ocorridos em sua propriedade. Se o novo adquirente não foi quem realizou a ação ou omissão que causou o dano e sequer indiretamente está concorrendo para a manutenção daquele dano e, finalmente, se não há nenhuma disposição legal que lhe imponha um dever específico, não há como responsabilizá-lo, muito embora o dano esteja em sua propriedade.

Vários exemplos podem ser citados, mas basta referir o seguinte: um casal já idoso adquiriu há dez anos um sítio, onde reside e cultiva hortaliças, cria aves e algumas vacas. Por mais que o casal se dedicasse às atividades agropastoris, elas não se desenvolviam a contento e era rotina a morte das aves, vacas e verduras. Estranhamente, as atividades agrícolas dos vizinhos também não se desenvolviam bem, embora eles, a

²⁷¹ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Curso de direito ambiental brasileiro*, cit., p. 234.

exemplo do casal, também se empenhassem. Passados alguns anos, o senhor começou a se sentir muito mal, muito doente, e feitos vários exames, descobriu-se que estava com câncer — exatamente o mesmo tipo de câncer que já havia acometido outros vizinhos seus. Pesquisadores decidiram então investigar a causa e descobriram que, no terreno no qual estava construída a chácara do nosso personagem, havia, sob o solo, um depósito de baterias, e que elas haviam contaminado não só o solo como o lençol freático e, por sua vez, as criações e pessoas que residiam na região. Não se sabe quem foi o responsável pelo aterro ilegal daquelas baterias. Ora, se se adotar a teoria da responsabilização do proprietário pura e simplesmente em razão da função ambiental da propriedade, vai se responsabilizar o “velhinho” da nossa história, embora ele não tenha de nenhuma forma concorrido para o dano, pelo simples fato de ser o proprietário da área e, como tal, ter de responder por todos os danos dela oriundos. Assim, esse senhor que já perdeu a saúde, perderá sua casa e terá que dispor de dinheiro que não possui para tentar reparar os danos causados por outrem apenas por ter tido a infelicidade de se estabelecer naquele local.

Entendimento de que o proprietário é sempre responsável pelos danos ambientais ocorridos em sua propriedade contraria a própria teoria da responsabilidade objetiva que vige em nosso ordenamento jurídico (arts. 225, § 3º da CF e 14, § 1º da Lei n. 6.938/81), pois conduziria a casos de responsabilização onde não há ação ou omissão (esta, dês que juridicamente relevante) e, por consequência, onde não há nexo causal; e a responsabilidade objetiva prescinde da culpa, mas não da comprovação do dano, da atividade (positiva ou negativa) e do nexo causal a ligá-la, ainda que indiretamente, ao dano. A se aceitar essa tese, passaríamos a outra espécie de responsabilidade, que não a vigente em nosso ordenamento jurídico.

Voltando ao exemplo citado, questiona-se, qual a conduta, ativa ou omissiva, praticada pelo atual proprietário da terra que o conduza ao dever de assumir os danos ambientais? Costumam responder aqueles que defendem a total responsabilidade do proprietário pelo passivo ambiental que a conduta que o vincula ao dano é a aquisição da propriedade. Ora, no campo físico da causalidade, a transferência da propriedade por si só não causa nenhuma relação direta ou indireta com o dano. O ato de aquisição da propriedade pelo personagem da nossa história não concorreu, mesmo indiretamente, com o dano que estava sendo causado no subsolo, de maneira que não há nexos causal entre esse ato aquisitivo da propriedade e a degradação ambiental, excluindo-se, pelo nosso sistema jurídico, a responsabilidade dele sobre o dano, muito embora seja o proprietário da área.

Se aceita essa teoria de responsabilização sem ação ou omissão ou sem nexos causal entre ela e o dano, teríamos uma nova teoria da responsabilidade ambiental (que talvez pudesse ser chamada de supra-objetiva), em que a única defesa do legitimado passivo seria a de que não houve o dano, pois de nada adiantaria ele comprovar que não foi ele o causador.

A solução para o exemplo proposto, diante das regras atuais, seria a responsabilização do Estado, o que todavia não é conveniente porque acaba recaindo sobre a própria sociedade. O ideal talvez fosse a criação de fundos de compensação subsidiários, isto é, fundos custeados por impostos ambientais incidentes sobre atividades potencialmente danosas e que fossem acionados apenas nos casos em que não fosse possível a identificação

do causador do dano – sob pena de violação do princípio do poluidor-pagador.²⁷²

Por fim, cumpre lembrar que a situação é diferente quando o atual proprietário de alguma maneira concorre para o dano, mesmo que de maneira indireta e mínima, hipótese em que ele tem o dever de indenizar pela totalidade do dano, porque nosso sistema não distingue entre concausa principal ou secundária.

Situação diversa também é a de desempenho de atividade de risco. Nesses casos, em razão dos princípios da precaução e da prevenção, atenua-se a demonstração do nexo causal, bastando a comprovação de que o dano pode ser considerado risco próprio da atividade em causa.²⁷³

Deve-se atuar com bom senso e proporcionalidade, para que o excesso de rigor na responsabilização não prejudique o próprio meio ambiente e enfraqueça o direito ambiental.

Sobre o assunto, de extrema pertinência as palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, que traça um paralelo entre o sistema de responsabilidade civil ambiental dos Estados Unidos e do Brasil e indica alguns problemas advindos da abordagem muito rigorosa:

“Um primeiro problema do sistema CERCLA/SUPERFUND resulta do caráter solidário da responsabilidade e da possibilidade de reparação do dano pelo Poder Público, para posterior reembolso por parte do agente causador do dano. Tendo o Poder Público que reparar o dano, o custo acaba recaindo sobre o contribuinte. Quando

²⁷² José Rubens Morato Leite, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, cit., p. 225-228.

²⁷³ *Ibidem*, p. 128 e 186.

no Brasil se fala em responsabilidade solidária por dano ao meio ambiente, surge o mesmo problema. Se o dano deve ser reparado pelos responsáveis diretos e indiretos e se como afirma Benjamin, o Poder Público pode ser responsável indireto em virtude do exercício do poder de polícia ambiental, podemos chegar a uma situação na qual o contribuinte arcará com a reparação do dano – fato justificável em algumas situações, mas certamente não em todas, pois ainda que o agente tenha atuado com boa-fé, nos termos da licença concedida pelo Poder Público, ele auferiu lucros que não podem ser subsidiados pela coletividade.

Um outro aspecto importante diz respeito à extensão da reparação. Como afirma Michael S. Greve e Fred L. Smith, a extensão desejável de reparação em um local não pode ser determinada simplesmente por fundamentos científicos. Aspectos políticos e econômicos devem ser considerados, pois uma reparação excessivamente onerosa pode inviabilizar certa atividade, da mesma forma que uma reparação que não satisfaça minimamente os desejos da comunidade afetada pode resultar em problemas políticos.

Um outro debate importante, que decorre do excessivo rigor do sistema CERCLA/SUPERFUND, refere-se à utilização de áreas já degradadas (sujeitas) e áreas não degradadas (limpas). Pelo sistema mencionado, o atual operador da área responde por todos os danos nela causados, inclusive provocados por empreendimentos ali instalados no passado. Isso significa que o atual empreendedor deve responder integralmente pelo passivo ambiental. Nos Estados Unidos, isso acarretou uma intensa busca por áreas ainda não utilizadas por atividades que afetem o meio ambiente, pois assim os empreendedores não corriam o risco de responder pelo passivo ambiental. Desse modo, áreas já degradadas, que poderiam ser aproveitadas para novas operações foram abandonadas, e áreas limpas começaram a ser utilizadas. Esse efeito indesejável pode ocorrer no sistema brasileiro, dependendo da forma como for aplicado o princípio da reparação integral.

Desse modo, é importante ter em vista os problemas que decorrem tanto da opinião da doutrina brasileira quanto das decisões dos tribunais. Os princípios devem ser maleáveis para absorver a infinidade de rumos que um caso concreto de responsabilidade por dano ao meio ambiente pode tomar. É necessário também, superar a perspectiva excessivamente individualista de propriedade para considerá-la no contexto do meio ambiente um bem de uso comum do povo.”²⁷⁴

Concluindo, tem-se que o proprietário atual de imóvel é parte legítima passiva para figurar em ação civil pública que visa a reparação

²⁷⁴ José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, Problemas à vista: responsabilidade por dano ao meio ambiente no Brasil, *Del Rey Revista Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, ano 4, n. 9, p. 22-23, set./nov. 2002.

dos danos pretéritos ocorridos na propriedade, em razão do título de propriedade e da função ambiental que sobre o imóvel pesa. Todavia, sua responsabilidade (e o próprio êxito da ação) vincula-se à comprovação dos elementos que integram a responsabilidade civil objetiva: atividade – positiva ou omissiva, direta ou indireta; dano – efetivo ou potencial; e nexos causal a ligar a atividade do réu ao dano.

11.1.2 Legitimidade passiva da mulher

A mulher poderá ser incluída no pólo passivo da ação civil pública ambiental e responsabilizada pelo dano ao meio ambiente juntamente com seu marido dès que direta ou indiretamente concorra para a degradação, efetiva ou potencial. Mais uma vez, é da relação jurídica de direito material que se extrai a legitimidade passiva da mulher.

Assim, o simples fato de ser casada com o poluidor não conduz a mulher à situação de co-autora do dano ambiental. É necessário que ela de qualquer maneira concorra para o dano, seja ativamente, seja de forma omissiva, quando a lei lhe impõe um dever específico. Exemplo: a mulher e o marido firmam compromissos de venda de lotes irregulares em área de preservação permanente (conduta ativa); ou o marido desenvolve atividade pastoril na área de reserva legal da propriedade comum, pertencente a ambos, e a mulher não se opõe (conduta omissiva, que atenta contra a Lei n. 4.771/65, que impõe a todo o proprietário de área rural o dever de delimitar e preservar a reserva legal). Mas se o marido desenvolve, por exemplo, a atividade ilegal de extração de argila em área de preservação permanente situada em propriedade de terceiros, não pode a mulher ser co-responsabilizada pelo simples fato de ser sua cônjuge, pois, na hipótese, não terá a mulher nenhuma

participação na conduta de seu esposo e a lei não lhe impõe nenhum dever específico de impedir o resultado.

Afirmou-se em capítulo anterior que a responsabilidade pelo dano ambiental é solidária, o que implica em possibilidade de o credor escolher de quem vai receber a dívida.²⁷⁵

Ocorre que quando há solidariedade entre a mulher e o marido por lesão causada ao meio ambiente, exclui-se essa faculdade do credor de escolher quem irá acionar judicialmente para reparar o dano pois, nos termos do artigo 10, parágrafo 1º, inciso II do Código de Processo Civil, ambos devem necessariamente figurar no pólo passivo da ação. Portanto, embora a ação de reparação por dano ambiental seja de natureza pessoal, pode haver litisconsórcio necessário entre marido e mulher:

“Artigo 10 - (...)

§ 1º - Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

I - que versem sobre direitos reais imobiliários;

II - *resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles*;

III - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem de família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados;

IV - que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges.”

Ora, a esposa, pela simples condição de cônjuge, não é co-responsável pelos danos ambientais causados por seu marido. Sua responsabilidade surge quando concorre ativa ou passivamente, neste caso desde que descumpra um dever específico imposto por lei.

²⁷⁵ Cf. o artigo 275 do Código Civil.

Em ambas as situações de co-responsabilidade – seja por ação seja por omissão juridicamente relevante, os cônjuges, homem e mulher, devem figurar no pólo passivo da ação civil pública de reparação ambiental porque os fatos dizem respeito a ambos e os atos foram por eles praticados: no primeiro exemplo, por ambos terem loteado ilegalmente terra em área de preservação permanente; no segundo, o homem, por ter desenvolvido atividade agropastoril em área de reserva legal, e a mulher, por ter aquiescido.

Trata-se, à evidência, de litisconsórcio necessário previsto por lei, pois, como todos sabemos, o litisconsórcio é situação excepcional, não se presume, resulta da lei ou da natureza da relação jurídica, conforme explicitado no artigo 47, *caput* do Código de Processo Civil. Dessa forma, mesmo havendo co-responsabilidade entre o homem e sua esposa pela lesão, efetiva ou potencial, causada ao meio ambiente, fica afastada a faculdade de o credor eleger o legitimado passivo para a ação ambiental, devendo esta ser necessariamente proposta contra ambos, até porque as normas que exigem o litisconsórcio, fazendo-o necessário, são cogentes e transcendem a esfera de interesses das partes em conflito.²⁷⁶

Tendo sido proposta a ação, nas hipóteses de co-responsabilidade entre cônjuges, apenas contra o marido ou contra a esposa, deve o juiz, até de ofício, eis tratar-se de norma de ordem pública, ordenar ao autor que promova a citação do litisconsorte (art. 47, parágrafo único do CPC), sob pena de declarar extinto o processo, sem julgamento de mérito, por

²⁷⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 242.

ilegitimidade de parte passiva caracterizada pela ausência de um litisconsorte necessário.²⁷⁷

Se, porém, nem o juiz nem o autor atentam para a ausência do litisconsorte necessário e o processo segue adiante com prolação de sentença, esta é não apenas nula como também ineficaz, não fazendo coisa julgada material.

É que, no caso em questão, trata-se de litisconsórcio necessário unitário. A ação não poderá ser julgada procedente para o marido e improcedente para a esposa ou serem condenados a obrigações diversas ou em graus diferentes pois, além de haver solidariedade entre ambos, veda-se na ação civil pública ambiental a discussão sobre culpa (qualquer concausa, ainda que mínima, que indiretamente concorra para o evento danoso, leva seu agente à responsabilização pelo total do dano causado).²⁷⁸

²⁷⁷ Vale relembrar que, para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a ausência de litisconsorte necessário enseja a falta de *legitimatío ad processum* porque, apesar de parte legítima, sozinho o litisconsorte não pode obter o provimento jurisdicional de mérito (*Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed., 2002, cit., p. 351).

²⁷⁸ Cândido Rangel Dinamarco, após esclarecer que o litisconsórcio necessário decorre de lei mas a unitariedade da decisão (litisconsórcio unitário) somente decorre da natureza da relação jurídica, diz que, no caso de solidariedade passiva, prevista no artigo 509 do Código de Processo Civil, não há litisconsórcio unitário, mas sim o comum, porque “a eventual ruptura da uniformidade no julgamento acarretaria simples contradição lógica, cuja possibilidade não representa circunstância relevante para o regime do litisconsórcio” (*Litisconsórcio*, cit., p. 140-141). Logo adiante, ao analisar a hipótese de litisconsórcio entre cônjuges por fatos comuns ou atos praticados por ambos, reafirma que, embora na prática seja difícil a prolação de decisões diferentes, o litisconsórcio existente é o necessário comum. Entendemos, *data venia*, que, em razão da natureza da responsabilidade objetiva vigente no direito ambiental, que afasta por completo a análise da culpa e atribui ao agente a responsabilidade pelo total do dano causado ainda que ínfima sua participação no resultado, o litisconsórcio entre os cônjuges será o necessário *unitário*, pois como dito por esse processualista, a unitariedade decorre da natureza da relação jurídica.

O artigo 47 do Código de Processo Civil prevê a ineficácia da sentença proferida na hipótese de litisconsórcio necessário em que não foi promovida a citação de todos os litisconsortes: “Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.”

Sendo assim, a sentença proferida quando ausente da relação processual um dos litisconsortes será ineficaz, podendo ser atacada através de apelação ou por ação rescisória, e mesmo após o biênio previsto em lei, nada impede seja reproposta a demanda, pois uma sentença que é ineficaz, isto é, que não produz efeitos, não pode fazer coisa julgada material – que é a mais importante qualidade inerente aos efeitos da sentença.²⁷⁹

Enfim, para se poder determinar se a esposa é ou não legitimada passiva na ação civil pública ambiental (direito processual), é necessária uma análise prévia da relação de direito material afirmada na petição inicial (direito substancial), sem que isso implique em submissão do processo ao direito ou na perda da condição de ciência autônoma. É que, como destacado pela moderna doutrina processualista, direito e processo complementam-se e por ser este (processo) instrumento à efetiva realização daquele (direito), é em vários institutos por ele (direito) influenciado.

Constando da petição inicial qualquer ação ou omissão – esta desde que juridicamente relevante – por parte da esposa e que de qualquer modo concorra, mesmo que indiretamente, para o dano efetivo ou

²⁷⁹ Sobre os efeitos da coisa julgada, ver: Enrico Tullio Liebman, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit.

potencial ao meio ambiente, é a esposa, ao menos aprioristicamente, co-responsável por esse dano, sendo, portanto, parte legítima passiva para a causa na condição de litisconsorte necessária – artigo 10, parágrafo 1º, inciso II do Código de Processo Civil.

Dessa forma, embora a responsabilidade ambiental seja solidária, será indispensável a presença da mulher, juntamente com o marido, no pólo passivo, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva *ad causam* ou de ineficácia da decisão judicial de mérito impropriamente proferida, até porque, em razão da natureza do direito substancial em questão (responsabilidade objetiva e solidária, em que qualquer um que concorre para o dano pode ser responsabilizado pelo todo), o litisconsórcio, além de necessário, será unitário.

Parece que doutrina e jurisprudência²⁸⁰ ainda não atentaram para essa importante questão, limitando-se a repetir que como em direito ambiental a responsabilidade é objetiva e solidária, é opção do autor escolher contra quem quer demandar, não sendo admissível a intervenção de terceiros e sendo sempre facultativo o litisconsórcio. Sim, essa é a regra, mas, como aqui mostrado, o direito processual às vezes impõe importantes exceções a essa faculdade.

²⁸⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, interposto em ação civil pública por degradação ambiental, por unanimidade decidiu que o réu não pode chamar ao processo sua mulher, na condição de co-obrigada. Tal acórdão simplesmente analisou a viabilidade da intervenção de terceiros (no caso a esposa) em ação civil pública, sem sequer aventar a hipótese de ela ser, na verdade, parte, pois litisconsorte (TJSP – Agr. Instr. n. 199.973-5/6-00, 1ª Câmara de Direito Público, j. 26.3.2002, v.u.). Disponível em: <www.tjsp.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2003.

11.2 Legitimidade passiva nas lesões ambientais decorrentes das relações de consumo: publicidade enganosa ou abusiva e cláusula abusiva

11.2.1 Publicidade enganosa ou abusiva que desrespeita o meio ambiente

A publicidade que desrespeita o meio ambiente pode dar ensejo a ação civil ambiental de conhecimento condenatória, visando a reparação do dano.

Publicidade é “toda informação dirigida ao público com o objetivo de promover, directa ou indirectamente, uma actividade económica”²⁸¹. A publicidade é ferramenta indispensável à multiplicação das necessidades do homem, introduzindo em sua consciência o consumo e o convertendo em hábito.²⁸²

Paradoxalmente, a disseminação da publicidade e dos meios de comunicação de massa também carregou sobre a propaganda uma carga ética e social que faz com que ela se volte não só à implementação do consumo e ao aumento da produção, mas também ao bem-estar do homem e à sua conscientização, como maneira de colaborar para a manutenção da sadia qualidade de vida, até porque há uma estreita ligação, e até mesmo dependência, entre o nível de qualidade de vida do homem e o nível de

²⁸¹ Carlos Ferreira Almeida, Conceito de publicidade, *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 349, p. 133, out. 1985, apud Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: artigos 29-45, in Ada Pellegrini Grinover et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 6. ed., 1999, p. 264.

²⁸² Graciela Lovece, El ecosistema sustentable: la publicidad agresiva al medioambiente, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 8, n. 29, p. 40, jan./mar. 2003.

consumo e de produção. É que, à medida que há aumento da contaminação, perda ou esgotamento dos recursos naturais, há a diminuição da qualidade de vida ocasionando o aumento dos custos de produção, em virtude do estabelecimento de medidas de proteção, mitigação ou compensação ambiental, diminuindo, por consequência, o consumo²⁸³. Portanto, para alcançar seu objetivo de aumentar o consumo, a publicidade deve necessariamente passar pelo caminho de respeito à dignidade da pessoa humana, seus valores e princípios e a manutenção da sua qualidade de vida.

A preocupação com uma publicidade “limpa”, que contribua para o bem-estar e justiça sociais, e que respeite os valores éticos da sociedade é adotada pela própria Constituição Federal, que assegura à pessoa e à família proteção contra a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, bem como sujeita a restrições legais a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.²⁸⁴

O Código de Defesa do Consumidor, seguindo na mesma esteira, proíbe toda publicidade enganosa ou abusiva.

É enganosa, nos termos do artigo 37, parágrafo 1º, “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. E, segundo o parágrafo 2º, é considerada como abusiva, dentre outras, “a publicidade discriminatória de

²⁸³ Graciela Lovece, *El ecosistema sustentable: la publicidad agresiva al medioambiente*, cit., p. 42.

²⁸⁴ Artigo 220, parágrafo 3º, inciso II e parágrafo 4º da Constituição Federal.

qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança”.

Tanto a publicidade enganosa quanto a abusiva podem ser ofensivas ao meio ambiente.

É enganosa e ofensiva ao meio ambiente a propaganda de que determinado produto é biodegradável quando não o é, a venda de móveis com “selo verde”, quando na realidade são produtos da exploração ilegal de madeiras, a publicidade que não informe ao consumidor que o descarte inadequado do produto pode contaminar o solo etc.

Para que a publicidade seja considerada ambientalmente abusiva, não é necessário que haja lesão, bastando haver desrespeito aos valores ambientais. E também não é necessário que a publicidade seja ostensiva, isto é, que tenha por objeto a vulneração do meio ambiente, bastando que veicule uma mensagem sutil, indireta – que é o mais freqüente. Assim, pode ser considerada abusiva, por exemplo, a publicidade de bebidas alcoólicas que se utiliza de animais, a propaganda em que uma motosserra é utilizada contra uma árvore centenária, a publicidade de tintas, em que elas sejam utilizadas na fachada de um prédio de relevante valor histórico, de modo a descaracterizá-lo, campanhas publicitárias que, mesmo que de maneira velada e indireta, incitem a população a jogar lixo nas ruas, picar fachadas, depredar jardins, discriminar a manifestação cultural de determinados povos etc.

A veiculação de propaganda enganosa ou abusiva que desrespeita o meio ambiente pode dar ensejo a dois tipos de lesões: aos direitos dos consumidores e ao meio ambiente propriamente dito, sendo ambas indenizáveis e passíveis de serem veiculadas através de uma mesma ação civil pública.

Já foi falado neste trabalho sobre a viabilidade da inversão do ônus da prova na ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória, por força do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor e de sua integração com a Lei da Ação Civil Pública (art. 21 da Lei n. 7.347/85) e dos princípios da prevenção e da precaução. Nos casos de lesão ambiental decorrente de propaganda enganosa ou abusiva, a inversão decorre de previsão expressa do legislador: “Artigo 38 - O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Trata-se, conforme já explicitado, de inversão *ope legis*, fixada pela lei, e portanto obrigatória, independentemente de qualquer ato do juiz e tampouco estando afeta à sua esfera de discricionariedade. Proposta a ação, cabe automaticamente ao réu provar que a propaganda correspondia aos princípios da veracidade, da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.²⁸⁵

Ora, a adequação da publicidade aos bens e valores ambientais decorre expressamente do Código de Defesa do Consumidor e da própria Constituição Federal. Logo, a previsão de inversão do ônus da prova é aplicável, vise a ação o ressarcimento dos danos causados aos consumidores

²⁸⁵ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 304.

pela publicidade anti-ambiental enganosa ou abusiva ou dos danos causados ao meio ambiente.

Eventual cláusula contratual que disponha contrariamente à inversão do ônus da prova fixada no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor constitui “cláusula abusiva”, nos termos do artigo 51, inciso VI do mesmo estatuto, sendo pois nula, porque como o ônus da prova foi atribuído por norma de ordem pública (assim consideradas, nos termos do art. 1º, as normas do CDC), não podem as partes convencionar em contrário.

A maneira como foi redigido o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor pode dar a impressão de que somente tem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação civil pública, em que se busca a reparação dos danos causados pela propaganda anti-ambiental enganosa ou abusiva, o anunciante, isto é, a pessoa que patrocinou a propaganda, o fornecedor de produtos ou serviços.

Não parece correta essa interpretação. A responsabilidade civil ambiental funda-se no primado da objetividade e da solidariedade. Esta última é decorrência da própria natureza do bem ambiental (difuso, adespota unitário e indivisível) e da disposição constitucional que impõe a todos o dever de proteger o meio ambiente e responsabiliza a todos que não cumpram esse dever.

Logo, também na ação civil pública que visa a reparação de danos ambientais causados por propaganda enganosa ou abusiva vigora o princípio da solidariedade, podendo figurar no pólo passivo não apenas o fornecedor do produto ou do serviço que contratou a propaganda, mas também a agência que fez o anúncio, e até o próprio veículo de propaganda,

tendo todos responsabilidade objetiva – que é a vigente nas relações de consumo e ambientais. Idêntico posicionamento deve ser adotado em se tratando de ação que vise reparar os danos causados aos consumidores pela propaganda anti-ambiental enganosa ou abusiva, posto que todos os envolvidos – empresa de publicidade, fornecedor e veículo de propaganda – lucraram com a atividade.

Finalmente, convém destacar que a publicidade por si mesma também pode ser causadora de dano ambiental. O excesso de *outdoors*, cartazes publicitários e telões afeta o patrimônio cultural, invade espaços públicos e aumenta o risco de acidentes de trânsito, à medida que captam a atenção dos condutores²⁸⁶. Em casos tais, a ação civil pública que buscar a reparação do dano ambiental causado poderá ser movida contra qualquer pessoa direta ou indiretamente responsável pela campanha publicitária; todavia, a inversão do ônus da prova, se ocorrer, será resultado de atividade judicial (art. 6º, inc. VIII do CDC) e não decorrência da norma prevista no artigo 38, por não se tratar de dano decorrente de publicidade enganosa ou abusiva.

11.2.2 Cláusula abusiva que viola norma ambiental

O Código de Defesa do Consumidor enumerou em seu artigo 51 uma série de cláusulas que considera abusiva nos contratos de consumo, fixando o regime da nulidade de pleno direito. O elenco não é taxativo, podendo ser considerada como abusiva qualquer cláusula que atente contra o princípio da boa-fé nas relações de consumo e, com isso, esteja em desacordo com o sistema de proteção do consumidor.

²⁸⁶ Graciela Lovece, *El ecosistema sustentable: la publicidad agresiva al medioambiente*, cit., p. 46.

O regime de proteção contra cláusulas abusivas, porém, vai muito além da proteção do consumidor e constitui verdadeiro sistema de proteção do homem, pessoa humana, quando classifica como cláusula abusiva a que atenta contra o meio ambiente:

“Artigo 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais.”

O fato de o Código de Defesa do Consumidor considerar abusiva a cláusula contratual que viole norma ambiental é uma confirmação do princípio da ubiquidade.

Como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado está diretamente relacionado ao direito à vida e, mais ainda, à vida com dignidade, todas as ações, tanto do Poder Público, quanto da coletividade, devem pautar-se pela preservação da qualidade ambiental. É nisso que consiste o princípio ambiental da ubiquidade: sua onipresença.

Assim, não causa nenhuma estranheza que o legislador condicione a validade das cláusulas contratuais consumeristas ao respeito ao meio ambiente, sendo nulas as que infrinjam tal preceito, ainda que, de imediato, não causem nenhum prejuízo ao consumidor, porque sabe o legislador que, a longo prazo, essas ações lesivas ao meio ambiente implicarão na diminuição da qualidade de vida do consumidor e da sociedade em geral.

A integração entre consumo e meio ambiente é um dos objetivos da política nacional de relações de consumo exposta nesse Código:

“Artigo 4º - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios.”

Nelson Nery Junior, sintetiza que:

“Em vista disso, toda cláusula que possibilitar, em tese, a prática de ato ou celebração de negócio jurídico que tenha potencialidade para ofender o meio ambiente é considerada abusiva pelo CDC. Não há necessidade da ofensa real ao meio ambiente, bastando para caracterizar a abusividade que a cláusula possibilite a ofensa ambiental.”²⁸⁷

Pode ser citado como exemplo de cláusula abusiva que viola o meio ambiente a constante de contrato de prestação de serviços turísticos em que o prestador franqueia ao consumidor – turista – a possibilidade de pegar para si exemplares de espécies animais, minerais ou vegetais dos locais visitados, atentando assim contra o equilíbrio do ecossistema.

Como o Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 1º que suas normas são de ordem pública e de interesse social, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, podendo ser reconhecidas a qualquer tempo ou grau de jurisdição, através de ação própria ou como matéria de defesa, impondo-se ainda ao magistrado o dever de pronunciá-las de ofício, porque normas de ordem pública são imprescritíveis e insuscetíveis de preclusão.²⁸⁸

²⁸⁷ Nelson Nery Junior, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto: artigos 46-54 e 109-119, in Ada Pellegrini Grinover et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 519.

²⁸⁸ Nelson Nery Junior, op. cit., p. 454 e 457-458.

Em sendo assim, deve ser reconhecida a nulidade da cláusula que atentou efetiva ou potencialmente contra o meio ambiente, tendo a decisão efeitos *ex tunc*, e tratando-se de tutela contratual coletiva ou difusa do consumidor, o estipulante fica impedido de concluir contratos futuros com a cláusula declarada abusiva.²⁸⁹

Se durante o período de aplicação da cláusula contratual abusiva houve a provocação de danos ao meio ambiente, além do reconhecimento de sua nulidade, deve ser pleiteada a reparação do dano ambiental, sendo o estipulante do contrato, fornecedor do produto ou do serviço legitimado a figurar no pólo passivo da ação, não havendo óbice ao ajuizamento de uma única ação em que se busque a nulidade da cláusula, o ressarcimento dos danos eventualmente causados aos consumidores e a recuperação do meio ambiente lesado – até porque a responsabilidade civil em ambos os casos, ambiental e consumidor, é fundada na teoria da responsabilidade objetiva integral, decorrente do próprio risco da atividade.²⁹⁰

Também convém lembrar que como a responsabilidade civil ambiental é solidária, se o consumidor ou qualquer outra pessoa tiver concorrido direta ou indiretamente para a lesão ambiental, poderá figurar no pólo passivo da ação que busca a reparação do dano, sozinho ou em conjunto com o estipulante.

²⁸⁹ Nelson Nery Junior, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto: artigos 46-54 e 109-119, cit., p. 457.

²⁹⁰ Como a regra no Código de Defesa do Consumidor é a responsabilidade objetiva, casos de responsabilidade subjetiva – com culpa – exigem previsão expressa, como a do artigo 14, parágrafo 4º.

11.3 Legitimidade passiva da pessoa jurídica de direito privado

A pessoa jurídica de direito privado, a exemplo da pessoa física e da pessoa jurídica de direito público, também pode figurar no pólo passivo da ação civil pública, sempre que direta ou indiretamente for responsável pela lesão ambiental.

Até as associações que incluam dentre suas finalidades a proteção ao meio ambiente, sendo, por tal motivo, legitimadas ativas para a ação civil pública (art. 5º da LACP), podem ser incluídas no pólo passivo, se causarem ou concorrerem com a degradação ambiental.

Nas ações de reparação do dano ambiental, é possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para se alcançar a pessoa do administrador ou sócio.

A regra é que a pessoa jurídica tem existência distinta da dos seus membros. Essa distinção porém não é absoluta e deve ceder sempre que o sócio estiver utilizando a pessoa jurídica como mecanismo para fraude e má-fé.

A desconsideração da personalidade jurídica tem precedente no direito norte-americano, ainda no século XIX, e implica em uma despersonalização momentânea da pessoa jurídica, a fim de que seja alcançada a pessoa do sócio infrator. Ao contrário das ações de dissolução e de anulação, que têm natureza constitutiva negativa e implicam na alteração da relação jurídica original, a desconsideração da personalidade não altera a estrutura e a constituição da pessoa jurídica, mas apenas impede que atos

abusivos ou ilegais praticados por sócios prevaleçam sobre os objetivos daquela.²⁹¹

Com o advento do Código Civil atual, que em seu artigo 50 expressamente prevê a desconsideração da pessoa jurídica “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”²⁹², o instituto passa a ter aplicação ampla, podendo ser decretada em todos os tipos de lide em que figure no pólo passivo pessoa jurídica de direito privado.

A previsão do Código Civil vai de encontro com a doutrina existente sobre a matéria, que preconiza a desconsideração da personalidade jurídica como meio de proteção da própria empresa, que é preservada do uso fraudulento e desvirtuado de seus sócios ou administradores. Ao prever a desconsideração nos casos de abuso da personalidade e de confusão patrimonial, o Código Civil aderiu às correntes subjetivista (cuja formulação baseia-se na ocorrência de abuso e fraude perpetrada com uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica) e objetivista (em que os pressupostos para a sua aplicação são situações objetivas, como a confusão patrimonial entre os bens da empresa e dos sócios e o desaparecimento do objeto social).

²⁹¹ João Batista Lopes, Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 818, p. 38, dez. 2003.

²⁹² “Artigo 50 - Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Antes, porém, a desconsideração da pessoa jurídica já era aplicada nas lides de consumo, em razão de previsão expressa do Código de Defesa do Consumidor:

“Artigo 28 - O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração.

Também nesses casos, a desconsideração da autonomia da pessoa jurídica tem parâmetros subjetivos e objetivos, tendo lugar tanto nas hipóteses de fraude ou de abuso de direito, como nos casos de encerramento das atividades da empresa em razão de sua má administração, pura e simplesmente.

O parágrafo 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor ainda permite a desconsideração da pessoa jurídica “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

A disposição é bastante criticada e tida por alguns doutrinadores como inexistente porque vai contra a própria teoria da desconsideração da pessoa jurídica que, ao ter por pressuposto o abuso, visa proteger a própria empresa de seus maus administradores. Para Zelmo Denari, o parágrafo 5º, na realidade, foi vetado pelo Presidente da República, porém, por um equívoco remissivo, o veto acabou recaindo sobre o parágrafo 1º²⁹³.

²⁹³ Zelmo Denari, Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: artigos 8º-28 e 55-60, in Ada Pellegrini Grinover, et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 209.

Segundo o autor, se não for adotado esse entendimento, chegar-se-á ao absurdo de o *caput* do artigo 28 ser “letra morta” porque, diante do texto do parágrafo 5º, não haveria razão para a existência do *caput*, além do que estariam feridos todos os pressupostos teóricos da desconsideração.²⁹⁴

A Lei n. 9.605/98, na esteira do disposto no artigo 28, parágrafo 5º, do Código de Defesa do Consumidor, previu a desconsideração da pessoa jurídica em lides reparatórias ambientais, sempre que a empresa causar dano ao meio ambiente e não tiver recursos para solver o prejuízo.

Consta do artigo 4º da Lei n. 9.605/98 que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Embora a previsão conste da Lei de Crimes Ambientais, é evidente sua natureza civil e sua aplicação na ação civil pública de responsabilização pelos danos ambientais eventualmente causados pela pessoa jurídica de direito privado.

Segundo tal dispositivo, a desconsideração da autonomia da pessoa jurídica independe de dolo, fraude, abuso de direito ou má-fé. Ocorrido dano ambiental por atividade da pessoa jurídica, os bens dos sócios e administradores poderão ser utilizados para o ressarcimento do prejuízo ambiental, se a empresa não tiver patrimônio suficiente.

Ao contrário do que ocorre no Código de Defesa do Consumidor, não se pode falar que o dispositivo da Lei n. 9.605/98 não tem

²⁹⁴ Zelmo Denari, Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 210.

aplicação prática, que foi objeto de veto presidencial e que contraria a própria teoria de desconconsideração exposta no *caput*. Aqui, isto é, nos casos das lides ambientais, há uma opção clara do legislador em ampliar as hipóteses de desconconsideração da pessoa jurídica para muito além do inicialmente concebido pela teoria da *disregard of legal entity*.

Trata-se de técnica legislativa voltada mais para os problemas de solvabilidade do poluidor/empresa do que, propriamente, para a proteção da empresa contra os maus administradores²⁹⁵. Marcelo Abelha Rodrigues acrescenta:

“Entre dois valores em rota de colisão (princípio do respeito à personalidade das pessoas jurídicas e a proteção do meio ambiente) o legislador fez a opção clara e indubitosa pelo meio ambiente, aplicando o princípio da proporcionalidade em sede legislativa. Trocando em miúdos, é o seguinte: se o poluidor (pessoa jurídica) não tem patrimônio para arcar com o ressarcimento do meio ambiente, passa-se imediatamente ao patrimônio das pessoas físicas sócias e diretamente por ela responsáveis.”²⁹⁶

A desconconsideração prescinde da propositura de ação própria para ser decretada, podendo o pedido ser formulado incidentalmente, observado, obviamente, o princípio do contraditório²⁹⁷. Assim, no curso de ação civil pública de reparação de dano ambiental, o autor pode pedir ao juiz que desconside a existência da pessoa jurídica, incumbindo-lhe comprovar que ela não possui bens suficientes para efetivar a reparação do dano.

²⁹⁵ Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental: parte geral*, cit., v. 1, p. 219.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 220.

²⁹⁷ João Batista Lopes, *Desconconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil*, cit., p. 44.

11.4 Legitimidade passiva dos entes despersonalizados

Conforme já dito em capítulo anterior, possui capacidade para ser parte quem tem personalidade jurídica, isto é, quem possui aptidão para ser titular de direitos e obrigações.

Possuem personalidade jurídica as pessoas de direito natural e as pessoas jurídicas, de direito público ou privado.

Excepcionalmente, todavia, a lei confere capacidade de ser parte a quem não tem personalidade jurídica. É o que se verifica no artigo 12 do Código de Processo Civil, que concede capacidade judiciária ativa e passiva a entes despersonalizados.

Como a regra é que somente possui capacidade para ser parte quem tem personalidade jurídica, a capacidade judiciária, ativa ou passiva, dos entes despersonalizados somente tem lugar nos casos expressamente previstos em lei.

11.5 Legitimidade passiva do Estado

O Poder Público é expressamente co-responsabilizado pela Constituição Federal pela defesa e preservação do meio ambiente, incumbindo-lhe a propositura de ação civil pública (art. 5º da LACP e 82 do CDC) e a adoção das medidas previstas no parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal, para assegurar a todos a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Quando, todavia, o Poder Público não corresponde a toda essa confiança que lhe é depositada pelo legislador e, através de atuação omissiva ou positiva, direta ou indireta, causa ou concorre

para um dano ambiental, seja efetivo ou potencial, pode passar da condição de legitimado ativo à de legitimado passivo na respectiva ação civil pública ambiental.

Cumpra estabelecer qual o tipo de responsabilidade que recai sobre o Estado pela ocorrência do dano ambiental.

Diz a doutrina administrativista, fundamentada no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, que é adotada a doutrina da responsabilidade objetiva do Estado, baseada na teoria do risco administrativo. Assim, o Estado responde pelos prejuízos causados aos particulares, bastando a estes a prova do dano e do nexa causal a ligá-lo à atividade estatal, isto é, prova do chamado “fato do serviço”, do fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público e que gerou o dano.

O risco administrativo, contudo, adverte Hely Lopes Meirelles, não se confunde com o risco integral, de modo que o Estado se exime do dever de indenizar, caso demonstre culpa exclusiva da vítima (ou atenua a indenização, se demonstrada a culpa concorrente), que o dano ocorreu por conta de fenômenos naturais ou por atos predatórios de terceiros²⁹⁸, “pois o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos”.²⁹⁹

Ocorre que, em matéria de responsabilidade civil ambiental, defende-se neste trabalho a objetividade fundada na teoria do risco integral, que implica na total responsabilização do autor direta ou indiretamente causador do dano, por ação ou omissão, pouco importando que ele seja um

²⁹⁸ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 19. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 557 e 562.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 562.

particular ou o próprio Estado, respondendo inclusive nos casos de dano preexistente, ocorrência de concausas, licitude da atividade, culpa da vítima e nas hipóteses de caso fortuito ou força maior.

Ora, sendo o direito ambiental um instrumento voltado ao maior bem existente, que é a própria vida do homem e, mais ainda, a vida saudável e com qualidade, é forçoso concluir que quando houver a responsabilização do Estado por dano ambiental, sua responsabilidade é *objetiva e integral*, pois não se pode admitir que um Estado que anuncia no preâmbulo de sua Constituição que tem por objetivo assegurar o “bem-estar” e destaca como princípios fundamentais a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e a promoção do “bem de todos” (art. 3º, IV) limite ou exclua essa proteção à vida humana –o que ocorreria se se adotasse a teoria do risco administrativo nas hipóteses ambientais.

Ainda quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, cumpre ressaltar que alguns doutrinadores, por questões de ordem prática, a restringem, sob o argumento de que se sempre fosse responsabilizado o Estado, principalmente nos casos de omissão na fiscalização das atividades lesivas desempenhadas pelos particulares, estar-se-ia impondo ao povo, que é a vítima da lesão ambiental, o dever de ressarcir os danos provocados.

Não há, na realidade, consenso doutrinário sobre o tema. Todos admitem que, em face do sistema da responsabilidade objetiva e solidária em matéria ambiental, qualquer um que indiretamente contribui para o dano deve ter responsabilidade, inclusive o Estado. A divergência reside sobre se sempre deverá ser ele responsabilizado.

Segundo o constitucionalista Gomes Canotilho³⁰⁰, quando os atos privados que causam danos ambientais são autorizados pela Administração pública, deve haver transferência da responsabilidade de reparar o dano ao órgão da Administração que licenciou a atividade, restando ao poluidor o pagamento apenas da poluição ilícita, ou seja, da não autorizada.

Já Paulo Affonso Leme Machado diz que o Poder Público deve responder solidariamente com o particular, até para que aprenda a ser prudente e cuidadoso no vigiar e ordenar a sanidade ambiental.³⁰¹

Também Rodolfo de Camargo Mancuso adota orientação rigorosa sobre a responsabilização do Estado:

“(...) Não há de ser a licitude da conduta ou da atividade, nem tampouco a regularidade formal dos procedimentos burocráticos que livrarão o Estado da co-responsabilidade pelo dano ambiental, por ação ou omissão, visto que ele, por seus órgãos e agentes, terá participado do nexo etiológico que se estende desde o resultado danoso até sua causa eficiente. É o princípio basilar do ‘poluidor-pagador’, hoje predominante na matéria.

Nesse sentido, escreve Vera Lúcia S. Jucovsky: ‘Note-se que o licenciamento prévio concedido pelos órgãos públicos, isto é, a autorização ou a permissão para o desenvolvimento de certas atividades, ante a presença dos requisitos legais, não obsta a responsabilidade por dano ecológico, fundado na relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano dele conseqüente para fins de obrigação indenizatória. Logo, o licenciamento legalmente outorgado pela Administração implica a solidariedade desta no dever de indenizar’. *A fortiori*, segundo pensamos, exsurge a responsabilidade do Poder Público, quando este falha ou se omite no poder-dever de fiscalizar, coibir e reprimir as atividades ilícitas dos particulares, que põem em risco ou degradam o meio ambiente, como sói acontecer em grandes metrópoles brasileiras, com os contínuos avanços dos loteamentos clandestinos em áreas de preservação permanente, como são as florestas protetoras das regiões de mananciais.”³⁰²

³⁰⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra: Almedina, 1974.

³⁰¹ Paulo Affonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*, 10. ed., 2002, cit., p. 320.

³⁰² Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 281-282.

Em que pese o entendimento esposado pelos ilustres doutrinadores citados, cremos seja sempre melhor a adoção de uma postura mais prudente quanto à responsabilização do Estado, porque não seria justo penalizar duplamente a sociedade pelo dano ambiental. Ademais, tratando-se de responsabilidade solidária, muito mais interessante, do ponto de vista prático e econômico, é responsabilizar o empreendedor, eis que a recuperação do meio ambiente é sempre dispendiosa.

Tem-se assim que, em virtude das normas de direito administrativo que regem a responsabilidade civil do Estado, mais especificamente face ao enunciado do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, o particular poderá, individualmente, acionar o Estado para ter ressarcido o dano experimentado em razão da atividade estatal. Já quando se tratar de ação coletiva, deve-se atuar com prudência, seja para não impor apenas ao Estado, e por conseqüência ao contribuinte, a reparação do dano ambiental, seja para, a pretexto de não onerar as próprias vítimas, criar uma situação de total irresponsabilidade estatal pela preservação e reparação do bem ambiental.

Édis Milaré, com muita propriedade, abordou o tema e concluiu:

“Segundo entendemos, o Estado também pode ser solidariamente responsabilizado pelos danos ambientais provocados por terceiros, já que é seu dever fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Essa posição mais se reforça com a cláusula constitucional que impôs ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Assim, afastando-se da imposição legal de agir, ou agindo deficientemente, deve o Estado responder por sua incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado que, por direito, deveria ser. Neste caso, reparada a lesão, poderá demandar regressivamente o direto causador do dano.

Na prática, para não penalizar a própria sociedade, que teria, em última análise, de indenizar os prejuízos decorrentes do dano ambiental, convém, diante das regras da solidariedade entre os responsáveis, só acionar o Estado

quando demonstrado o nexo de causalidade entre um ato seu e o dano. Afinal, se é possível escolher um dos responsáveis, por que não se valer da opção mais conveniente aos interesses da comunidade?! Expressivo exemplo disso ocorreu na ação que propusemos em Cubatão-SP em face das 24 empresas do pólo químico-siderúrgico local, visando a reparação dos danos causados à Serra do Mar e à Mata Atlântica, em que sentenciou o Tribunal de Justiça paulista: ‘Inadmissível, pois, a denúncia da União Federal, do Estado de São Paulo e do Município de Cubatão, sob o fundamento de que estas pessoas jurídicas de direito público incentivaram e autorizaram a instalação da ora agravante no local, com as conseqüências daí decorrentes, e fiscalizavam as suas atividades. Aliás, se a pretensão fosse viável, equivaleria à condenação da própria vítima da poluição, isto é, o povo, ao ressarcimento dos danos provocados pelas indústrias, o que constituiria verdadeiro paradoxo.’³⁰³

Dessa forma, tem-se que o Estado é sempre parte legítima passiva na ação de responsabilização por dano ambiental, respondendo objetiva e integralmente pelo dano causado, devendo todavia o autor avaliar a conveniência ou não de sua responsabilização civil.

Essa discricionariedade de atuação contra o Poder Público é possível desde que não implique em discricionariedade na reparação do dano ambiental.

Como já dito, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental de preservação do homem, posto que indispensável à sua dignidade. Por se tratar de direito fundamental, é *inalienável*, isto é, é indisponível, intransferível e inegociável – até porque a ordem constitucional o confere a todos, indistintamente; é *irrenunciável e imprescritível*.

Assim, tendo o dano ambiental diversos causadores – pessoas físicas, pessoas jurídicas de direito privado e pessoas jurídicas de direito público – em razão da solidariedade que vige em matéria ambiental pode o

³⁰³ Édís Milaré, Ação civil pública por dano ao meio ambiente, cit., p. 154-155.

legitimado ativo, pautado em critérios de conveniência e oportunidade, escolher quem acionar judicialmente à reparação do dano. Escolhido, porém, o legitimado passivo, o autor deve pugnar pela integral reparação do dano, sendo-lhe lícito transacionar sobre circunstâncias de tempo e modo de execução da reparação do dano, mas sem poder dispor, ainda que parcialmente, do bem ambiental a ser reparado.

Em poucas palavras: pode-se escolher quem deve reparar o dano; mas, feita a escolha, deve-se impor ao escolhido a total reparação.

11.6 Legitimidade passiva do agente público

Diz Hely Lopes Meirelles que o agente público não pode ser diretamente responsabilizado por prejuízos que causar no desempenho de seus afazeres, devendo ser acionado o Estado, cuja responsabilidade é objetiva, a quem incumbe em ação regressiva provar o dolo ou a culpa do agente, cuja responsabilidade é subjetiva.³⁰⁴

No mesmo sentido se manifesta José Afonso da Silva, que esclarece que a vedação a que se acione diretamente o agente público é decorrente do princípio constitucional da impessoalidade, previsto no artigo 37, *caput* da Constituição Federal.³⁰⁵

Diz o autor que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”. E arremata, concluindo

³⁰⁴ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 394.

³⁰⁵ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 620.

que “por isso é que a responsabilidade, para com terceiro, é sempre da Administração”.³⁰⁶

Data venia, os princípios dispostos pelo constituinte no artigo 37, *caput* vinculam a Administração pública e seus agentes, e não o particular. É à Administração que incumbe atuar de maneira impessoal, e não ao particular, de modo que não há óbice a que este opte por acionar judicialmente o próprio agente público ao acionar a Administração, com o que não estará sendo impessoal.

Portanto, o funcionário público que no exercício de sua função causa dano ambiental também pode ser colocado no pólo passivo da ação civil pública, pois também a ele – e principalmente a ele – cabe zelar pela preservação desse bem essencial à vida, devendo, para tanto, observar os princípios constitucionais que informam a Administração pública (art. 37).

Resolvida a questão sobre a legitimidade passiva do funcionário público, resta verificar qual a natureza de sua responsabilidade, se objetiva ou subjetiva.

Já foi dito que não há óbice à responsabilização direta do agente público, mas consta da Constituição Federal (art. 37, § 6º) que, acionado o Estado, o agente só responderá perante aquele se tiver agido com dolo ou culpa. Assim, o raciocínio a ser feito é o seguinte: se o agente só responde perante o Estado em ação regressiva quando tiver agido por dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva), pode ser instado a responder objetivamente perante o particular ou perante quem quer que o acione diretamente por um dano ambiental a que ele deu causa no exercício da função pública?

³⁰⁶ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 615.

Parece haver o conflito de duas normas constitucionais: a que determina que a responsabilidade do por dano ambiental é objetiva (art. 225, § 3º que, ao não condicionar à verificação de culpa a responsabilização por dano ambiental, claramente adotou posicionamento objetivo) e a que determina que o agente público responde subjetivamente (art. 37, § 6º).

Entende-se que nesse caso deve prevalecer a norma prevista no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, que determina a responsabilidade civil subjetiva do funcionário público.

Tal norma, ao fixar a responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva do agente público, tem o claro propósito de não desamparar o prejudicado pela lesão causada pelo Estado e, ao mesmo tempo, proteger o funcionário público e dar-lhe tranquilidade para exercer suas funções, sem que corra o risco de ser rotineiramente bombardeado por ações civis que buscam indenizações por danos advindos de sua função pública.

Cumprе destacar que a adoção da responsabilidade subjetiva do agente público não enfraquece a proteção do bem ambiental preconizada pela Constituição Federal, eis que o legitimado ativo tem sempre a faculdade de acionar diretamente o Estado, que responderá de maneira objetiva e fundada na teoria do risco integral – e não apenas na teoria do risco administrativo, e se opta por acionar o agente, deve arcar com os ônus da sua escolha. Somente através desse entendimento é que se estará atendendo ao princípio da unidade da Constituição, pois fica garantida a proteção ao bem ambiental dada pela Constituição Federal, sem que se exclua a proteção constitucional ao funcionário público.

11.6.1 Improbidade administrativa ambiental

Cabe agora destacar a possibilidade de ser o agente público pessoalmente responsabilizado por ato de improbidade administrativa em matéria ambiental.

Impõe-se a todos os organismos e agentes públicos encarregados da gestão ambiental o dever jurídico de boa gestão ambiental, devendo, para tanto, serem adotadas medidas efetivas e eficientes para a satisfação do bem comum, do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O agente público que, no exercício da tutela ambiental, não observa esse dever e auferir vantagem indevida, ocasiona dano ao patrimônio público ou atenta contra os princípios constitucionais da Administração pública, além de poder ser instado judicialmente a reparar o dano ambiental causado, responde também por ato de improbidade administrativa.

Defensor da tese esposada, afirma Sérgio Turra Sobrane:

“O Poder público deve assumir postura protetora do meio ambiente, isentando-se de interesses particulares para decidir com imparcialidade as questões que lhe são submetidas. Deve agir com cautela e prudência para não se transformar também em agente degradador, em cumplicidade com o interessado.

As atividades do agente público que opera com as questões ambientais devem observar os princípios da legalidade e impessoalidade. Cumpra-lhe aplicar rigorosamente as determinações legais e regulamentares para impedir qualquer dano ambiental, sempre tendo em mira os interesses da coletividade.

Descurando-se da observância dos princípios que regem a Administração pública, dolosamente ou não, estará o agente público incorrendo na prática de atos de improbidade administrativa, descritos na Lei n. 8.429/92.”³⁰⁷

³⁰⁷ Sérgio Turra Sobrane, Improbidade administrativa em matéria ambiental, in Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin (Org.), *Manual prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*, São Paulo: Imesp, 1999, p.134.

A Constituição Federal, no artigo 37, parágrafo 4º, coibiu em todos os níveis e setores da Administração pública a prática de atos de improbidade administrativa, estabelecendo como sanção aos agentes infratores a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

A Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92 – regulamentou aquele dispositivo constitucional, tendo descrito os atos de improbidade administrativa, as sanções cabíveis e as pessoas a que se destina.

São atos de improbidade administrativa os cometidos pelos agentes públicos (conforme a definição legal dada pelo art. 2º) ou por terceiros (assim entendidos os que se enquadram no disposto no art. 3º) contra as pessoas e entidades arroladas no artigo 1º e que importam em enriquecimento ilícito do agente (art. 9º), ou que causam lesão ao erário (art. 10) ou que atentam contra os princípios da Administração pública (art. 11).

A Lei de Improbidade Administrativa estende-se à proteção do meio ambiente porque o “patrimônio público” objeto de sua proteção não é apenas o patrimônio material das entidades públicas, mas também todo o patrimônio moral dessas entidades e da coletividade³⁰⁸. Logo, como o meio ambiente é um bem fundamental da pessoa humana de uso comum da coletividade, é protegido por essa lei, sendo que as condutas ou omissões atentatórias ao meio ambiente que importem em enriquecimento ilícito do agente, que causem lesão ao patrimônio público ou que atentem contra os princípios da Administração pública são atos de improbidade

³⁰⁸ Fábio Medina Osório, O dever de probidade administrativa e a proteção do meio ambiente: reflexões sobre “improbidade ambiental”, in Jarbas Soares Júnior; Fernando Galvão (Coords.), *Direito ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 175.

administrativa – ou, como prefere Fábio Medina Osório, atos de improbidade administrativa ambiental.³⁰⁹

Como os tipos sancionadores da Lei n. 8.429/92 são abertos e flexíveis, facilitam sua adequação à proteção de toda a espécie de patrimônio público (conforme concepção já exposta), inclusive a proteção do meio ambiente.

O agente público da Administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou indireta de todos os níveis (empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público e, enfim, qualquer empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual) que, no exercício da tutela ambiental, receba qualquer tipo de vantagem econômica, comete ato de improbidade administrativa, conforme o artigo 9º da Lei n. 8.429/92.

Portanto, comete o ato de improbidade administrativa do artigo 9º o agente que concede licença ambiental, apesar de ser desfavorável o conteúdo do estudo de impacto ambiental (EIA), recebendo para tanto vantagem econômica direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente³¹⁰. Da mesma forma, o agente público ambiental que recebe vantagem econômica para omitir ato de ofício, providência ou declaração que era seu dever praticar.³¹¹

³⁰⁹ Fábio Medina Osório, Fábio Medina Osório, O dever de probidade administrativa e a proteção do meio ambiente: reflexões sobre “improbidade ambiental”, cit., p. 218.

³¹⁰ Marino Pazaglini Filho, Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 119, jan./mar. 2000.

³¹¹ Sérgio Turra Sobrane, Improbidade administrativa em matéria ambiental, cit., p. 136.

O artigo descreve conduta dolosa cuja configuração se dá independente de o agente público ter ou não consumado a sua ação ou omissão, isto é, pouco importando se o interessado obteve ou não a autorização ou licença ambiental, posto que a lei pune a mera possibilidade de concretização da conduta.³¹²

Também comete ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10 da Lei n. 8.429/92 o agente público encarregado pela tutela do bem ambiental que, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, acarrete dano ao erário, assim entendido qualquer perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º dessa lei.

Assim, o agente público que autoriza ou permite, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, a demolição de bem público tombado, causa prejuízo ao patrimônio público e responde por ato de improbidade administrativa lesivo ao erário.³¹³

Nos termos do artigo 11, igualmente constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Como esse artigo refere-se expressamente ao dever de “legalidade”, ele acaba por abarcar os princípios administrativos expressos no artigo 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade,

³¹² Sérgio Turra Sobrane, *Improbidade administrativa em matéria ambiental*, cit., p. 136.

³¹³ Marino Pazzaglini Filho, *Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental*, cit., p. 119.

publicidade e eficiência), como também todos os demais contemplados ao longo do texto constitucional, dentre eles os inerentes ao meio ambiente³¹⁴ (obrigatoriedade da intervenção estatal, prevenção, precaução, cooperação, informação, poluidor-pagador, usuário-pagador, responsabilização integral).

O agente público atua dolosamente, nos termos do artigo 11, quando decide não fiscalizar nem reprimir condutas efetiva ou potencialmente lesivas ao meio ambiente, ou quando deixa de adotar providências legalmente obrigatórias para a defesa dos bens jurídicos ambientais, ou ainda quando, apesar de atendidas todas as regras legais, age visando satisfazer a interesses particulares, e não ao bem comum ambiental.

Também o descumprimento injustificado a obrigação ambiental assumida mediante termo de ajustamento de conduta configura ato de improbidade administrativa ambiental por parte do compromissário, “por violação dos deveres públicos de obediência à legalidade, honestidade profissional e lealdade institucional”.³¹⁵

Segundo Fábio Medina Osório, é perfeitamente possível cumular em uma mesma ação civil pública a reparação do meio ambiente lesado e as sanções por ato de improbidade administrativa:

“A ação civil pública de improbidade ambiental pode reunir, como objeto, pedidos cumulados, v.g., tutela ambiental cautelar, nulidade de atos administrativos, imposição de obrigações de fazer e de não fazer, indenizações e responsabilidade civil, além das sanções do artigo 12, da Lei n. 8.429/92.”³¹⁶

³¹⁴ Marino Pazzaglini Filho, *Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental*, cit., p. 119.

³¹⁵ Fábio Medina Osório, *O dever de probidade administrativa e a proteção do meio ambiente: reflexões sobre “improbidade ambiental”*, cit., p. 224.

³¹⁶ *Ibidem*, mesma página.

Não é demais destacar porém que, nas hipóteses de improbidade administrativa, o responsabilizado será o agente público, e não o Estado, e a ação terá por fundamento ato doloso ou culposos seu (responsabilidade subjetiva), não se aplicando a responsabilização objetiva fundada na teoria do risco integral que informa o sistema da responsabilidade civil por dano ambiental.

Assim sendo, nem sempre é aconselhável que se busque a reparação do dano ambiental e a punição pela prática de ato de improbidade administrativa, em uma mesma ação. Na hipótese de ser judicialmente acionado um particular, que se beneficiou com a prática de ato de improbidade administrativa ambiental e que desse modo deu causa a ocorrência de lesão ao meio ambiente, como no que diz respeito à improbidade administrativa, sua responsabilidade é subjetiva e, no que tange à reparação do dano ambiental objetiva, talvez não seja viável a cumulação dos dois objetos em uma mesma demanda, pois a inclusão do tema “culpa” prolongaria demais a ação, atrasando a reparação do bem ambiental.

Finalmente, embora não haja previsão expressa, apresenta-se perfeitamente possível a inversão do ônus da prova em ação civil pública por ato de improbidade ambiental.

Conforme a moderna concepção de processo como instrumento de pacificação social, deve-se extrair de suas regras o máximo de efetividade, utilidade e dinamismo. Ao Estado incumbe o poder-dever de exercer a atividade jurisdicional e fazê-lo com eficácia; ao jurisdicionado, o direito de ter acesso a esse poder e dele obter a proteção adequada de seus interesses.

O ônus da prova relaciona-se com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, à medida que tem por finalidade justamente permitir o exercício da jurisdição, afastando o *non liquet*. Sua inversão, prevista na Lei n. 8.078/90, é instrumento de garantia do direito de acesso à justiça, pois reduz as desigualdades processuais entre as partes, sendo, outrossim, fator de otimização de justiça das decisões.

A despeito de estar prevista na Lei n. 8.078/90 como direito básico do consumidor, por tratar-se de medida de natureza processual, a inversão do ônus da prova estende-se a todos os tipos de ação civil pública, inclusive à por ato de improbidade ambiental, devendo o juiz, subsistindo dúvidas no momento do julgamento, inverter o ônus da prova, em favor do legitimado *ad causam* que atua na defesa do bem difuso (seja o meio ambiente, seja a improbidade administrativa), sempre que verossímil sua alegação ou comprovada a hipossuficiência – do legitimado ou da própria coletividade que suportará os danos ao patrimônio ambiental.

11.7 Legitimidade passiva do promotor de justiça

Primeiramente, é mister esclarecer que o Ministério Público, por não possuir personalidade jurídica e não haver lei que lhe conceda capacidade judiciária passiva, não pode figurar no pólo passivo da ação civil pública ambiental. Outrossim, as próprias Leis n. 7.347/85 e 8.078/90 conferem ao Ministério Público apenas legitimidade ativa, não concedendo legitimação extraordinária passiva que, como já referido, dependeria de previsão expressa.

Assim, diante de ação ou omissão do promotor de justiça que cause lesão ambiental, deve o legitimado ativo acionar ou diretamente o Estado (se se tratar do Ministério Público Estadual, o Estado-membro; do

Ministério Público do Distrito Federal, o Distrito Federal; do Ministério Público Federal ou do Trabalho, a União) ou o promotor de justiça.

Acionado o Estado, sua responsabilidade é objetiva, nos termos da teoria do risco integral que regula a questão ambiental, como já dito.

Indicado, todavia, no pólo passivo da ação civil pública ambiental, o promotor de justiça, cumpre analisar qual a sua responsabilidade.

Os membros do Ministério Público, bem como da magistratura, não são funcionários públicos comuns, mas sim agentes políticos; gozam de prerrogativas e imunidades no exercício de suas funções, que têm por finalidade justamente colocá-los a salvo de intimidações e pressões externas. Diante das funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pela Constituição Federal (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – art. 127), seria inviável tolerar que o promotor de justiça pudesse a qualquer momento ser acionado por suas opiniões e manifestações, ou mesmo por eventuais erros de atuação, que não decorram de ilegalidade, desvio ou abuso de poder ou de finalidade.

Sobre esse assunto, adota-se o magistério de Hugo Nigro Mazzilli, que diz que os membros do Ministério Público responsabilizam a si mesmos apenas quando ajam: “a) com dolo ou fraude (responsabilidade penal, civil e funcional); b) com violação de sigilo legal ou uso indevido de informações e documentos que tenham requisitado; c) fora dos limites das próprias atribuições ou de sua independência funcional.”³¹⁷

³¹⁷ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 380.

Portanto, o promotor de justiça tem legitimidade para figurar diretamente no pólo passivo de ação civil pública de reparação de dano ambiental, todavia somente poderá ser responsabilizado quando se comprovar que o dano ambiental por ele causado decorre de uma das três situações acima citadas. Excetuadas essas hipóteses, pelos danos causados pelo promotor de justiça, somente pode ser acionado o Estado.

Como a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa é espécie de responsabilidade civil, pode o promotor de justiça responder judicialmente pela prática de ato de improbidade administrativa, inclusive improbidade ambiental, mas desde que tenha atuado dolosamente. A exemplo da responsabilização civil em geral do promotor de justiça, em virtude da natureza de suas atribuições, deve ser resguardado de exposições injustificadas a ações civis ou penais.

Por óbvio que todo o dito em relação aos promotores de justiça aplica-se aos juízes de direito.

CONCLUSÕES

1. Sob a perspectiva antropocêntrica alargada, o meio ambiente deixa de ser protegido apenas em razão do homem (antropocentrismo), para o ser também em razão do valor intrínseco que possui (ecocentrismo e biocentrismo), de modo que a tutela do bem ambiental objetiva tanto a manutenção do equilíbrio ecológico quanto a proteção da própria vida humana. É sob a visão antropocêntrica alargada que o bem ambiental é abordado pela Constituição Federal, pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e, por consequência, por este trabalho.

2. A proteção legal do meio ambiente no Brasil evoluiu de uma visão utilitarista e reducionista, que tinha por objetivo apenas a satisfação de interesses privados e econômicos, para uma tutela sistêmica e globalizada, cujo marco inicial foi a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), sendo definitivamente incorporada ao nosso sistema jurídico pela Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a proteção do meio ambiente de forma concentrada no artigo 225 e através de diversas inserções lançadas ao longo de todo o seu texto.

3. O conceito legal de meio ambiente é extraído do artigo 3º, inciso I da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, conjugado com os fatores de ordem econômica e social previstos no seu artigo 3º, inciso III, advindo daí a classificação em meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, constituindo todos um sistema ambiental único.

4. A Constituição Federal classifica o meio ambiente como um bem de *uso comum do povo*. Portanto, na concepção de macrobem, de bem essencial à sadia qualidade de vida, o meio ambiente pertence a todos, é um bem *difuso*

e *adéspota*, não podendo ser objeto de apropriação nem pelo particular, nem pelo Estado. É, por essa mesma razão, *indivisível*, não havendo como determinar a parcela que pertence a cada pessoa e, apesar de composto por vários aspectos ou subsistemas, estes são interdependentes e formam um todo único, que é o que confere o equilíbrio ecológico, ou qualidade ambiental, advindo daí a sua *unitariedade*.

5. O meio ambiente, na acepção de macrobem, não se confunde com os recursos ambientais que o compõem (microbens) que, por sua vez, apenas têm a natureza de bem difuso se detiverem a qualidade de essencial à sadia qualidade de vida, isto é, se interferirem no equilíbrio do sistema ecológico.

6. O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental de preservação do homem, de modo que ninguém pode dispor da pretensão a um meio ambiente equilibrado e tampouco renunciar a esse direito; mesmo que durante muito tempo se tenha tolerado a sua degradação, a qualquer tempo pode ser exigida a sua recomposição, posto tratar-se de um direito imprescritível.

7. O equilíbrio e salubridade ambiental, ao mesmo tempo que constitui um direito fundamental, é um *dever fundamental*, porque estabelecido na Constituição Federal o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, sob pena de sanções nas esferas administrativa, civil e criminal.

8. Diante das características diferenciadas do bem ambiental – difuso, adéspota, imaterial, indivisível e unitário – e por se constituir o meio ambiente ecologicamente equilibrado em um direito fundamental ao homem e essencial à sua sadia qualidade de vida, o regime da responsabilidade civil tem que se

estruturar de forma igualmente diferenciada, para que possa restabelecer o equilíbrio dos ecossistemas natural (meio ambiente natural) e social (meio ambiente artificial, cultural e do trabalho).

9. É da própria natureza jurídica do bem ambiental e também dos princípios de direito ambiental que o sistema da responsabilidade civil ambiental extrai elementos que o tornam mais abrangente e eficaz, fazendo com que extrapole os limites clássicos de uma disciplina meramente reparatória, que apenas atua após a ocorrência do dano, e assuma uma vertente antecipatória e preventiva.

10. Prevenção e precaução importam em um sistema de responsabilidade civil que se antecipe ao dano; mas, enquanto o princípio da prevenção atua diante da certeza da ocorrência de dano, o princípio da precaução vai muito além, e atua até nos casos em que há incerteza científica sobre a sua ocorrência.

11. O princípio do poluidor-pagador, sob seu aspecto corretivo, significa que o dano deve ser ressarcido pelo beneficiado com a atividade poluente. Sob o aspecto preventivo, impõe ao poluidor os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização do dano ambiental, visando assim estimular a indústria a investir em tecnologias “limpas”, cujos custos acabam sendo menores que os da reparação do dano ambiental.

12. O princípio do usuário-pagador, ao possibilitar a cobrança pelo uso do bem ambiental, acaba, a exemplo dos demais, surtindo efeito preventivo, por incentivar o uso racional do bem.

13. A Constituição Federal, atenta ao caráter fundamental, e portanto indisponível do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, impôs no artigo 225, parágrafo 3º, o princípio da reparação integral do dano ambiental, o que impede, seja em nível judicial ou extrajudicial, transações em que se perdoe total ou parcialmente a reparação do dano ambiental.

14. O poluidor é qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado que, com sua atividade, positiva ou omissiva – nesse caso desde que pese sobre si o dever específico de agir – figure como causadora, direta ou indiretamente, de dano ambiental, efetivo ou potencial.

15. O dano ambiental, por sua vez, é a poluição causada pelo homem, é a degradação que lesa o equilíbrio ecológico, natural ou social, ou que coloca em perigo esse equilíbrio.

16. Sobre o poluidor pesa a obrigação constitucional de reparar totalmente o dano e essa responsabilidade é objetiva e decorrente da adoção da teoria do risco integral, subsistindo mesmo quando a degradação ambiental provém de atividade lícita desempenhada pelo poluidor, de caso fortuito ou força maior, haja concorrência de causas danosas ou dano preexistente.

17. A natureza jurídica do bem ambiental e os princípios informadores do direito ambiental, principalmente os da prevenção e da precaução, impõem a atenuação do nexo causal, através da adoção no processo de presunções de causalidade – em casos de desempenho de atividades de risco, e também mediante a inversão do ônus da prova – previsto no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor.

18. Tendo o dano ambiental mais de um causador, todos são solidariamente responsáveis pela sua reparação e essa solidariedade decorre da própria natureza jurídica do bem ambiental, aliada a disposições constitucionais e infraconstitucionais.

19. A qualidade de parte, em seu aspecto processual, resulta de um ato de vontade do autor (ou autores), que se coloca no pólo ativo da demanda e coloca outro (ou outros) no pólo passivo. Já a qualidade de parte legítima emerge de uma situação jurídica legitimante, que é extraída do direito substancial.

20. Tem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado que, de acordo com os fatos narrados pelo autor na inicial, figure como sendo o poluidor – ou um dos poluidores.

21. Os legitimados ativos para a ação civil pública ambiental podem figurar no pólo passivo se, por ato faltoso na missão constitucional de tutelar o meio ambiente, causarem ou concorrerem para a degradação ambiental, não sendo admissível que figurem no pólo passivo, na condição de substitutos processuais da coletividade.

22. É possível no pólo passivo dessa espécie de ação o litisconsórcio; tanto o facultativo – decorrente da própria comunhão de obrigações entre os co-poluidores, devedores solidários – quanto o necessário.

23. É incabível a oposição nas ações civis públicas ambientais de conhecimento condenatórias porque, face à natureza jurídica do bem

ambiental, não há como possa o terceiro, opoente, pretender para si a coisa ou direito sobre o qual se funda o litígio.

24. Igualmente, não se deve admitir a denunciação da lide sempre que resultar na introdução de fundamento novo na demanda, porque como a responsabilidade civil ambiental é objetiva, a admissão de denunciação da lide que introduza a culpa ou qualquer outro fundamento não existente na ação originária implicaria na ampliação e demora do processo, prejudicando assim o meio ambiente e, por conseqüência, o direito à vida saudável de toda a coletividade.

25. Embora o Código de Processo Civil autorize o chamamento ao processo nas hipóteses de solidariedade passiva, essa modalidade de intervenção de terceiros não deve ser admitida nas ações civis públicas ambientais de conhecimento condenatórias, por introduzir fundamento novo na demanda, imprimir maior morosidade no julgamento da causa e, principalmente, inviabilizar o instituto da solidariedade – que, no caso do meio ambiente, decorre da própria natureza jurídica do bem ambiental e da Constituição Federal. Somente pode ser admitido o chamamento ao processo em hipóteses realmente excepcionais, desde que haja a concordância do autor e que não acarrete nenhum prejuízo ao direito difuso tutelado.

26. A nomeação à autoria não é cabível nas ações civis públicas ambientais de conhecimento condenatórias. Figurando o réu inicialmente como sendo quem deu ensejo ao dano ambiental, é parte legítima passiva para a causa, pouco importando a que título detém a coisa – se proprietário, possuidor ou mero detentor – ou se agiu por conta própria ou a mando de

outrem, porque em direito ambiental qualquer pessoa que mesmo indiretamente concorra para o dano tem o dever de repará-lo.

27. Quanto à assistência, é cabível no pólo passivo da ação civil pública ambiental, e como nem o assistente simples nem o litisconsorcial podem alterar o pedido ou a causa de pedir, a eles é vedado incluir a culpa no mérito da causa.

28. Face à função socioambiental da propriedade, o atual proprietário de um imóvel ambientalmente degradado está sempre legitimado para figurar no pólo passivo da ação civil pública reparatória, porque, a princípio, a existência de dano ambiental em sua propriedade demonstra que ele não atentou para os deveres e responsabilidades que permeiam a relação de propriedade. Todavia, ele somente poderá ser responsabilizado pela poluição se comprovados pelo legitimado ativo o dano, a atividade, positiva ou negativa, direta ou indireta do atual proprietário, e o nexo causal a ligá-la ao dano (ressalvadas as hipóteses de atenuação do nexo causal), porque a função socioambiental da propriedade não afasta a necessidade de comprovação dos requisitos inerentes à responsabilidade objetiva.

29. Quando a relação de direito material evidenciar que a mulher concorreu, mesmo que indiretamente, para o dano ambiental praticado por seu marido, ela será parte legítima para figurar no pólo passivo da ação civil pública que busca a reparação do dano na condição de litisconsorte necessária, nos termos do artigo 10, parágrafo 1º, inciso II do Código de Processo Civil.

30. Estão legitimados para figurarem no pólo passivo de ação civil pública que vise a reparação de danos ambientais, efetivos ou potenciais, causados pela veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, tanto o anunciante quanto a empresa de publicidade e o veículo de comunicação, ocorrendo, *ope legis* (art. 38 do CDC), a inversão do ônus da prova, de modo a caber ao réu a prova da lisura da propaganda.

31. Igualmente, os danos causados ao meio ambiente pelo excesso de publicidade (*outdoors*, cartazes, telões etc.) ou pela inadequação do local de sua instalação também podem ser objeto de ação civil pública ambiental reparatória; qualquer um que tenha concorrido para a campanha publicitária é legitimado passivo para causa, com a diferença de que, nesse caso, a inversão do ônus da prova, se ocorrer, será decorrente de atividade judicial (art. 6º, inc. VIII do CDC).

32. Nos contratos consumeristas, é tida como cláusula abusiva, portanto, nula de pleno direito, a que atente, efetiva ou potencialmente, contra o meio ambiente, sendo legitimado para figurar no pólo passivo da ação civil pública ambiental reparatória tanto o estipulante da cláusula – o fornecedor do produto ou do serviço, como o próprio consumidor ou terceiro que com ela tenha se beneficiado.

33. Toda pessoa jurídica de direito privado que direta ou indiretamente concorra para a lesão efetiva ou potencial ao meio ambiente está legitimada a ocupar o pólo passivo da ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória, sendo possível, no curso desta, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, independente de dolo, fraude, abuso de direito ou má-fé, sempre que, nos termos do artigo 4º da Lei n. 9.605/98, a

pessoa jurídica não tiver recursos suficientes para solver o prejuízo ambiental causado.

34. Até os entes desprovidos de personalidade jurídica podem figurar no pólo passivo da ação civil pública ambiental, desde que a lei expressamente lhes confira capacidade judiciária passiva.

35. O Estado é sempre legitimado passivo *ad causam* porque, na melhor das hipóteses, se não é o causador direto do dano ambiental, a ele concorreu, ao se omitir no desempenho das atividades inerentes ao seu poder de polícia, e sua responsabilidade é objetiva, fundada não na teoria do risco administrativo, mas sim na teoria do risco integral. Pode porém o legitimado ativo, no caso de solidariedade entre o Estado e particulares pela ocorrência da degradação ambiental, escolher, com base em critérios de conveniência e oportunidade, entre incluir ou não o Estado no pólo passivo.

36. O funcionário público que no exercício de suas funções causa dano ambiental também pode ser colocado no pólo passivo da ação civil pública. Sua responsabilidade, porém, será subjetiva (cf. o art. 37, § 6º da CF), sem que com isso haja o enfraquecimento da proteção ambiental, porque ao autor sempre é facultada a possibilidade de acionar o Estado – cuja responsabilidade é objetiva e integral – e, se opta por acionar o agente público, deve arcar com os ônus de sua escolha.

37. O agente público que no exercício da tutela ambiental não observa o dever de boa gestão ambiental e auferir vantagem indevida, ocasiona dano ao patrimônio público ou atenta contra os princípios constitucionais, responde

também por ato de improbidade administrativa, sendo mais uma vez, porém, subjetiva a sua responsabilidade.

38. O promotor de justiça é legitimado para figurar no pólo passivo da ação civil pública ambiental de conhecimento condenatória, todavia, face à sua condição de agente político, que lhe garante prerrogativas e imunidades no exercício de suas funções, somente pode ser responsabilizado se tiver causado ou concorrido para a ocorrência de degradação ambiental por conduta dolosa ou fraudulenta.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Problemas à vista: responsabilidade por dano ao meio ambiente no Brasil. *Del Rey Revista Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, ano 4, n. 9, p. 22-23, set./nov. 2002.

_____. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: _____. *Temas de direito processual: 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73-82.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processual*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: artigos 29-45. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 211-428.

_____. Função ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 9-82.

_____. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e (Org.). *Manual prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*. São Paulo: Imesp, 1999. p. 19-83.

_____. Objetivos do direito ambiental. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 5., 2001, São Paulo. *Anais...: o futuro do controle da poluição e da implementação ambiental*. Organizado por Antônio Herman V. e Benjamin; José Carlos Meloni Sícoli. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001. p. 57-78.

_____. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 1936.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANCO, Samuel Murgel. Conflitos conceituais nos estudos sobre meio ambiente. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 9, n. 23, p. 217-233, jan./abr. 1995.

BUCCI, Mário César. *Parcelamento do solo, loteamento*. Campinas: Jurídica Mizuno, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

_____. *Protecção do ambiente e direito de propriedade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução do original italiano feita por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DENARI, Zelmo. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: artigos 8º-28 e 55-60. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 140-210 e 556-571.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 27, p. 58-69, jul./set. 2002.

_____. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Intervenção de terceiros*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Litisconsórcio*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 49-50, p. 34-41, jan./jun. 1979.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; ABELHA RODRIGUES, Marcelo; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 13, p. 33-41, jan./mar. 1995.

GOMES, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, n. 17, p. 160-178, jan./mar. 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

_____. *Direito processual civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEITÃO, João Menezes. Instrumentos de direito privado para proteção do ambiente. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, Almedina, v. 7, p. 58, jun. 1997.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Notas de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 818, p. 35-46, dez. 2003.

LOVECE Graciela. El ecosistema sustentable: la publicidad agresiva al medioambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 8, n. 29, p. 36-48, jan./mar. 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1-131.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. (8. ed. – 2000).

MAGALHÃES JÚNIOR, Renato. *Direitos e deveres ecológicos: efetividade constitucional e subsídios do direito norte-americano*. 1990. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1981. v. 1.

MARQUES, Mauro Pinto. Ônus da prova: um enfoque diferente. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 150-153, abr./jun. 1997.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991. v. 1.

MATOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. 1993. 255 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993. Orientação do professor Doutor Kazuo Watanabe.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MILARÉ, Édis. Ação civil pública por dano ao meio ambiente. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 140-220.

_____. Tutela processual civil do meio ambiente. In: Benjamin, Antônio Herman de Vasconcelos e (Org.). *Manual prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*. São Paulo: Imesp, 1999. p. 379-435.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 20007. v. 4.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 21, p. 92-102, jan./mar. 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4.

MORAES, Luís Carlos Silva de. *Código Florestal comentado*. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 31, p. 63-69, jul./set. 1999.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos (exceção de pré-executividade)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel de Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto: artigos 46-54 e 109-119. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 429-555 e 867-914.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 46, n. 126, p. 168-189, jul./set. 1984.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processual Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (3. ed. – 1997)

NERY, Rosa Maria Andrade. *Indenização do dano ambiental: responsabilidade civil e ação civil pública*. 1993. 109 p. Dissertação (Mestrado em Direito Das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1993. Orientação do Professor Doutor José Manoel de Arruda Alvim Netto.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 10, p. 48-60, abr./jun. 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. O dever de probidade administrativa e a proteção do meio ambiente: reflexões sobre “improbidade ambiental”. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando (Coords.). *Direito ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 167-224.

PACCAGNELLA, Luís Henrique. Dano moral ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 4, n. 13, p. 44-51, jan./mar. 1999.

_____. Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva legal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 8, p. 5-19, out./dez. 1997.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 1998. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998. Orientação do Professor José Rogério Cruz e Tucci.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, n. 17, p. 112-122, jan./mar. 2000.

PERALES, Carlos de Miguel. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

PERGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Reparação de danos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, n. 19, p. 129-156, jul./set. 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental: parte geral*. São Paulo: Max Limonad, 2002. v. 1.

ROSENBERG, Leo. *Derecho procesal civil*. Tradução de Ângela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955. v. 1.

_____. *La carga de la prueba (Die Beweislast)*. Tradução para o espanhol por Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Multiculturalidade ambiental à luz do sistema constitucional brasileiro: implicações na atividade judicial*. 2003. 252 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2003. Orientação da Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed. atual. nos termos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOBRANE, Sérgio Turra. Improbidade administrativa em matéria ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e (Org.). *Manual prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*. São Paulo: Imesp, 1999. p. 133-141.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

THAME, Antônio Carlos de Mendes (Coord.). *A cobrança pelo uso da água*. São Paulo: Instituto de Qualificação e Editoração, 2000.

WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 0, p. 158-169, 1995.

WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: artigos 81-90 e 101-102. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 706-762 e 796-801.

WEINGARTEN, Celia. La equidad como principio de seguridad económica para los contratantes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, p. 32-40, jul./set. 2001.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Poluição em face das cidades no direito ambiental brasileiro: a relação entre degradação social e degradação ambiental*. 2001. 372 p. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.