

JURISDIÇÃO E TUTELA DO AMBIENTE

José Maria Tesheiner[†]

Sumario: 1 – Ação civil pública e ação popular. 2 – Jurisdição – A revolução operada pela tutela de interesses difusos. 3 – Interesses difusos e Direito objetivo. 4 – Interesses difusos e atos administrativos.

Resumo: O artigo trata da natureza da jurisdição em ações relativas à tutela do meio ambiente. Sustenta que, sendo administrativa em sua essência, segue-se que juízos de conveniência e de oportunidade são admissíveis bem como a ausência de coisa julgada, pelo menos no sentido de imutabilidade.

Palavras-chave: ação civil pública, ação popular, meio-ambiente, interesses difusos, Direito objetivo.

JURISDICTION AND ENVIRONMENT PROTECTION

Summary: 1 – Public civil lawsuit and people's legal action. 2 – Jurisdiction – The revolution brought by the protection of diffuse interests. 3 – Diffuse interests and Objective right 4 – Diffuse interests and administrative acts.

Abstract: The article addresses the nature of the jurisdiction in lawsuits related to environmental protection, asserting that, being administrative in its essence, it follows that considerations of convenience and opportunity are admissible as well as the absence of issue preclusion, at least in the sense of immutability.

[†] Professor de Direito Processual Civil na PUC-RS, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Key words: public civil lawsuit, people's legal action, environment, diffuse interests, Objective right.



1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR

Dentre as ações constitucionalmente previstas para a tutela jurisdicional do ambiente destacam-se a ação civil pública¹ e a ação popular.²

A ação civil pública é regulada pela Lei 7.347/85, que aponta como legitimados, além do Ministério Público, a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 ano e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção do meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.³

¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

² Art. 5º:

XII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”

³ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

A ação popular é regulada pela Lei 4.717/85.⁴

Haveria que se mencionar, ainda, o mandado de segurança coletivo⁵, regulado pela Lei 12.016/2009⁶, de que se

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

⁴ Lei 4.717/1985:

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

⁵ Constituição, Art. 5º:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

⁶ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

duvida que sirva à tutela de direitos difusos, embora não se possa extrair da Constituição essa restrição.

Um conceito de meio ambiente encontra-se na Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Ambiente:

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

I - meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

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 indireta:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

- 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.

IV - poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera.

O artigo 225 da Constituição estabelece que

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

Trata-se de direito difuso, isto é, de direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas,⁷ a que corresponde o dever de preservar o ambiente.

No caso dos direitos absolutos, há direito individual oponível a todos, de que é exemplo o direito de excluir, que caracteriza o direito de propriedade. De sua violação decorre ação individual.

⁷ Lei 8.078/90, Código do Consumidor, art. 81:

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

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

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

No caso dos direitos difusos, pelo contrario, não há direito individual. Há dever *erga omnes*, e o interesse que lhe corresponde é de “todos”, isto é, de pessoas indeterminadas e mesmo indetermináveis. É direito que se pode atribuir à população local, regional, nacional, internacional ou, simplesmente, à humanidade.

Da violação de norma ambiental pode decorrer dano individual e, portanto, ação individual. Mas surge a possibilidade também de ação coletiva, isto é, de ação proposta em defesa da coletividade prejudicada. Mas quem pode propor essa ação?

No caso de direitos individuais, é lógico que se outorgue legitimidade ativa ao titular do direito violado ou ameaçado.

No caso, porém, de direitos difusos, essa lógica não pode ser observada, por se tratar de direito de pessoas indeterminadas e mesmo indetermináveis. Assim, a afirmação de que se trata de direito difuso nada diz sobre a legitimação para a causa. Quebra-se o vínculo entre titularidade do direito e legitimação para a causa, sendo esta atribuída por lei, independentemente da titularidade do direito.

Exatamente a inexistência de lei estabelecendo normas sobre a legitimação para a causa é que impediu ações para a tutela de direitos difusos, antes da Lei 7.347/85.

No sistema brasileiro atual, a legitimação para a causa é de qualquer cidadão, para a ação popular, e de pessoas jurídicas e órgãos indicados na lei, para a ação civil pública.

A legitimidade não pode, para o mesmo fim, ser limitada a alguns poucos indicados na lei e estendida a qualquer cidadão. Há de se compreender, portanto, que a ação civil pública e a ação popular não têm identidade de objeto. Efetivamente, esta tem objeto mais restrito. Tem por finalidade a anulação de ato do Poder Público.

Como observa Mancuso, na ação popular, o pedido imediato é de natureza desconstitutiva-condenatória e o

mediato é insubsistência do ato lesivo aos interesses difusos indicados na Lei.⁸

E Artur da Fonseca Alvim observa:

Caracteriza-se a ação popular, ao lado de outros instrumentos de natureza coletiva, como um remédio de controle da atividade pública. No conceito clássico de Hely Lopes Meirelles⁹, a ação popular se constitui no “meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.”

Trata-se, inegavelmente de um instrumento de combate a atos lesivos ao patrimônio público em sentido lato. José Afonso da Silva¹⁰ caracteriza-a como um “remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política” constituindo-se, nas palavras do doutrinador, como uma manifestação direta da soberania popular consubstanciada no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988.¹¹

⁸ MANCUSO, Rodolfo de. Ação popular. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p. 76.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”. São Paulo: RT, 1989. p. 85.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 462.

¹¹ (Alvim, Artur da Fonseca. Ação popular. <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/223-artigos-dez-2005/5172-acao-popular>. Acesso em 16/04/2011

2. JURISDIÇÃO – A REVOLUÇÃO OPERADA PELA TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS

A ameaça de destruição do ambiente e o neo-constitucionalismo conjugaram-se na criação de uma ação civil pública, voltada à tutela de direitos difusos, que haveria de influir profundamente na função desempenhada pelo Poder Judiciário.

Até então, era este concebido como guardião dos direitos individuais. Era por isso mesmo fundamental a idéia de direito subjetivo, havido ora como um interesse juridicamente protegido, ora como um poder de vontade, ora como uma combinação de um e de outro.

Da afirmação de um direito subjetivo próprio decorria a legitimação para a causa, tanto do autor quanto do réu, identificado este como o sujeito ao qual, segundo o demandante, incumbia praticar o ato devido.

Direito subjetivo era um direito de crédito: direito a uma prestação do devedor.

Em tudo isso, punha-se a tônica em apenas um dos pólos da relação: o titular do direito de crédito. Para não se deixar na sombra o devedor, cunhou-se o conceito de relação jurídica.

Conceberam-se, mais tarde, os direitos absolutos, direitos *erga omnes*, entre os quais se destacava o direito de propriedade, a que correspondia uma prestação negativa de todos os demais: o dever de respeitá-la.

Um novo passo foi dado quando surgiu a concepção dos direitos públicos subjetivos, isto é, de direitos contra o Estado.

A própria ação processual foi concebida como um direito público subjetivo: direito de obter do Estado uma sentença, ainda que desfavorável.

Veio depois a idéia dos direitos formativos, isto é, de direitos a que não correspondia um dever do sujeito passivo da relação, mas mera sujeição à vontade do titular do direito

formativo.

Chiovenda veio então a explicar o direito de ação como direito formativo: direito à aplicação da vontade da lei (isto é, do Direito objetivo), mediante declaração de vontade. Uma reafirmação do individualismo, por se submeter a aplicação da lei à vontade do autor. Se inexistente a vontade da lei, era o autor carecedor de ação.

Foi-se aos poucos dilargando o conceito de direito subjetivo, que foi assim perdendo valor científico.

Permanecia-se, porém, no campo dos direitos individuais. Deu-se um passo decisivo quando se concebeu a idéia de direitos difusos. Perguntou-se: de quem é o ar que se respira?

Viu-se que já não era um direito individual, mas um direito de todos, um direito da comunidade.

A idéia não era inteiramente nova, pois desde do Direito romano se conheciam os bens de uso comum do povo.

Ocorria, porém, que a tutela desses bens não competia ao Poder Judiciário, salvo em caso de conflito entre particulares ou de conflito com a Administração.

As matérias que o Judiciário hoje examina como relativas aos direitos difusos eram reservadas à Administração. Chegavam ao Judiciário, quando muito, s por ação de quem se sentisse lesado em algum direito subjetivo, por ato da Administração.

Ocorreu uma revolução, quando o Judiciário passou examinar matérias relacionadas a “direitos difusos”, porque passou a atuar em lugar da Administração.

E passou a atuar em defesa não só de direitos, isto é, de interesses juridicamente protegidos, mas também de “interesses difusos”, isto é, de interesses não protegidos ou ainda não protegidos por Lei. Em outras palavras, o Judiciário passou a atuar também como legislador, impondo deveres não previstos em Lei, para o que influiu fortemente o neo-constitucionalismo, com a tese da eficácia direta da

Constituição, dos princípios, até mesmo dos implícitos.

Se antes não se podia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito, pode-se dizer que, hoje, não há matéria que por ele não possa ser apreciada. Os limites da jurisdição não são outros que o da soberania nacional. Em tese, até uma declaração de guerra pode ser desautorizada pelo Supremo Tribunal Federal.

3 – DIREITOS DIFUSOS OU DIREITO OBJETIVO?

A idéia de direitos subjetivos é empregada em tantas acepções e com tal amplitude que nela quase tudo pode estar compreendido.

Concebido o direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido, poder-se-ia pensar que compreenderia somente interesses humanos. Mas a expressão é empregada também para significar bens juridicamente protegidos, numa confusão que deveria ser evitada entre o sujeito que tem um interesse e o bem que é capaz de satisfazê-lo.

Seja como for, já se fala nos direitos dos animais e das plantas, afirmando-se que é preciso superar uma visão antropológica do Direito.

De minha parte, reafirmo que o Direito somente se explica como regulação da conduta humana, excluindo-se animais, plantas e seres inanimados como sujeitos de direitos, pela simples razão de que de que o Direito não tem como lhes regular a conduta.

Nada impede que os interesses protegidos sejam, não de um, mas de um grupo ou mesmo da humanidade inteira, pelo que o conceito de direitos difusos não precisa ser descartado.

Se o ordenamento jurídico impõe deveres a benefício de um grupo, categoria ou classe de pessoas, pode-se, como corolário, afirmar que lhes corresponde direitos subjetivos desse grupo, categoria ou classe de pessoas.

Supõe-se, em todo o caso, a proteção do Direito, mais precisamente, a pré-existência da norma jurídica protetora.

O que quebra a idéia de direitos difusos como fundamento da ação civil pública é por ela se possa obter, não a aplicação de uma norma preexistente, mas a própria edição da norma protetora.

Em outras palavras, a ação civil pública pode fundar-se em interesses difusos e visar à sua transformação em direitos, como, por exemplo, na ação que vise à criação de área de preservação permanente.

O fenômeno não é novo e já se encontrava, em matéria de direitos coletivos *stricto sensu*, nos dissídios coletivos de natureza econômica, fundados no interesse coletivo de uma categoria profissional e visando à criação de direitos coletivos e individuais dos empregados, por força do chamado “poder normativo da Justiça do Trabalho.

Ao indivíduo não é dado senão pleitear direitos outorgados pela Direito objetivo, mas a ação civil pública pode veicular pretensão à criação de Direito objetivo, em prol de grupo, categoria ou classe. Isso ocorre quando se busca, por sentença, regular conduta futura do réu, não porque haja violado o Direito e mereça por isso ser condenado, mas simplesmente em função do interesse maior da sociedade.

Isso ocorre por sentença mandamental, sem que isso importe dizer que toda sentença mandamental implique criação de Direito objetivo.

Em certos casos, tais sentenças podem encontrar fundamento no Direito pré-existente, mas, em outros, tão tênue é o laço, que claramente se vê que se trata de criação de Direito novo, pelo grau de densificação introduzido pela sentença.

Retomemos a hipótese dos dissídios coletivos da Justiça do Trabalho. Representando a respectiva categoria profissional, o Sindicato pede a edição de novas normas de trabalho. Há ação processual, mas ela não se funda em direito subjetivo do

Sindicato, nem em direito subjetivo dos trabalhadores ou mesmo da categoria, exatamente porque não se pede a aplicação de Direito pré-existente, mas a criação de Direito novo. Há pretensão, sem que exista direito subjetivo (pretensão talvez seja palavra demasiado forte, por seu significado de exigir, mas não parece necessário inventar-se outra palavra para significar esse pedido processual, cujo acolhimento se vincula mais a critérios de conveniência e de oportunidade do que um dever imposto pela ordem jurídica).

O que se constata é a existência de hipóteses de ações que veiculam pretensões à criação de Direito novo. Essas pretensões, independentes de direitos subjetivos, não se sujeitam a prescrição. Não prescreve, por exemplo, a pretensão à criação de uma área de preservação permanente. Nem a pretensão do Sindicato à criação de normas de trabalho.

Há criação do Direito objetivo quando, por exemplo:

- fixa-se se prazo para o funcionamento de Delegacia Especializada da Criança e do Adolescentes (TJRS, APELAÇÃO CÍVEL Nº 70029867058, Porto Alegre, 18 de junho de 2009, DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA, Relator, j. 18/06/2009);
- determina-se que o Estado receba matrículas na pré-ecola e no ensino fundamental, de crianças com 4, 5 e 6 anos (TJRS, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70 029 013 752, Porto Alegre, 27 de maio de 2009, DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, Relator, j. 27/05/2009);
- veda-se a construção de edifícios em área tipicamente residencial (TJMG, Número do processo: 1.0313.04.131422-7/007(1), Belo Horizonte, 31 de março de 2009, DES. GERALDO AUGUSTO – Relator, j. 31/03/2009);
- busca-se a preservação de vegetação de restinga, fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues (STJ, RECURSO

ESPECIAL No 945.898 - SC (2007/0094247-7), Brasília-DF, 24 de novembro de 2009(Data do Julgamento), MINISTRA ELIANA CALMON Relatora, j. 24/11/2009);

- obriga-se empresa a prestar ao público as informações devidas (TJRJ, Apelação Cível no 0291468-78.2008.8.19.0001, Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2010, Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA – Relator, j. 13/09/2010);
- obriga-se Município a interditar residências sob risco de desmoranamento, retirar e recolocar os ocupantes em novas moradias (TJRJ, Apelação Cível no. 0004977-15.2006.8.19.0036, Rio de Janeiro, 05 de outubro de 2010, Pedro Raguene Desembargador Relator, 20101005_TJRJ_0004977, j. 05/10/2010);
- proíbe-se medico de abster-se da prática de determinadas cirurgias (TJRJ, Apelação Cível n.o 036523-33.2005.8.19.0001 Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2.010, Desembargador Mauricio Caldas Lopes Revisor, designado redator, j. 10/11/2010).

4 – DIREITOS DIFUSOS E ATOS DE NATUREZA ADMINISTRATIVA

Quando chamado a tutelar direitos subjetivos, públicos ou privados, o Judiciário está vinculado ao princípio da legalidade estrita, não podendo negar direito existente, nem tampouco afirmar direito inexistente.

Chamado, porém, a tutelar interesses difusos, em ação civil pública, o Judiciário exerce atividade que, na essência, é de administração. Daí se seguem duas conseqüências de enorme importância: 1. critérios de conveniência e de oportunidade podem e devem ser levados em consideração; 2. não há coisa julgada, no sentido de qualidade ou eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, pois aquilo que se

decidiu com critérios de conveniência e de oportunidade, por razões de conveniência e de oportunidade pode ser revisto. Assim, a “coisa julgada *erga omnes*” a que se refere o artigo 16 da Lei 7.347/85, há de ser interpretada como atinente à eficácia vinculativa da decisão, muito mais do que com a imutabilidade a que se refere o artigo 467 do Código de Processo Civil. Seja como for, nas relações continuativas, a revisão é sempre possível (CPC, art. 471, I).

