

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL DE TUTELA COLETIVA DISPONÍVEL PARA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE COMO INTERESSE TRANSINDIVIDUAL

Daniela Braga Paiano¹

Maurem Silva Rocha²

O objetivo deste trabalho é analisar a evolução dos interesses individuais aos transindividuais, distinguindo os individuais homogêneos dos coletivos. Na evolução dos direitos fundamentais, com o advento dos direitos de terceira e quarta dimensões, surge uma nova realidade: a proteção dos direitos da coletividade, extrapolando o limite da individualidade. Frente a esta questão, decorre o problema da efetividade da proteção desses direitos, no caso em análise, o direito ao meio ambiente equilibrado. Neste diapasão, será verificado aqui a instrumentalidade do processo, com especial atenção à ação civil pública, buscando a efetividade na defesa ao meio ambiente.

Palavras-chave: direitos coletivos, transindividuais, meio ambiente, dano ambiental, ação civil pública.

1 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS AOS DIFUSOS.

Usualmente, as soluções que o direito aponta para as questões ecológicas trazem consigo o instrumento meio para sua efetivação. O processo, como ferramenta posta a serviço dos escopos da jurisdição – jurídicos, sociais e políticos – tem assim reforçada sua característica de instrumentalidade, atribuindo-se especial ênfase à sua efetividade, no sentido de que o processo seja aderente à realidade social e política subjacente e adequada para uma resposta eficaz às controvérsias que estão à sua base.³ A vida moderna ressalta a importância de direitos que não têm titular certo, mas repercutem decisivamente sobre o bem-estar coletivo, ou mesmo a sobrevivência dos indivíduos nos segmentos sociais a que pertence.

Quando se trata das relações jurídicas que tutelam bens individuais, tem-se, em regra, que a lesão pode ser reparada através de pecúnia. Isso porque, nestes casos, é possível a identificação da titularidade e a quantificação do dano. Além disso, a patrimonialização dos interesses permitem e incentivam a correspondência financeira à reparação. Essa mercantilização do espaço jurídico trouxe como consequência uma busca insaciável pela reparação em pecúnia como solução para qualquer conflito, e culminou com uma espécie de tarifação destes reparos. Assim,

¹ Mestre em Direito com área de concentração em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília/SP; Professora no ICES – Cambé/PR e UNOPAR – Londrina/PR.

² Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto*. Revista de Direito Público. São Paulo. n. 93. Jan.-Mar.1990. p. 19.

de acordo com o dano sofrido, o valor da indenização já está previamente estabelecido, estimulando, com isso, a busca pela satisfação sempre pecuniária.

Para Canotilho, que apresenta a evolução do direito à partir de gerações⁴ de acordo com o desenvolvimento social do homem, com o início na década de 60, começou a surgir uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados de “direitos de terceira geração”, dentre eles os direitos ao patrimônio comum da humanidade e os direitos a um ambiente saudável e sustentável, pertencentes aos direitos sociais. Bobbio⁵, no mesmo sentido, assevera estar o meio ambiente entre os direitos de terceira geração, tratando-o como o direito de viver num ambiente não poluído. Assim, os direitos ditos de terceira geração que passaram a abrigar direitos sociais, comuns à sociedade, refletiam o estágio atual do desenvolvimento humano, quando suas preocupações voltaram-se aos interesses coletivos.

Em função desse surgimento de novas gerações de direitos, era preciso que fossem buscadas alternativas a fim de tornar possível a dedução de pretensões envolvendo estes direitos em juízo,⁶ uma vez que os interesses agora alcançam uma pluralidade de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um mesmo interesse comum. Estes são os chamados direitos transindividuais⁷, pois estão acima ou além dos indivíduos, mas perpassam a sua coletividade e estes isoladamente.⁸

Pode-se dizer que os instrumentos processuais suficientes e adequados para a solução dos litígios individuais, marcantes na sociedade liberal, perderam a sua funcionalidade perante os novos e demasiadamente complicados conflitos coletivos.⁹ O próprio caráter transindividual dos interesses, da mesma forma que o conteúdo do bem em questão retira a patrimonialidade individualista do centro das ações.

Dentro desta coletividade transindividual dos interesses, nos quais se entendem a coletividade na sua percepção mais ampla, pode-se destacar dois grandes grupos no qual ela se subdivide: os interesses difusos e os coletivos. No primeiro deles – os interesses difusos – encontram-se aqueles que atingem um número indeterminável ou dificilmente determinável de pessoas; enquanto que no segundo – os interesses coletivos – aqueles que atingem uma categoria determinável de pessoas.

Os interesses coletivos, vez que indivisíveis, fundados numa mesma relação jurídica, muitas vezes ficam próximos aos individuais homogêneos, porém somente estes são divisíveis, fundados na origem de um fato comum.¹⁰ Aproximam-se principalmente no tocante à reunião de um grupo, categoria ou classe de pessoas plenamente determináveis.

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 386.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 6-7.

⁶ NERY JUNIOR, Néilson. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

⁷ MORAIS, Luís Carlos Silva de. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 126.

⁸ Idem, ibidem, p. 125.

⁹ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 24.

¹⁰ LIMBERGER, Têmis. *Atos da Administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 40-1.

Assim, caracterizam-se os interesses individuais homogêneos como aqueles decorrentes de uma origem comum. Conclui-se pela definição legal que nessa espécie de direito existe o caráter individualizador, ou seja, é possível identificar cada um dos lesados e, dessa forma, pode-se também dividir o bem dessa relação.

Para Neri Jr., é impossível traçar uma divisão desses grupos – coletivo, difuso ou individual homogêneo – apenas de forma genérica, pois o que o determina é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a ação. Nesse entendimento, o mesmo fato poderá dar ensejo a demandas tutelando direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹¹ O tipo de pretensão é que faz a distinção entre os interesses tutelados, de acordo como enfoque dado.

Efetivamente comunga-se neste trabalho com o entendimento de Néri Jr., no qual o tipo de tutela jurisdicional buscada irá definir o interesse a ser tutelado, ou seja, o enfoque dado judicialmente estabelece não só os limites da demanda, mas a própria tutela postulada, desde que, obviamente, presentes a suposta lesão que dá ensejo ao direito a ser buscado, devendo eles seguir as peculiaridades do interesse em pauta.

Em função disso, passaram a surgir instrumentos que se voltaram para a satisfação desses direitos. Dentre eles podem ser destacados os instrumentos processuais que tem por escopo a proteção desses direitos difusos e coletivos, isto é, direitos que atingem a sociedade como um todo, marcados pela lesão a um grupo social ou até mesmo à totalidade dos indivíduos sociais.

Cabe, primeiramente, traçar uma singela diferenciação do que seriam esses interesses coletivos em sentido amplo – sendo eles os difusos e coletivos – sem pretensão de esgotar o tema, mas apresentando-os de forma a servir de base para a abordagem que segue.

Em sentido lato, expressão interesses coletivos refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias de pessoas. Nesse sentido, embora a Constituição os tenha referido dessa forma mais ampla – incluindo como interesses coletivos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos – o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu – e assim limitou – a sua abrangência, passando, a partir dele, tutelar interesses transindividuais de um grupo determinado ou determinável, reunidos por uma relação jurídica básica comum.¹²

Essa legislação entende o que podem ser esses direitos coletivos e difusos, e os definiu através de seu artigo 81, parágrafo único, incisos I e II. O elemento definidor do que seria um e outro direito é a possibilidade, ou não, da determinação dos titulares do bem.¹³ Exemplificando a questão, Araújo menciona que os direitos difusos são os interesses à pureza do ar atmosférico ou o interesse na preservação ambiental, isto porque os titulares encontram-se dispersos na sociedade como um todo, onde é impossível destacar, isoladamente, do grupo que integra. Já os direitos coletivos, quando não forem determinados, são determináveis, como no caso da desobediência a padrões sonoros em determinado bairro ou condomínio.¹⁴

¹¹ NERI JÚNIOR, op. cit., p. 125.

¹² MAZZILLI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 48-9.

¹³ ARAÚJO, Lilian Alves de. *Ação Civil Pública Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 18.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 18.

Os interesses coletivos valem-se dos grupos como veículo para sua exteriorização. Tal grupo deve caracterizar-se pela sua coesão, organização, estrutura. Os interesses, para serem “coletivos”, necessitam, pois, estar aglutinados, coalizados.¹⁵ Não basta serem coletivos na sua forma, permanecendo individuais quanto à finalidade perseguida, pois, neste caso, estar-se-ia falando do exercício coletivo de interesses individuais.

Ilustrando a questão, pode-se exemplificar como direito coletivo o dano ambiental provocado por um lixo tóxico, proveniente de um descarte hospitalar. É difícil a identificação particular de cada um dos afetados, mas sabemos que são aqueles moradores da região onde houve a descarga do material; assim, é possível defini-los. Porém, se este lixo hospitalar tivesse contaminado os alimentos consumidos pelos pacientes do hospital, estar-se-ia, então, falando de direitos individuais homogêneos, já que embora a origem do dano seja comum, ele é capaz de ser individualizado por cada paciente que consumiu o alimento.

No entendimento de Moraes, a caracterização destes direitos coletivos pressupõe-se a delimitação do número de interessados com a existência de um vínculo jurídico que una os membros desta comunidade para que, assim, a titularidade possa ser coletivamente definida.¹⁶

Cita como exemplos, ainda, a sociedade mercantil, o condomínio, a família. Isto porque, embora coletivos, tais direitos têm a titularidade perfeitamente visível, de um grupo delimitável e perceptível de pessoas. Existe, portanto, uma relação jurídica base que une as pessoas pertencentes ao grupo.¹⁷ Dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não isoladamente considerado.

Em oposição aos interesses individuais, os interesses transindividuais apontam para a ampliação da conflituosidade, em razão de seu caráter grupal. Apesar disso, e em consequência, poderíamos nomear tal litigiosidade como sendo abrangente/circunscrita, posto que, embora englobe inúmeras pessoas, tem seu âmbito delimitado pela ocorrência necessária de uma vinculação jurídica entre as mesmas, o que afasta as demais, que são alheias a tal relação de direito.¹⁸

Quando os muitos sujeitos estão aglutinados em grupos bem estruturados, definidos, o ordenamento jurídico já se encarregou de lhes atribuir tutela jurídica razoavelmente adequada, como sucede com os sindicatos e as associações enquanto portadores de interesses coletivos. Entretanto, impõem-se resolver as questões dos interesses que, por natureza, são difusos, ou seja, que não comportam aglutinação em grupos sociais definidos *a priori*.¹⁹

Interesses difusos são aqueles que, em verdade, estão em busca de autor. Por isso, são os que mais necessitam de tutela, porque são os mais desprovidos dela. Carecem de instrumentos hábeis que os viabilizem.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 55.

¹⁶ MORAIS, op. cit., p. 128.

¹⁷ GRINOVER, op. cit., p. 20.

¹⁸ MORAIS, op. cit., p. 134

¹⁹ MANCUSO, op. cit., p. 85.

Os direitos ditos difusos, portanto, apesar de igualmente referirem-se à coletividade, distinguem-se dos coletivos por não existir qualquer vínculo jurídico que una as partes. São aqueles que perpassam a órbita dos grupos institucionalizados, ditos interesses coletivos.

Na medida em que a lei substantiva o transforma em direito – difuso -, não é privado, nem público. Nem completamente privado, nem completamente público.²⁰ Ilustrando, basta se pensar no ar que se respira; ele não pertence a alguém; é de todos e de ninguém; não pertence ao Estado. É um bem coletivo, um interesse difuso, na medida em que não se podem identificar individualmente seus proprietários, pois pertence a todos.

A inadequação da solução privatística, individualista, é clara. Se apenas estiver legitimado o proprietário a demandar em juízo, a tutela, a proteção, o remédio será normalmente inadequado, insuficiente.²¹

Neste sentido, a reunião de pessoas em torno de um interesse difuso assenta-se em fatos genéricos, acidentais e mutáveis como habitar uma região, consumir os mesmos produtos, viver determinadas condições socioeconômicas.²² Isso porque, interesses difusos tipicamente são interesses sociais, e não meramente individuais.

Dessa forma, interessa aqui tratar dos interesses difusos, já que os ditos coletivos comunicam-se com uma coletividade específica. Assim, servindo de aporte aos direitos coletivos temos como forma de tutelá-lo a precaução ou a prevenção do dano, e, no caso de impossibilidade da sua evitabilidade, através da reparação.

Nestes casos, a busca pela defesa desses direitos não será intentada apenas por um grupo determinado, mas pela coletividade, através da atitude da cada cidadão em pleitear o bem-estar comum. Esses objetos representam questões que afetam problemas cruciais da comunidade, referendando opções prático-políticas cuja satisfação ou lesão implicam a da coletividade como um todo.²³

Esses fenômenos causam uma transformação profunda no direito, na medida em que, dentro do espaço social, o sujeito deixa de agir por si só e passa a agir pela comunidade. Seu discurso volta-se no sentido comum. O interesse que busca resguardar leva em conta o todo. O conceito rígido, tradicional de legitimação de agir dá lugar a um conceito social. A parte individual torna-se uma parte coletiva.²⁴ O autor da ação não está ali buscando uma indenização ou uma reintegração de posse, nem uma rescisão de um contrato ou até mesmo seu divórcio. Ele vem a juízo proteger o que ele entende ser o patrimônio comum, cujos resultados percutirão na sociedade, no sentido mais amplo que a expressão permite. Lança-se, por isso, uma nova perspectiva, um novo olhar sobre a sociedade, observando suas possibilidades, seus riscos, promovendo suas decisões.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos interesses difusos*. AJURIS 33, ano XII. Março, 1985. p. 174.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 175.

²² MORAIS, op. cit., p. 138.

²³ Idem, *ibidem*, p. 139.

²⁴ CAPPELLETTI, op. cit., p. 181.

A sua titularidade é tão fluida, dispersa quanto os mesmos, em razão da incoerência de um laço de união entre os possíveis/potenciais titulares. Morais refere que a titularidade é de todos e de ninguém – é de qualquer um, a qualquer momento.²⁵ Essa indeterminação deriva, em boa parte, do fato que não existe qualquer vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por estes interesses: eles agregam-se ocasionalmente em virtude de circunstância factuais, por comungarem pretensões semelhantes, como por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza.²⁶

Isto porque os bens que compõem o meio ambiente são conhecidos como indivisíveis, não pertencem a um único indivíduo, não são passíveis de apropriação, ou seja, sua titularidade não é identificada, vez que pertence a toda sociedade. Fiorillo, ao conceituar interesses ou direitos difusos, entende-os como aqueles que transcendem o indivíduo, ultrapassando o limite da esfera dos direitos e obrigações de cunho individual.²⁷ Exemplificando interesses ou direitos difusos podemos citar o caso de derramamento de óleo de um navio no oceano. É impossível prever especificamente os lesados, bem como cada lesão especificadamente considerando, mas é possível prever que seja qualquer indivíduo que usufrua desse bem direta ou indiretamente, ou seja, cada ser vivo que do ambiente dependa.

Portanto, os direitos difusos significam uma indeterminação subjetiva de sua titularidade. Esta indeterminação revela-se também no tocante à natureza da lesão decorrente de afronta aos interesses difusos, vez que essa lesão é disseminada por um grupo indistinto de pessoas, podendo ser tanto uma comunidade quanto toda a humanidade. Em função de seu conteúdo diluído no campo do embate político da sociedade civil, os interesses difusos têm uma tendência à transição e mutação no tempo e no espaço. Ou seja, estão em constante evolução, na medida em que interagem com outros segmentos sociais, fazendo surgir com isso novas carências e, conseqüentemente, mudanças tanto no que se refere a questões sociais quanto científicas.

A união desse grupo difuso, ocasional e em prol do bem comum, traz à tona a questão da identidade humana, em forma de unidade com fins que não tragam benefícios próprios e individuais, mas com contornos amplos, observando o plano natural como um todo, sem fragmentos.

Os interesses transindividuais difusos implicam um aprofundamento e reforço dos laços de união fáticos que reúnem o grupo difuso de pessoas em torno a determinado interesse, assim como, em razão de sua indeterminação subjetiva, a comunidade de interessados pode assumir contornos avantajados, referendando o que se denominaria ‘amplitude máxima’ – por isso os contornos abertos, fluidos dos agrupamentos.²⁸

A politização desse conteúdo decorre principalmente de sua comunicação com o sistema político, vez que os interesses difusos dizem respeito a aspectos estruturais da organização social, na medida em que seus interesses são de fruição comum.²⁹

²⁵ MORAIS, op. cit., p. 141.

²⁶ MANCUSO, op. cit., p. 86.

²⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 6.

²⁸ MORAIS, op. cit. p. 144.

²⁹ Idem, ibidem, p. 143.

Em função dessa fluidez e da comunhão de objetivos, peculiares ao instituto, apontam para a construção de uma ordem calcada no compromisso comum, na identidade recíproca, no intuito de assegurar uma melhor qualidade de vida para todos.³⁰

O seu caráter patrimonial é rechaçado, vez que se busca o alcance de um interesse comum em termos de qualidade de vida. Quando a natureza do bem lesado, como no caso do ambiente, é essencialmente difusa, percebe-se a total inadequação de uma solução patrimonialista. Isto, em virtude não só da impossível determinação dos lesados, mas pelo próprio conteúdo lesado que se mostra inadaptado a indenização como forma de solução de litígios.

1. 2 INSTRUMENTOS DE TUTELA PREVENTIVA E REPARATÓRIA

Tanto a tutela preventiva quanto a reparatória têm em comum a busca pela preservação: a primeira antecipando-se ao fato, impedindo a sua ocorrência; e a segunda, através de uma tentativa de recomposição daquilo que veio a ser lesado, buscando a responsabilidade do ato gerador do dano.

Promovendo a efetivação desses direitos tanto difusos quanto coletivos, administrativamente, ou seja, por meio de atos do Estado que impõe uma regulamentação prévia para atuação tanto do particular quanto dos entes públicos, temos como instrumentos de tutela preventiva o zoneamento ambiental, o licenciamento ambiental, o estudo prévio de impacto ambiental e a auditoria ambiental.

Já questões que são levadas a juízo, são encontrados como instrumentos de tutela preventiva e reparatória judiciais à sua disposição: primeiramente o Mandado de Segurança Coletivo, seguido da Ação Popular e, por fim, da Ação Civil Pública. Porém, são estes instrumentos judiciais de tutela preventiva e reparatória, cabendo a referência, antes, aos demais meios de proteção, agora administrativos, que igualmente colaboram com o desenvolvimento da sociedade, no que pertine a sua cidadania ambiental. São eles: o Conselho Nacional do Meio Ambiente, o Conselho Estadual do Meio ambiente e o Conselho Municipal do Meio Ambiente. Além destes, as ONGs (organizações não governamentais) também desempenham importante papel social.

O zoneamento ambiental, então, seria a divisão do território de forma que poderão ser autorizadas ou interditadas determinadas atividades. Em outras palavras é o fracionamento da terra de forma que se estabeleçam as porções onde determinadas atividades serão permitidas ou não. Nesse contexto, permite-se um melhor aproveitamento da extensão do território que se leva em consideração, preestabelecendo de antemão quais as áreas passíveis de habitação, quais deverão ser trabalhadas pela agricultura, quais não permitem qualquer intervenção humana e aquelas onde a intervenção é tolerada. Evita-se, com isso, não só futuros litígios com prejuízos para ambos os lados, mas também conseqüências maiores pela atividades lá desenvolvidas.

³⁰ MORAIS, op. cit. p. 145.

Já o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) encontra previsão constitucional – é o estudo realizado para a instalação de obra e funcionamento de atividade que possam causar degradação ambiental relevante. A sua intenção última é a prevenção (e até mesmo a precaução) do dano ambiental, auxiliando na decisão política de licenciar ou não determinado empreendimento.³¹

A concessão de licença ambiental para o funcionamento de determinado empreendimento, depende tanto do zoneamento – que deve estar de acordo com os limites nele estabelecidos -, quanto com o EIA, cujo estudo antecede a concessão do licenciamento e busca precaver/prevenir os resultados que poderão advir.

Por fim, a auditoria, que pode ter caráter público ou privado, nada mais é do que uma avaliação periódica ou ocasional, do comportamento de uma empresa em relação ao ambiente, ficando a sua realização a cargo da discricionariedade do administrador, seja ele público – autoridades públicas – ou privado – auditorias particulares, contratadas pela própria empresa para diagnosticar eventuais incorreções no seu comportamento ambiental.

Entretanto, situações ocorrem em que os meios extrajudiciais não são suficientes para proteção do direito prestes a ser violados ou até mesmo já danificados. Necessitam da proteção judicial para atingir sua finalidade.

1.3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O conceito de dano ambiental é extremamente abrangente e não fica preso a parâmetros pré-estabelecidos. Isso ocorre em virtude da extensa gama de possibilidades que podem envolver o ambiente. Também não se diz um conceito fechado em virtude das constantes trocas, alterações e evoluções que ocorrem a cada dia nos demais segmentos da sociedade, fazendo surgir, conseqüentemente, novas formas de riscos ao meio.

Pode-se dizer que causam danos ao meio qualquer desequilíbrio ou fato do qual decorra degradação, diminuição ou transformação no ambiente natural, acima daqueles padrões aceitos como razoável pela sociedade. Porém, quais seriam esses limites razoáveis e até onde eles têm nos conduzido é causa de importantes reflexões.

Em função disso, a Lei 6938/81, em seu Art. 3º, inciso V, preocupou-se em trazer primeiramente a definição do que seria ambiente, para após sancionar o evento danoso. Isto porque os institutos do direito processual não mais atendiam a realidade atual, de sorte que se deve abandonar a tratativa processual fulcrada no individualismo do início do século.³²

De acordo, então, com esse primeiro diploma legal, são recursos ambientais a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

³¹ OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; GUIMARÃES, Flávio Romero. *Direito, Meio Ambiente e Cidadania*. São Paulo: Madras, 2004, p. 110.

³² Nery Jr., Néilson; Nery, Rosa Maria B.B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In BENJAMIN, Antônio Herman (coord.) *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 306.

Esse conceito, aparentemente rígido e com regras precisas, fecha em si o rol de possibilidades dele oriunda, não permitindo que se achem outras possibilidades, por vezes sequer existentes ao tempo da positivação do texto, mas que surgem em função da própria evolução científica e das descobertas realizadas pela sociedade. Possibilidades estas que ainda não se formaram, outras que já se põem, pois os direitos não nascem todos de uma única vez. Nascem quando devem ou podem nascer; nascem quando o homem, através do progresso técnico, produz novas formas de dominação ou ameaça à liberdade ou quando ele permite novos remédios para suas indigências – através dos direitos sociais ou ações positivas do Estado.³³

Em função disso, não inclui em seu sentido as relações com os demais ramos sociais, nos quais se pode citar a economia, a ciência, a política. Isto porque, as decisões advindas desse referencial – o ecossistema vivido atualmente – refletem em todos eles, bem como nas relações que estabelecem com o ambiente e entre si.

A partir daí, é considerado dano toda alteração adversa das características originais que se observa do ambiente natural, entendendo por este ambiente os termos estabelecidos pela regra positivada. Neste sentido, alguns aspectos devem ser observados quando se traz ao discurso jurídico a questão que envolve o dano ambiental: tanto a coletividade quanto a normalidade.

Sob este prisma, pode-se dizer que a proteção deve ser dirigida à coletividade e, por isso, quando ocorre a lesão ela afeta uma pluralidade difusa de vítimas. Isto ocorrerá sempre que os fatos ocorridos estejam fora da normalidade, ou seja, fora do contexto ou dos parâmetros pela própria sociedade estabelecidos. Isto também pode ser dito quando as expectativas dessa mesma sociedade deixam de ser atendidas, são frustradas.

Coíbe-se, portanto, os atos que geram danos, muitas vezes sendo eles invisíveis, apurados apenas através de perícia, mas que atingem os interesses transindividuais. A condenação e as indenizações estabelecidas por danos ecológicos não devem ser aplicadas em benefício de um particular, mas para restabelecimento da natureza – ambiente natural – atingida. Em função disso, a responsabilidade que é tratada aqui não é individual, mas coletiva, posto que todos são responsáveis pela preservação ambiental.

Neste sentido, o direito ambiental aqui referido não faz menção a pessoas determinadas, mas a coletividade, visto que não é possível se identificar individualmente os lesados e seus respectivos danos, já que estes não são considerados direitos individuais ou até mesmo coletivos. Porém, existem casos em que esses direitos individuais ou coletivos são alvos de proteção do direito ambiental. Isto ocorre quando os terceiros também são diretamente afetados pelas lesões causadas ao ambiente, tendo eles direito a pleitear indenização daquele que provocou o dano.

Em se tratando de ambiente a reconstituição é muitas vezes impossível. Por isso, “na maioria dos casos, o interesse público é mais o de obstar a agressão ao ambiente ou obter a reparação direta *in specie* do dano que de receber qualquer quantia em dinheiro para sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável.”³⁴

³³ BOBBIO, op. cit., p. 06.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 155.

A pergunta que se faz é como a indenização pode repor a situação de destruição de uma mata virgem ou da extinção de uma espécie. Ou, ainda, qual seria a real proporção desse impacto sobre todo o ecossistema planetário e para a espécie humana? Para todas essas perguntas, a melhor resposta que se pode apresentar é que o dano ambiental, em sua profundidade, é imensurável. Por mais que seja recomposto ou indenizado, jamais vai ser recolocado e refeito nos mesmos parâmetros anteriores, perde sua identidade, torna-se uma natureza socializada, transformada em razão das necessidades humanas.

Em razão do dano ambiental ser de difícil, onerosa e, muitas vezes, impossível reparação, o direito ambiental preconiza a precaução/prevenção destes, evoluindo a ponto de dispensar a certeza científica e abrandar o nexo causal para reconhecimento de responsabilidade e adoção de medidas que evitem a ocorrência do prejuízo, situações consagradas no princípio da precaução³⁵.

Para que seja enfrentada a problemática vivida pela sociedade atual, é necessária a eleição de caminhos dentro do sistema jurídico que importem na solução destas controvérsias.

Tradicionalmente, os instrumentos processuais colocados à disposição encerram em si a figura da segurança jurídica, relegando a efetividade a um segundo momento na prestação jurisdicional. No ordenamento brasileiro não só os instrumentos, mas igualmente os procedimentos oferecidos conduzem a este mesmo caminho; visam proteger, além do direito que está sob litígio, as partes envolvidas, o hipossuficiente, o menor, o idoso, o Estado. Mas em busca da efetividade jurídica, ainda necessitam de técnicas que sirvam como antídoto contra os danos causados pelo tempo, derivadas da demora da prestação jurisdicional.

A busca por uma efetividade processual, entretanto, é fenômeno recente. Tem como pretensão agregar à segurança, efetividade. Até então, o processo era visto como uma ferramenta padronizada, no qual não haviam instrumentos diferenciados, sob pena de ferir a isonomia e a igualdade formalmente estabelecida.

É a interação que ocorre entre esses diferentes ramos sociais que acabam tornando possível a elaboração de uma legislação voltada para o ambiente, trazendo à consideração do legislador, no momento dessa positivação, a realidade social que se enfrenta nos dias atuais.

Assim, além da ação popular e do mandado segurança coletivos, já abordados, em matéria de proteção ao ambiente e visando a eficácia da prestação jurisdicional nesta matéria, tem-se a figura da ação civil pública que, através da Lei 6938/81, conferiu ao Ministério Público a atribuição de propor ações judiciais para reparar ou evitar danos ao ambiente.

Neste contexto, a ação civil pública tem o condão de buscar a responsabilidade pelo dano já ocorrido, através da reparação do ambiente lesado – ação ou omissão –, ou, ainda e preferencialmente, evitar que o dano ocorra, através de medidas processuais que impeçam a sua consumação.

Reputa-se o termo vantajoso tanto para o degradador quanto para a sociedade, já que o procedimento é menos oneroso e mais rápido, alcançando sua efetividade. Porém, parece ser mais utilizado quando trata de dano já consumado, onde é possível identificar e quantificar a extensão da reparação a ser ajustada. Tratando-se de evento futuro, existe uma resistência na interrupção da atividade degradadora, tendo por fundamento “apenas” a possibilidade de dano. Essa projeção de futuro da possibilidade de dano acaba por impedir a celebração do Termo nestes casos, deixando para ação civil pública desempenhar este papel.

³⁵ CAPELLI, Silvia. *Recuperação de áreas degradadas*. Verdes Debates – Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul em 15 de abril de 2003.

Ainda, a Constituição Federal de 1988, através do artigo 129, III lhes conferiu legitimidade para defender em juízo, por meio de ação civil pública, o ambiente e outros direitos difusos ou coletivos. Após a Constituição, o Código de Defesa do Consumidor estampou leis processuais visando igualmente propiciar uma tutela mais efetiva ao ambiente como um todo, ao lado da defesa dos bens individuais ameaçados ou lesados pelos danos ecológicos.

Nessa busca pela efetividade do instituto atribuíram-se efeitos à sentença incomum aos demais procedimentos. No sistema processual vigente a regra é que a sentença faça coisa julgada entre as partes, não conferindo qualquer direito ou obrigação àqueles que não fizeram parte da lide.

Interessa aqui os efeitos da sentença da ação civil pública e sua contribuição para efetividade das demandas que envolvam dano ao ambiente. Nestes termos, o Art. 17 da já referida lei que disciplinou o instrumento, repetindo os efeitos da fórmula já experimentada da ação popular (Lei 4717/65) e ao contrário dos limites estabelecidos pelas lides intersubjetivas – que atuam para as partes – não beneficiando, nem prejudicando terceiros, os critérios são outros. Isto porque, no âmbito das ações de cunho coletivo, se lida com indeterminação e indivisibilidade dos sujeitos.

Dessa forma, o que na grande maioria das demandas acarretam uma imutabilidade dentro do processo, ou seja, introjetada perante as próprias partes, passa a ter potencializada sua eficácia, na medida em que esta se projeta também em face de terceiros – dito efeito *erga omnes*. Tendo essa como condição para a plena realização prática dos resultados nas ações coletivas.

Para a reparação do dano já consumado, existe previsão de condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. A condenação em dinheiro é alcançada através de indenização que, na sua maioria, é diretamente aplicada em fundo comum que acaba por investir em outras áreas que não a recuperação do ambiente em si. Para estas hipóteses, a obrigação foi estatuída pelo artigo 14, §1º, da Lei 6938/81, que estabelece a responsabilidade objetiva para os casos de dano ao ambiente, cabendo apenas ser questionado o liame e o dano, não havendo que se falar em culpa.

As obrigações de fazer e de não fazer estão previstas em normas que condensam os princípios da precaução contra os riscos ambientais, prevenção contra os danos ambientais e participação da sociedade na proteção do ambiente.³⁶ Milaré aponta que apenas quando a reconstrução não seja viável – fática ou tecnicamente – é que se admite a indenização em dinheiro. Essa – a reparação econômica – é, portanto, forma indireta de sanar a lesão³⁷, vez que traz à tona uma natureza socializada, nos padrões agora estabelecidos por aqueles que a reconstituem.

A reparação mais efetiva e buscada por aqueles que pretendem ver a preservação acontecer ocorre através da sua forma preventiva, já que existem casos em que com a reposição do bem ou indenização são impossíveis de serem reconstituídos, como no caso da destruição de um bem histórico, a poluição de um rio por derramamento de óleo proveniente de uma indústria ou a derrubada de uma floresta nativa. Com base nisso, pode o magistrado, ao ter uma demanda proposta, conceder liminarmente a medida, a fim de evitar o dano que poderá vir a ocorrer. Tudo isso com base apenas na possibilidade deste dano, aplicando, na hipótese, a precaução.

³⁶ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 2003. p. 165.

³⁷ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 425.

Nota-se que a ação popular e a ação civil pública apresentam área comum de abrangência, considerando a ampliação da tutela pretendida pela primeira, promovida através da Constituição Federal de 1988. Ambas podem ser eventualmente propostas para a tutela do ambiente.³⁸ A priori, não há exclusão de uma em relação à outra. A questão deve ser definida de acordo com a identificação de cada uma das ações, principalmente no tocante a sua abrangência, visto que poderá haver uma reunião dos processos ou até mesmo a sua extinção.

O que distingue a ação popular da ação civil pública, e aí reside a vantagem do instituto, é a titularidade da ação, que no caso desta é atribuída ao Ministério Público ou aos entes da Federação. Traz, com isso, a carga da responsabilidade pela defesa do ambiente ao ente público na sua forma mais ampla, não excluindo, apesar disso, a sociedade.

Percebe-se que essa ação coletiva, devido às peculiaridades que traz, constitui-se como um poderoso instrumento de controle dos atos políticos-jurídicos, a ser utilizado pelo cidadão em defesa do seu patrimônio. É essa fiscalização, capaz de ser exercida por qualquer cidadão, que abre possibilidade da sociedade participar, embora de forma indireta, da administração pública do patrimônio comum.

É nesse momento, através da ação civil pública, que a tutela do meio ambiente encontra maior respaldo, visto que seu maior interesse é exatamente nesta tutela em que o impedimento de certos atos – obrigação de não fazer – ou atitudes – obrigação de fazer – são de valia muito maior do que a posterior compensação.

Mas a forma de evitar a lesão ao meio, através desse instituto processual, precisa ser trabalhada pela sociedade contemporânea. O direito ambiental, visando alcançar o seu fim primordial da preservação, trouxe consigo o princípio da precaução, que tem por escopo a proteção do ambiente, sem que seja necessária a certeza científica. Em outras palavras, renuncia-se à produção da prova do dano, dispensando a certeza científica a sua ocorrência. Isso seria, de certa forma, não acolher a segurança jurídica, tão defendida em nosso ordenamento, em prol de um fim que sequer vislumbra-se, mas que seria perfeitamente possível. Como seqüência, apresenta-se uma menor probabilidade da ocorrência de qualquer dano, vindo, no final, ao encontro do buscado por essa chamada “segurança jurídica”.

1.4 CONCLUSÃO

Considerando tudo o que foi exposto, conclui-se:

1 A crise conceitual da modernidade subjaz a multiplicação do reconhecimento das subjetividades coletivas e de um direito que não está mais limitado à figura corpórea de um sujeito social, mas de uma representação ideal do coletivo;

2 As soluções modernas apresentadas na sociedade contemporânea para as questões ecológicas apontam para a importância dos direitos que não têm titular certo, surgindo novas carências sociais, nas quais os interesses individuais não mais satisfaziam, pois o comum, o coletivo, começava a tomar esse lugar antes exclusivamente individualista;

³⁸ LEONEL, op. cit., p. 116.

3 Apresentaram-se no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos processuais que buscavam exatamente esse proteção do coletivo, através do mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública; esta, em virtude da sua capacidade potencial de efetivação do bem a ser protegido pela sociedade, atribui ao instituto a efetividade que se buscava;

4 Em grande parte, a falta de aplicação desse princípio ocorre em razão da ausência de visualização do dano que virá a efetivar-se. Isto porque, a falta de experiência anterior envolvendo as mesmas circunstâncias impede o julgador tanto quanto ao legislador decidir com base em uma situação hipotética.

5 Acredita-se que a precaução, hoje, é a forma mais eficaz de evitar lesões ao ambiente, bem como a ação civil pública o instrumento disponível exatamente para atingir esse fim. É sua função a busca pela evitabilidade do dano ambiental e não a reparação de uma lesão que já se perpetrou.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- ARAÚJO, Lilian Alves de. *Ação Civil Pública Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- CAPELLI, Sílvia. *Recuperação de áreas degradadas*. Verdes Debates – Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul em 15 de abril de 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos Interesses Difusos*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 33, p. 169-82, março 1985.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto*. Revista de Direito Público. São Paulo. n. 93. Jan.-Mar.1990.
- LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LIMBERGER, Têmis. *Atos da Administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MAZZILLI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MOARES, Luís Carlos Silva de. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2001.
- NERY JUNIOR, Néelson. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

____; NERY, Rosa Maria B.B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In BENJAMIN, Antônio Herman (coord.) *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; GUIMARÃES, Flávio Romero. *Direito, Meio Ambiente e Cidadania*. São Paulo: Madras, 2004.