

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 499

(ano VII)

(10/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá):* **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - *Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário*

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.*

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF/Argentina):** *Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.*

País: *Brasil.* Cidade: *Brasília – DF.*
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



10/12/2015 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Declaração de impacto familiar: mais um exemplo de direito penal e processual penal simbólico](#)

ARTIGOS

10/12/2015 Antonio Danilo Moura de Azevedo

» [A Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova e sua aplicabilidade na atual sistemática do Direito Processual Civil Brasileiro](#)

10/12/2015 Caio Diniz Fonseca

» [A natureza jurídica da outorga onerosa do direito de construir](#)

10/12/2015 Alice Saldanha Villar

» [A liberdade da administradora de consórcios na fixação da taxa de administração](#)

10/12/2015 Esdras Silva Pinto

» [Medidas provisórias ao longo da experiência política e constitucional brasileira como importante instrumento de aferição das relações entre executivo e legislativo](#)

10/12/2015 Lesimônia Soares Costa

» [A ética do advogado no mercado de trabalho](#)

10/12/2015 Crislayne Silva Bentes

» [Aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos](#)

LIVRO

10/12/2015 Thiago Machado Dias de Siqueira

» [Responsabilidade do Estado pela omissão na proteção e defesa do meio ambiente](#)

DECLARAÇÃO DE IMPACTO FAMILIAR: MAIS UM EXEMPLO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL SIMBÓLICO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

Conhecida como “impact statement” ou “victim impact statement” (“declaração de impacto” ou “relatório de impacto da vítima”) a também chamada “Declaração de Impacto Familiar” é um instituto processual penal inglês sem correspondência no Direito brasileiro. Consiste, basicamente, na possibilidade de que no seio do processo penal, especialmente envolvendo casos de homicídio, haja uma oportunidade para que pessoas próximas ou parentes da vítima relatem o “impacto” ou “dano moral” sofrido com o crime diante do tribunal que julgará o caso ou perante a comissão que decidirá sobre liberdade condicional de um preso já condenado.

Claramente se trata de um apelo emocional no seio do Processo Penal, permitindo o ingresso de um sentimentalismo nas decisões criminais. Em um primeiro olhar desavisado pode até parecer que se trata de um meio de dar palavra à vítima ou seus parentes e amigos no Processo Penal, superando o modelo de alijamento vitimal e usurpação do conflito criminal pelo Estado.

No entanto, por detrás dessa aparente benignidade do instituto se oculta um simbolismo demagógico, uma mera oportunidade de descarga catártica onde as pessoas condoídas apenas pensam, creem que estão contribuindo para o desate processual quando, na verdade, somente expressam sentimentos que acabam não sendo decisivos para absolutamente nada.

Há neste ponto um “significado latente” e um “significado manifesto” na norma. Manifesta-se como uma abertura à participação dos lesados pelo crime no seio do Processo Penal e até na Execução Penal. Mas, o “significado latente”, oculto é apenas

o desejo legislativo de promover o ingresso de um sentimentalismo barato no processo, sem realmente levar em consideração de forma efetiva as manifestações dessas pessoas meramente iludidas, as quais pensam ter para si um Estado cuidadoso, preocupado com seus sentimentos e aflições. Como alerta Neves, “na legislação simbólica o significado latente prevalece sobre o significado manifesto”. [1]

Além disso, a Declaração de Impacto Familiar pode ser um instrumento de discriminação negativa em relação a algumas vítimas que não tenham, por exemplo, pessoas próximas que possam dar depoimento a seu respeito, passando então a mensagem de que certas pessoas, por serem dotadas de determinadas qualidades e não serem solitárias na vida valem mais que outras. Ao menos sob o prisma simbólico, a mensagem que segue é a de que algumas vidas são mais relevantes que outras.

Como salienta Dalrymple:

“A impressão dada pela declaração de impacto familiar é que o crime de assassinato é hediondo por causa dos efeitos que tem sobre a pessoa que faz a declaração, ou sobre as pessoas que ela representa. O corolário disso, é claro, é que, se a pessoa assassinada não tivesse parentes nem amigos e fosse totalmente reclusa, mata-la não seria tanto um crime, já que não havia ninguém para sofrer por sua morte. Dever-se-ia então considerar aquele assassinato digno de louvor, na medida em que uma boca a alimentar socialmente inútil tinha sido eliminada. Devemos então concluir que os parentes das vítimas de assassinato que não fazem essa declaração sentem o impacto menos do que aquelas que o fazem: se eles têm sentimentos tão ambíguos a respeito da morte de seu parente, o assassino é menos criminoso nesses casos”? [2]

Se antes a grande preocupação dos juristas era com a irracionalidade de um chamado “Direito Penal do Autor”, no seio do

qual um punitivismo de matiz preventiva apregoa a sanção não pela conduta, mas por aquilo que o indivíduo é ou representa, [3] agora, diante desse instituto britânico, pode-se afirmar que surge algo que se ousa denominar de “*Direito Penal dos Atributos da Vítima*”. Agora a mensagem, ao menos no patamar simbólico, é a de que o crime é tanto mais grave ou menos grave quanto seja a popularidade da vítima.

Não é de gerar espanto que tal construção tenha se forjado num ambiente onde predomina uma filosofia e uma ética utilitaristas derivadas de um pensamento consequencialista no qual algo é bom ou mau, tem maior ou menor valor não por si e em si, intrinsecamente, mas de acordo com as consequências ou efeitos que produz. Dificilmente essa espécie de instituto se conformaria a uma filosofia e ética principialista ou deontológica. É que é somente de acordo com o chamado “Princípio da Utilidade” que se “aprova ou reprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão”. [4]

No entanto, o caso das Declarações de Impacto inglesas são um típico exemplo de demagogia legal e desvio de função do sistema judicial. A ilusão dos familiares ou pessoas próximas ao apresentarem seus sentimentos em público é visível pelo fato de que as Declarações de Impacto não têm influência alguma sobre o processo. E não têm mesmo porque, ainda que feitas ao Juiz antes que prolate a sentença, não podem ser por ele utilizadas como argumento. Ao Júri elas somente são apresentadas quando já foi expedido seu veredito, ou seja, sua influência é realmente nula. A verdade é que essas declarações são apenas a exposição de um sentimentalismo desnecessário e enganador. Mas, o pior de tudo isso é que essa valorização desse sentimentalismo produz uma mensagem de discriminação negativa entre pessoas populares e pessoas ordinárias, conforme já exposto.

A justificativa para a criação desse instituto nos tribunais britânicos foi apresentada oficialmente pela Ministra que as criou, Harriet Harman, afirmando

“que as famílias das pessoas assassinadas muitas vezes se sentem excluídas dos procedimentos do tribunal. A declaração de impacto familiar, tem o objetivo de mudar esse sentimento de exclusão e trocá-lo, supostamente, pelo de envolvimento ou de participação”. [5]

Mas, essa participação é meramente fantasiosa, já que a legislação não cria mecanismos efetivos de participação dos enlutados no processo. Trata-se apenas de uma exposição de sentimentos num lugar inadequado e numa situação de inutilidade.

Nesse passo, está mais que caracterizado o diagnóstico de um simbolismo demagógico na legislação, pois, conforme leciona Neves:

“Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica”. [6]

Então, afinal, qual é o real propósito dessa declaração?

Com clareza nos responde Dalrymple:

“Na mais generosa interpretação possível, é dar às pessoas que sofrem a oportunidade de ventilar sua emoção em público, e, por meio disso, presume-se, reduzir seu sofrimento. Trata-se de uma manobra terapêutica cujo fim é impedir que a emoção se volte para dentro e cause ainda mais dano àquele que sofre. Isso equivale a lançar mão de dois pressupostos, o primeiro dos quais talvez não seja verdadeiro. O segundo certamente não é.

O primeiro é que ventilar emoção em público é sempre algo bom e saudável, e que manter dignamente o silêncio, ou demonstrar fortaleza, é sempre uma coisa ruim ou nociva. Mas mesmo que ventilar emoção em público fosse algo bom e saudável, não se seguiria que um tribunal de direito é o lugar para fazê-lo.

O segundo pressuposto é que um tribunal de direito é uma instituição terapêutica, cujo fim, entre outros, consiste em restaurar o equilíbrio psicológico das vítimas ou dos parentes próximos das vítimas. Num sentido bastante amplo, claro, os tribunais têm uma função terapêutica, mas para a sociedade como um todo, não para os indivíduos presos a casos particulares: os tribunais demonstram que vivemos num mundo justo, ou ao menos previsível, e não inteiramente arbitrário, em que a reparação do mal é administrada imparcialmente. Se os tribunais oferecem terapia, trata-se de terapia de grupo, não individual”. [7]

Em suma, quando o simbolismo demagógico toma conta do mundo jurídico, acaba desnaturando suas instituições e criando um “universo onírico” que produz mais mal do que bem.

Harald Kindermann denomina essa espécie de legislação que pretende, mediante ardil, conquistar a confiança dos cidadãos no governo ou no Estado, de “Legislação – álibi”. Nela são criados diplomas legais visando à satisfação de expectativas da população, mas sem preocupação real em tornar essas normas efetivas. Por meio da “Legislação – álibi” “o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas do cidadão”. [8]

O efeito com o tempo, porém, é inverso. Há descrédito cada vez maior no Estado e no governo para satisfazer as expectativas sociais. Isso gera uma inflação de leis simbólicas,

umas tentando tapar as brechas deixadas pelas anteriores num ciclo vicioso infinito. Ciclo este que, se não quebrado, significará, em longo prazo, a decadência total da credibilidade estatal com consequências altamente destrutivas. Ao legislador é preciosa a lição de Eliot que afirma que “uma medida que é desejável como paliativa pode ser prejudicial se apresentada como cura”. [\[9\]](#)

Tratar da “Declaração de Impacto Familiar” neste trabalho, dando a conhecer aos brasileiros sua natureza, embora não prevista em nosso ordenamento, é uma atitude preventiva, vez que em terras tupiniquins há uma arraigada mania de copiar modelos estrangeiros, especialmente anglo – saxões e, mais ainda, quando marcados por um sentimentalismo afetado que pode gerar dividendos políticos àqueles “sensíveis” e “maravilhosos” seres humanos que se “preocupam” demais com a população e seu bem – estar!

REFERÊNCIAS

DALRYMPLE, Theodore. *Podres de Mimados*. Trad. Pedro Sette – Câmara. São Paulo: É Realizações, 2011.

ELIOT, T. S. *Notas para a definição de cultura*. Trad. Eduardo Wolf. São Paulo: É Realizações, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PELUSO, Luis Alberto (org.). *Ética & Utilitarismo*. Campinas: Alínea, 1998.

NOTAS:

[\[1\]](#) NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 22.

[2] DALRYMPLE, Theodore. *Podres de Mimados*. Trad. Pedro Sette – Câmara. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 95.

[3] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002, p. 81.

[4] SOUZA E BRITO, JOSÉ DE. É o Princípio da Utilidade Racional? In: PELUSO, Luis Alberto (org.). *Ética & Utilitarismo*. Campinas: Alínea, 1998, p. 68.

[5] DALRYMPLE, Theodore. Op. Cit., p. 99.

[6] NEVES, Marcelo. Op. Cit., p. 31.

[7] DALRYMPLE, Theodore. Op. Cit., p. 101.

[8] Apud, NEVES, Marcelo. Op. Cit., p. 36 – 37.

[9] ELIOT, T. S. *Notas para a definição de cultura*. Trad. Eduardo Wolf. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 121.

A TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA APLICABILIDADE NA ATUAL SISTEMÁTICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

ANTONIO DANILO MOURA DE AZEVEDO: Analista Judiciário - Área Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT, especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA e em Direito Processual: grandes transformações pela Universidade da Amazônia - UNAMA.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova cujas premissas essenciais se contrapõem às regras do art. 333 do CPC, rígidas e apriorísticas, que impõem exclusivamente ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos de sua oposição. A teoria, base de estudo deste trabalho, defende, justamente, o afastamento daquelas regras estáticas, impondo o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, podendo o mesmo recair tanto sobre o autor como sobre o réu, a depender das circunstâncias fáticas e processuais de cada um, tudo em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo que ensejará, por conseguinte, decisões mais justas e equânimes a cada caso concreto submetido ao crivo do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Ônus da prova. Modificação do ônus da prova. Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova.

ABSTRACT: The present article turns on the Dynamic Theory of Distribution of the Responsibility of the Proof in which the essential premises itself oppose to the rules of art. 333 of the CPC, rigid and aprioristic, that impose exclusively to the author the obligation to try the constituents facts of his right; and to the defendant, the modified facts, extinctive and impeditive of its imposition. The theory, based on the study of this work, defends, exactly, the removal of those static rules, imposing the responsibility of the proof to the part that if to find in better conditions

to the same produce the prove, being able for the same to rely on the author as well as the defendant, to depend on the real and procedural circumstances of each one, everything in favor of a bigger effectiveness of the process that will try, therefore, decisions more jousts and fair to each case submitted concrete the judgement of the Judiciary.

KEY WORDS: Civil Procedural Law. Responsibility of the proof. Modification of the responsibility of the proof. Dynamic Theory of Distribution of the Responsibility of the Proof.

1. Prova

1.1. Conceito

A prova, na seara do Direito Processual Civil, tem diversas acepções. Inicialmente, prova no sentido de fonte de prova. Como o próprio nome já indica, fonte de prova é a origem de onde brota a prova. Exemplificando, fontes de prova podem ser coisas, pessoas, fenômenos etc. Há, também, prova como meio de prova, que é a técnica de se extrair a prova de sua fonte e transplantá-la no processo a fim de proporcionar ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos trazidos à sua apreciação pelas partes processuais e sobre a qual alicerçará seu convencimento. Por fim, a prova como resultado, ou seja, a prova em sentido subjetivo, que se traduz na convicção do julgador formada a partir das provas produzidas no curso do processo.

Embora haja essa plurissignificância da palavra prova, para o presente trabalho, doravante, nos quedaremos com o conceito de prova como o meio de obter a verdade dos fatos, ou chegar ao mais próximo desta possível, no decorrer do processo, para que o juiz construa seu convencimento a respeito dos fatos aventados pelas partes. Em face disso, o Mestre DOMINGOS AFONSO KRIGER FILHO, com inexcelsível clareza, assevera que “a prova é a alma do processo, o instrumento necessário à

realização do direito ou, no dizer das Ordenações Filipinas, ‘o farol que deve guiar o magistrado nas suas decisões’.”[\[1\]](#)

Contudo, essa verdade dos fatos que se busca alcançar com toda a produção probatória não refletirá a mais pura tradução da verdade real, pois é muito difícil, senão impossível, a integral e irretorquível reprodução dos fatos pretéritos em torno dos quais orbita a lide. O que há, na realidade, é uma representação parcial dos fatos, por consequência, uma representação parcial da verdade através da qual se chegará à mais próxima probabilidade dos fatos, isto é, o que possivelmente ocorreu ou quais foram ou são provavelmente os fatos.

Os fatos, portanto, constituem o objeto da prova, uma vez que o direito independe de demonstração, exceto nos casos previstos no art. 337 do Código de Processo Civil. Todavia, dentre os fatos existem aqueles que prescindem de prova conforme os ditames do art. 334 do referido Código, são eles: os fatos notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos como incontroversos; e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Desta forma, somente os fatos controvertidos, relevantes e determinados carecem serem provados.

Em linhas gerais, controvertidos são todos aqueles fatos sobre os quais as partes conflitam. Uma parte os afirma e a parte contrária os contesta, não os admitindo como verdadeiros. Relevantes, à sua vez, são aqueles que têm relação ou conexão com a causa ajuizada, isto é, os que possuem condições de poder influir na decisão da causa. E, por fim, determinados são os que apresentam características, limites e qualidades intrínsecas capazes de diferenciá-los dos demais que se lhes assemelham.

1.2. Valoração da prova

Depois da produção das provas pelas partes, cabe ao magistrado efetuar a valoração das provas produzidas. O sistema adotado pelo Processo Civil Brasileiro, atualmente, é o da persuasão racional ou do livre

convencimento motivado, através do qual o juiz tem ampla liberdade para valorar a prova constante dos autos e, assim, formar seu convencimento, devendo, entretanto, motivá-lo de forma racional, consoante reza os arts. 131, 165, 436 e 458, II, do nosso Código de Processo Civil. Como principais balizas desse sistema apontam-se a exigência de fundamentação, a argumentação racional e a obediência às regras da experiência.

Destarte, no hodierno estágio da evolução da doutrina processualista civil, mais desapegada do formalismo exacerbado e com mais discricionariedade do magistrado, este passa a ter um papel cada vez mais ativo tanto na produção da prova, em sua valoração, bem como na repartição do ônus da prova como veremos a seguir esmiuçadamente.

1.3. Ônus da prova

Na linguagem técnico-jurídica, ônus não é sinônimo de obrigação. Processualmente, fala-se em ônus quando se tutela interesse próprio, e em obrigação quando há interesse de outrem. Eis o entendimento burilado de ALVIM NETTO, transcrito por RODRIGO GARCIA SCHWARZ, que faz essa diferenciação de maneira fulgente:

A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as conseqüências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente.^[2]

Ônus, por conseguinte, é a faculdade que a parte dispõe para praticar ou deixar de praticar determinado ato processual. Ato este que

lhe proporcionará alguma vantagem se adimplir com seu ônus. Se a parte não exercita o ônus que lhe compete, esta apenas deixa de usufruir a vantagem processual que obteria se o tivesse exercitado, na forma e no momento determinados nas leis processuais.

Por sua vez, o ônus da prova trata-se de uma regra processual que, ressalte-se, não atribui o dever de provar o fato, mas sim atribui o encargo a uma das partes pela falta de prova daquele fato que lhe competia. Na precisa lição do Mestre FREDIE DIDIER JR., a “expressão ‘ônus da prova’ sintetiza o problema de saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato.”^[3]

O ônus da prova tem duas funções primordiais. Primeiro, estimular as partes a provarem as alegações que fizerem. Segundo, ajudar o magistrado, que ainda permanecer em estado de dúvida, oferecendo-lhe um critério de julgamento capaz de evitar o “*nom liquet*”. Como cediço, no Direito Romano, era permitido ao juiz se recusar a julgar causas que, na visão dele, não estavam claras. Podia simplesmente sentenciar “*sibi nom liquere*”. No entanto, hoje em dia, vigora regra da vedação do “*nom liquet*”, não admitindo mais que o juiz se esquive de decidir sob qualquer alegativa, inclusive por falta ou insuficiência de provas. Deparando-se com a incerteza, plenamente aceitável no sistema do livre convencimento motivado, o juiz, nesse caso, utilizar-se-á das regras de distribuição do ônus da prova, onerando aquela parte que carregava o encargo da prova com uma sentença desfavorável visto que não produziu prova necessária a corroborar suas alegações. Tais regras resolvem a controvérsia nos casos em que a produção probatória não convence ao juiz, guiando-o a julgar em desfavor daquele a quem incumbia o ônus da prova, e não o cumpriu satisfatoriamente.

1.4. Distribuição do ônus da prova

Na dicção do art. 333 do Código de Processo Civil, a distribuição do ônus da prova, regra geral, se dá nos seguintes moldes: incumbe ao

autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Segundo o entendimento clássico, as regras emanadas do aludido artigo seriam objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador. Entretanto, essa visão estática de distribuição do ônus da prova vem sofrendo críticas da doutrina moderna e, felizmente, perdendo forças, visto que essa rigidez muitas vezes dificulta a adequação do regime da prova ao caso concreto. Por exemplo, há situações onde o direito material alegado por uma das partes é de difícil, onerosa ou mesmo impossível demonstração pela mesma. Já para a parte adversa não existem tantos óbices dificultando a produção por ela da prova imprescindível ao deslinde da causa “*sub judice*”. Por tudo isso, a doutrina contemporânea vem pugnando pela flexibilização destas regras de distribuição do ônus da prova no sentido de permitir ao juiz que, deparando-se com nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, motivadamente, decida por adequar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto, determinando que este ônus recaia sobre a parte que dispuser das melhores condições de provar os fatos submetidos a julgamento.

Assim sendo, a regra estática de distribuição do ônus da prova, acolhida pelo nosso Código de Processo Civil, notadamente em seu art. 333, vem sofrendo mitigações em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo, que são alguns dos estandartes da perspectiva publicista do processo, atual tendência do Direito Processual Civil, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco. Para esta corrente doutrinária, estas regras de distribuição do ônus da prova não devem ser interpretadas como limitadores dos poderes instrutórios do juiz. Ao contrário, defende uma atuação ativa do juiz no âmbito da instrução processual, com o escopo de corrigir eventuais desequilíbrios na produção probatória vislumbrados caso a caso, para, com isso, proferir uma decisão mais justa e equânime.

1.5. Poderes instrutórios do juiz

Ao finalizar a instrução probatória, o juiz, de posse do arcabouço probatório constante dos autos, formará seu convencimento. Se entender que já há provas suficientes a gerar um grau de certeza sobre os fatos apreciados, o juiz proferirá seu julgamento, pouco importando a quem competia o ônus da prova. Mas, se ainda persistir seu estado de dúvida o que deve fazer o magistrado?

Se tomarmos por parâmetro o entendimento da doutrina tradicional, fundamentada no Estado Liberal, cujos princípios vetoriais são o do dispositivo, o da inércia e o da imparcialidade do juiz, a atuação do magistrado seria excessivamente tolhida pelos supramencionados princípios devendo somente esperar que a prova venha ao seu crivo. Assim, não lhe restaria outra solução senão apenas regular o desenrolar do processo, até que o mesmo esteja em condições de ser julgado. A iniciativa do magistrado seria tão-somente complementar e dar-se-ia somente após as partes desincumbirem de provar os fatos afirmados por cada uma delas. Se, depois das partes apresentarem suas respectivas provas ainda pairarem dúvidas a respeito dos fatos em questão no entender do juiz, só neste momento se movimentaria no afã de encontrar uma solução para o litígio. O que poderia implicar em algum suposto prejuízo, já que há alguns tipos de provas que se não colhidas no exato momento em que vem à tona não produzirão mais os mesmos efeitos caso tivessem sido produzidas naquele momento oportuno.

Noutro sentido, nos trilhos da Democracia Social, o Processo Civil passa a conferir uma intensificação na participação ativa do juiz, inclusive na fase instrutória, com o propósito fundamental de assegurar efetividade à tutela jurisdicional. LUIZ GUILHERME MARINONI E SÉRGIO CRUZ ARENHART, empunhando a bandeira desse posicionamento, asseguram que só assim ocorrerá:

- i) a justa aplicação das normas de direito material;
- ii) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e
- iii) a efetividade da tutela dos direitos, pois a

neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual.^[4]

É incontestável que o ônus da prova continua sendo um encargo das partes. A estas competem provar os fatos que alegarem. Nada obstante, ao magistrado também interessa a produção da prova, porquanto a falta de prova ou a falha na sua produção prejudicará, em demasia, seu convencimento. Daí, a principal mudança defendida pela doutrina moderna que vê o processo como um Direito Público. Tomando por base esta visão publicística, o juiz pode determinar a prova de ofício, bem como agir concomitantemente e em paridade de condições com as partes, respeitando, sem sombra de dúvidas, as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da obrigatoriedade de motivação, tudo isso com o objetivo primordial de elucidar os fatos imprescindíveis para a formação de sua convicção sobre o mérito da causa. A possibilidade de o juiz participar de uma forma mais ativa na produção da prova não retira das partes, de maneira alguma, a possibilidade de continuarem participando da formação da prova e também da consideração de seus resultados.

Na atual conjuntura da processualística civil não existem razões plausíveis para podar este progressivo aumento dos poderes outorgados ao juiz, que realmente deve desempenhar um papel cada vez mais diligente na fase probatória do processo porque como dizem os festejados processualistas MARINONI e ARENHART “um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado”^[5]. Sustentar que agindo deste modo o juiz estaria perdendo sua imparcialidade configuraria, no mínimo, um despautério. Podem muito bem ocorrer, e, de fato, ocorrem situações fáticas onde fatos relevantes não são trazidos ao processo em decorrência de uma menor sorte econômica de uma das partes ou mesmo por astúcia de uma delas que omitem ou mascaram os fatos conforme a sua conveniência e a seu bel-prazer. Nestes casos, o cruzar de braços do juiz é que caracterizaria

uma parcialidade. Poderosas e irrefragáveis são as palavras de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER firmando seu entendimento, cujo enxerto abaixo trasladado arremata perfeitamente o posicionamento aqui defendido:

O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como espectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, de deixasse de interferir *para tornar iguais partes que são desiguais*. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do direito que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma delas ser hipossuficiente pode fazer com que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. O processo foi concebido para declarar *lato sensu* o direito da parte que a ela faz jus e não para dela retirá-lo, dando-o a quem não o possuía. Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova.^[6]

Ademais, o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 130, reconhece ao juiz o poder de determinar a produção de toda prova que entender pertinente à instrução do processo, independentemente da feição inicial do processo ser regida pelo princípio do dispositivo da demanda. Ou seja, ao juiz não é permitido iniciar a ação ou alterar seu objeto, mas conduzir ativamente a instrução probatória é plenamente possível, por orientação expressa do legislador.

O dogma de neutralidade do juiz se mostra cada vez mais obsoleto, ainda mais agora que a igualdade é uma das importantes

bússolas do processo. A igualdade substancial no processo consiste em tratar os iguais de forma igual, e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades, permitindo, na medida do possível, que partes se apresentem com as mesmas oportunidades e com os mesmos instrumentos processuais capazes de estear seu direito vindicado, ou seja, proporcionar que as partes que venham a juízo em paridade de armas, pois que “o processo não deve ser um jogo em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito” [7]. Daí a justificação do aumento dos poderes instrutórios do juiz: equilibrar as partes dentro do processo.

1.6. Modificação do ônus da prova

Normalmente, a maioria dos operadores do direito, neste rol o próprio legislador, empregam o termo inversão do ônus da prova, em vez de modificação do ônus da prova. Embora a expressão já esteja arraigada no mundo jurídico, não podemos deixar de objurgá-la tendo em vista que, na realidade, inversão não ocorre. Pois se assim fosse, caberia ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do autor; e, ao autor, a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos aduzidos pelo réu em seu desfavor. E não é assim que se sucede. Na verdade, ocorre é uma modificação na regra geral prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, quando o juiz se depara com uma instrução processual tímida e fraca, incapaz de convencê-lo. Diante da proibição do “*nom liquet*”, o juiz modifica o encargo de fazer a prova, transferindo-o à parte que tem mais condições de produzi-la no caso concreto visando a afastar, de uma vez por todas, a obscuridade dos fatos para, com isso, conseguir formar o seu convencimento.

Frise-se, por oportuno, que a modificação do ônus da prova pelo juiz deve ser sempre pautada pela razoabilidade de tal medida. Se não há possibilidade da outra parte cumpri-lo a contento ou se a modificação da regra de distribuição do ônus da prova lhe implicar uma verdadeira pena, em vez de um ônus, não se justificará a alteração da regra geral. Urge-se, todavia, uma ponderação racional em cada caso particularmente com o

fito de certificar que a imposição dessa modificação não violará normas constitucionais e processuais protetivas de ambas as partes. Como cuidadosamente dito por LUIZ GUILHERME MARINONI, a modificação do ônus da prova só deve ocorrer quando “ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência.”[\[8\]](#)

2. Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova

2.1. Origem e definição

A chamada Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova tem suas raízes fincadas especialmente na Argentina, lá com a denominação de Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas. Naquele país e em outros, como Espanha e Uruguai, vem sendo vastamente difundida e muito bem aceita no meio jurídico, sobretudo no campo da responsabilidade profissional. Tem como principal precursor o jurista argentino Jorge W. Peyrano e com seus ensinamentos introduzimos os primeiros delineamentos do que consiste fundamentalmente esta teoria:

En tren de identificar la categoría de las ‘cargas probatorias dinámicas’, hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquella según la cual se incumbe la carga probatoria a quien - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva.[\[9\]](#)

ROLAND ARAZI, outro renomado doutrinador da Teoria da Prova, corroborando com as ideias emanadas do escólio acima transcrito, ensina que:

Ante la falta de prueba, es importante que el juez valore las circunstancias particulares de cada caso,

apreciando quien se encontraba en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quien tenía la carga de la prueba no la produjo, a fin de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea preturbado por un excesivo rigor formal, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver CSJN, 20/08/96, E.D. 171-361).[\[10\]](#)

Denota-se que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus Probatório rompe com as regras rígidas e estáticas da distribuição do “*onus probandi*” tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis a cada caso especificamente. No dizer dessa teoria não importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo; o importante é que o juiz valore, no caso concreto, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas etc., mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária. Com efeito, se a parte que o juiz impôs o ônus da prova não produzir a prova ou a fizer de forma deficitária, as regras do ônus da prova sobre ela recairão em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente. MIGUEL KFOURI NETO sintetiza didaticamente o dinamismo dessa teoria ora estudada: “as regras que determina a posição da parte litigante - autor ou réu - nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico.”[\[11\]](#)

É indubitável que, à luz da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, ao juiz é dado uma maior discricionariedade na avaliação da distribuição das regras desse ônus, colimando gerar um maior entrosamento e colaboração das partes com o órgão jurisdicional como

corolário direto dos princípios da solidariedade, da cooperação, da boa-fé, dentre outros. Se ao analisar a lide posta ao seu crivo, o juiz identificar que pelos mandamentos da lei o ônus da prova recai sobre a parte mais desprovida, de algum modo, de condições de suportá-lo, a partir deste instante ele deverá mudar as regras de jogo, modificando a distribuição do ônus da prova em benefício daquela parte técnica ou economicamente hipossuficiente.

Vale pinçar que esta discricionariedade do juiz não é igual à discricionariedade do administrador. Por óbvio, toda atuação do juiz de ser emoldurada pelos princípios processuais da legalidade, motivação, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação e efetividade. O juiz poderá modificar a regra geral para ajustá-la ao caso concreto, reduzindo, na maior medida do possível, as desigualdades das partes e, com isso, tentar evitar a derrota da parte que possivelmente tem o melhor direito, mas que não está em melhores condições de prová-lo.

Em apertada síntese, a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportar o ônus da prova, e impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio.

2.2. Recepçionabilidade da Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas no Direito Brasileiro

Talvez, num primeiro momento, sem maiores reflexões, venha à mente como exemplo da recepção desta teoria no Direito Pátrio o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova a fim de facilitar a defesa dos interesses do consumidor, presumidamente hipossuficiente na relação consumerista. Contudo, apesar de ter havido uma flexibilização da distribuição do ônus da prova, a teoria em comento não foi adotada, integralmente, pela lei consumerista. Ainda é a regra estática de distribuição do “onus

probandi” que rege sobejamente a distribuição do ônus da prova nas relações de consumo. O dispositivo legal citado afirma hialinamente que a inversão do ônus da prova é possível, em favor do consumidor, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente. Ocorrendo qualquer uma dessas previsões legais, assegura MARINONI que “o juiz não precisa inverter o ônus da prova, pois esse ônus já está invertido (ou definido) pela lei.”^[12]

A discricionariedade do juiz na sistemática do Direito do Consumidor praticamente não existe e, de contrapartida, o cerne da Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova está justamente em permitir ao juiz uma maior flexibilização das regras dos ônus probatório, de acordo com seu próprio convencimento e conforme seja a situação particular das partes em relação à determinada prova verificada por ele mesmo no processo submetido ao seu crivo, e não só aplicar os critérios anteriormente definidos na lei.

Contudo, de “*lege ferenda*”, o parágrafo 1º do artigo 380 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, adota puramente o critério dinâmico pelo qual a prova dos fatos cabe a quem estiver mais próximo dela e tiver maior facilidade para produzi-la. Digna, portanto, é a transcrição do aludido artigo dada a importância da inovação que trará ao ordenamento jurídico brasileiro:

“Art. 380. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à

impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.”

À guisa de ilustração, algo muito próximo da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova também vem sendo aplicado no âmbito do Direito do Trabalho. A doutrina moderna de Direito Processual Trabalhista tem hoje mais um princípio norteador de sua atuação que é o da aptidão para prova. Segundo este princípio, deve provar aquele que estiver apto fazê-lo, independentemente de ser autor ou réu. Poder-se-ia então testificar que a essência da teoria dinâmica já está sendo posta em prática no nosso país.

3. Conclusão

Ante todo o exposto neste trabalho, espera-se que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova receba proeminente adesão

dos estudiosos do direito, mormente dos magistrados. Aquela visão estática que, aprioristicamente, obriga ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito invocado; e, ao réu, os fatos obstativos da pretensão contra ele articulada, sem levar em consideração as condições probatórias de cada parte, não condiz com os preceitos da atual sistemática do Processo Civil Brasileiro. Em nome da submissão incontestada à regra advinda do art. 333 do Código de Processo Civil, a prestação jurisdicional, muitas vezes, não produz lúdima Justiça à causa submetida à apreciação pelo Poder Judiciário, pois, pela regra geral tradicional, o ônus da prova poderia recair sobre a parte mais fraca do processo, isto é, sobre quem não tem condições de fazer a melhor prova capaz de lhe assegurar o direito por ela invocado e o juiz não faria nada para amenizar esta suposta injustiça, apenas aplicaria a regra do ônus da prova se, ao final, do processo as partes não apresentarem suas alegações devidamente comprovadas.

Corrigindo grande parte desses disparates provocados pela adoção de um regramento completamente rígido, que fere a tantos princípios constitucionais, consoante demonstrado anteriormente, desponta a moderna teoria, por meio da qual o ônus da prova pode recair tanto no autor como no réu, a depender das circunstâncias do caso e da situação processual de cada uma das partes. Ao magistrado é permitido fazer um juízo de ponderação e, mediante decisão devidamente motivada, respeitando todas as garantias constitucionais asseguradas às partes, modificar a regra de distribuição do ônus da prova fazendo incidir sobre a parte que tem o controle dos meios de prova e, por isso mesmo, se encontra em melhores condições de produzi-la a contento, ou seja, apta a trazer aos autos a prova capital que descortinaria a verdade dos fatos controvertidos. É logicamente insustentável que se há uma parte em melhores condições de produzir a prova, deixe de fazê-la unicamente pelo apego a formalismos exacerbados. O processo moderno não mais coaduna com esse tipo de premissas, porquanto seu escopo maior é garantir o direito a quem realmente o titule.

4. Referências bibliográficas

ARAZI, Roland. *La carga probatoria*. Disponível em: <http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>. Acesso em: 29.01.07.

BEDAQUE, José dos Santos. *Garantias da Amplitude de Produção Probatória* in TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, vol. I, 2004.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento?* Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 138, p. 278, ago.2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 26.01.07.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. V, t. I, 2000.

PESSOA, Flavia Moreira. *As regras de repartição do ônus da prova constituem limitação à iniciativa probatória do juiz no processo civil?* Revista Fórum Administrativo - Dir. Público. Belo Horizonte: Fórum, n. 32, out.2003.

PEYRANO, Jorge W., *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*, in, Lãs Responsabilidades Profesionales - Libro al Dr. Luis O. Andorno, coord. Augusto M. Morello e outros, La Plata: LEP, 1992.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho*. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, p. 16, abr.2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O ônus da prova*. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Editora Consulex, n. 200, p. 40, mai.2005.

Notas:

[1] KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento?* Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 138, p. 278, ago.2006.

[2] SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho*. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, p. 16, abr.2006.

[3] DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2004, vol. I, p. 423.

[4] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, t. I, p. 192.

[5] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 192.

[6] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O ônus da prova*. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Editora Consulex, n. 200, p. 40, mai.2005.

[7] BEDAQUE, José dos Santos. *Garantias da Amplitude de Produção Probatória in TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 175.

[8] MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso*

concreto. Disponível em:
<<http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>>. Acesso em:
26.01.07.

[9] PEYRANO, Jorge W., *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*, in, *Lãs Responsabilidades Profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno*, coord. Augusto M. Morello e outros, La Plata: LEP, 1992, p. 263.

[10] ARAZI, Roland. *La carga probatoria*. Disponível em:
<<http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>>. Acesso em:
29.01.07.

[11] KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

[12] MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* Disponível em:
<http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em:
26.01.07.

A NATUREZA JURÍDICA DA OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

CAIO DINIZ FONSECA: Auxiliar Judiciário no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte; bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio; pós-graduando em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; advogado licenciado.

RESUMO: A outorga onerosa do direito de construir é um instrumento jurídico de desenvolvimento da política urbana, expressamente previsto na Lei nº 10.257/2001, que se constitui em uma concessão do Poder Público ao particular, mediante contraprestação deste, no sentido de permitir a construção, nas áreas adensáveis, acima do coeficiente de aproveitamento básico. Alguns doutrinadores entendem que o referido instituto nada mais é do que um tributo travestido, na medida em que possui todas as características descritas no artigo 3º do Código Tributário Nacional. O presente trabalho visa apontar posicionamento diverso, na medida em que nos filiamos a uma corrente que enxerga a outorga onerosa do direito de construir como prestação indenizatória, de destinação vinculada, não se caracterizando como tributo.

Palavras-chave: Outorga onerosa. Natureza jurídica. Tributo. Prestação indenizatória.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar uma análise acerca do instituto da outorga onerosa do direito de construir, expressamente previsto no art. 28 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), notadamente no que diz respeito à sua natureza jurídica.

A partir da controvérsia doutrinária que permeia as discussões acerca da outorga onerosa, haja vista que, enquanto uns enxergam, no referido instituto, a natureza jurídica de tributo,

outros preferem classificá-lo como uma prestação de natureza indenizatória, buscar-se-á chegar a uma conclusão, levando-se em conta, inclusive, a classificação conferida pelo legislador ao instituto e a definição de tributo prevista pelo Código Tributário Nacional.

Sem qualquer pretensão de esgotar tamanha celeuma, posto se tratar de tarefa impossível para uma produção acadêmica de menor monta como a presente, buscaremos aqui suscitar o debate acerca da temática proposta, apontando o nosso ponto de vista e coligando argumentos para defendê-lo, inclusive com o entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias.

2. A OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

O Código Civil brasileiro estabelece que “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos” (art. 1.299). Assim, tem-se que o direito de construir, tal qual foi disciplinado no ordenamento jurídico nacional, não é absoluto, devendo obedecer às regras estabelecidas em lei e regulamentos administrativos, além de respeitar o direito dos vizinhos.

Mais além, é de se reconhecer que, atualmente, o direito de construir não mais pode ser visto como uma vertente absoluta do direito de propriedade, haja vista que a Constituição Federal contempla o princípio da *função social da propriedade*, de sorte que todo imóvel deve atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas na Lei nº 10.257/2001 e no plano diretor de cada município (art. 182, §2º, da CF). Portanto, tem-se a necessidade de que as normas urbanísticas limitem, visando o interesse da coletividade, o exercício do direito de construir, de maneira a contemplar a política de desenvolvimento urbano traçada para determinada cidade.

Dentro dessa perspectiva, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) elencou a chamada outorga onerosa do direito de construir como um dos instrumentos de política urbana. Com efeito, o art. 4º, inciso V, alínea “n”, do referido diploma legal, estabelece o instituto em comento como um instrumento jurídico/político de desenvolvimento da política urbana das cidades brasileiras.

É de se ressaltar que o instrumento jurídico em comento, malgrado tenha sido positivado pelo nosso ordenamento apenas no ano de 2001, com a publicação do já mencionado Estatuto da Cidade, já vinha sendo utilizado em diversas cidades brasileiras, tais como Curitiba, Porto Alegre e Natal, através de suas leis municipais.

Nos artigos 28 a 31 do Estatuto da Cidade, a outorga onerosa do direito de construir foi finalmente disciplinada em âmbito federal. Dispõem os arts. 28 e 29, *verbis*:

Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura

existente e o aumento de densidade esperado em cada área.

Art. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

Como se sabe, o Plano Diretor municipal deve estabelecer, como forma de política urbana, o coeficiente de aproveitamento básico para as regiões que compõem a cidade. Esse coeficiente pode ser único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas, como ocorre na maioria das grandes cidades. Isto decorre da falta de uniformidade na infraestrutura apresentada por essas áreas, sendo necessário, pois, que o Plano Diretor leve em consideração fatores como, por exemplo, a existência de redes de esgoto, de iluminação pública e de escoamento das águas pluviais, na hora de estabelecer o índice construtivo máximo para cada uma delas.

A outorga onerosa do direito de construir ou de alteração do solo, nesse contexto, apresenta-se como o instrumento jurídico através do qual o Poder Público autoriza o proprietário ou interessado (incorporador, por exemplo) a construir acima do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido para a região em que está situado o imóvel, mediante o pagamento de uma contraprestação.

Na lição de Gilka da Mata Dias, outorga onerosa “é a autorização dada pelo Poder Público para se construir acima do coeficiente básico fixado pelo Plano Diretor, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário”. Já o conceito de coeficiente aproveitamento básico, deve ser entendido como “a relação entre a área edificável e a área total do terreno”^[1].

Cabe ao Plano Diretor municipal, nos termos do caput e do § 3º do dispositivo legal acima transcrito, fixar as áreas nas quais o direito de construir poderá exceder o coeficiente básico de aproveitamento adotado. Isto significa, por óbvio, que não são todas

as áreas que estão suscetíveis à construção acima do patamar previsto, sendo certo que a lei cuidará de definir os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento de cada área, levando-se em consideração a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado.

Em Natal/RN, por exemplo, o coeficiente de aproveitamento básico adotado pelo Plano Diretor para as áreas residenciais é de 1,2. Desta feita, em um terreno de 100 m² (cem metros quadrados), o proprietário só poderá, via de regra, construir 120 m² (cento e vinte metros quadrados). Ainda de acordo com o Plano Diretor da referida cidade, esta se divide nas seguintes zonas: a) de proteção ambiental, em que são vedadas as construções, ainda que nos limites do coeficiente de aproveitamento básico; b) de adensamento básico, cuja construção acima do coeficiente básico é completamente vedada; b) adensáveis, nas quais é possível a construção acima do coeficiente básico, desde que mediante contraprestação por parte do beneficiário, através do “solo criado” (outorga onerosa). Assim, aquele que desejar construir, em seu terreno, acima do coeficiente de 1,2, terá que observar se o mesmo está localizado em uma zona adensável e, em caso positivo, deverá arcar com o pagamento da chamada outorga onerosa do direito de construir.

Luiz César de Queiroz Ribeiro e Orlando Alves Santos Júnior *apud* Henrique Dornelas, trazem uma esclarecedora definição do instituto, por eles intitulado como “solo criado”, que vale a pena ser aqui transcrita. Fiquemos, pois, com a sua lição:

O Solo Criado é um instrumento de ordenação urbanística que tem como objetivo limitar e redirecionar o adensamento do solo urbano, tendo como ponto de partida a fixação de um coeficiente de aproveitamento, que pode ser único para toda a cidade ou sofrer variações, que permite aos proprietários edificarem, sem pagamento, área igual à de seus terrenos, sendo

que se o proprietário deseja ultrapassar o limite estabelecido, estará criando solo e terá que pagar ao município, prestar uma contrapartida, de acordo com a fórmula de cálculo estabelecida através de lei para a cobrança do valor do solo criado.^[2]

3. A NATUREZA JURÍDICA DA OUTORGA ONEROSA

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica da outorga onerosa do direito de construção e alteração do solo. Como já referenciado no presente trabalho, questiona-se se o instituto em comento não seria um tributo, posto possuir, segundo os que defendem essa ideia, todas as características descritas no art. 3º da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional). Aduzem, ainda, os defensores da tese em apreço, que a base de cálculo da outorga onerosa é típica de imposto.

Diferente dos que pensam dessa maneira, entendemos que a outorga onerosa do direito de construir não possui natureza jurídica de tributo.

Antes de todo o mais, é mister ressaltar que o Estatuto da Cidade coloca o instituto aqui analisado como um “instituto jurídico e político” (art. 4º, inciso V, n), inobstante listar, no inciso IV, aqueles que seriam instrumentos “tributários e financeiros” de desenvolvimento da política urbana. Acreditamos, ressalte-se, que não se trata de um equívoco do legislador, pelo contrário, acreditamos que agiu corretamente em sua classificação.

Nesse momento, cumpre transcrever o art. 3º do Código Tributário Nacional que diz, *ipsi literis*, que “Tributo é toda **prestação pecuniária compulsória**, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (grifos nossos).

Da definição supra, claramente percebe-se que todo e qualquer tributo deve se tratar de uma prestação pecuniária compulsória. Assim, não se trata de uma faculdade do contribuinte

pagar ou não um tributo, haja vista que os impostos, taxas e contribuições se impõem independentemente da vontade do cidadão. O ilustre professor Paulo de Barros Carvalho ensina com propriedade que “prestação pecuniária compulsória quer dizer o comportamento obrigatório de uma prestação em dinheiro, afastando-se, de plano, qualquer cogitação inerente às prestações voluntárias (que receberiam o influxo de outro modal – o ‘permitido’)”[3].

Ocorre que a contrapartida a ser suportada pelo beneficiário da outorga onerosa concedida pela administração municipal não é compulsória, e justamente porque o proprietário ou interessado, para construir em determinado terreno, não precisa arcar com o pagamento da referida outorga, desde que não deseje construir acima do coeficiente de aproveitamento básico estabelecido no Plano Diretor para aquela área. Do contrário, se o terreno a ser explorado estiver localizado em uma área adensável e se desejar construir acima do patamar previsto legalmente, aí sim o proprietário ou interessado deverá prestar o pagamento da quantia estabelecida previamente, passando a deter uma outorga do Poder Público para construir além do coeficiente básico. Ora, percebe-se que se trata de uma prestação voluntária, ou seja, o administrado não é obrigado a pagar a outorga onerosa para construir, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a taxa de licença para construção, cujo pagamento é sempre devido, independentemente da área a ser edificada.

Sobre o tema, é de extrema relevância trazer ao presente trabalho um precedente do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário de relatoria do Ministro aposentado Eros Grau, que assim está ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI N. 3.338/89 DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC. SOLO CRIADO. **NÃO CONFIGURAÇÃO COMO TRIBUTO.** OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CRIAR

SOLO. DISTINÇÃO ENTRE ÔNUS, DEVER E OBRIGAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ARTIGOS 182 E 170, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. SOLO CRIADO Solo criado é o solo artificialmente criado pelo homem [sobre ou sob o solo natural], resultado da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de um coeficiente único de aproveitamento. 2. OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CRIAR SOLO. PRESTAÇÃO DE DAR CUJA SATISFAÇÃO AFASTA OBSTÁCULO AO EXERCÍCIO, POR QUEM A PRESTA, DE DETERMINADA FACULDADE. ATO NECESSÁRIO. ÔNUS. Não há, na hipótese, obrigação. **Não se trata de tributo. Não se trata de imposto. Faculdade atribuível ao proprietário de imóvel, mercê da qual se lhe permite o exercício do direito de construir acima do coeficiente único de aproveitamento adotado em determinada área, desde que satisfeita prestação de dar que consubstancia ônus. Onde não há obrigação não pode haver tributo.** Distinção entre ônus, dever e obrigação e entre ato devido e ato necessário. 3. ÔNUS DO PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL URBANO. Instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano, cuja execução incumbe ao Poder Público municipal, nos termos do disposto no artigo 182 da Constituição do Brasil. Instrumento voltado à correção de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e

a dar concreção ao princípio da função social da propriedade [art. 170, III da CB]. 4. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido. **(STF - RE 387047/SC. Pleno. Rel. Min. Eros Grau. DJe em 02/05/2008)** – Os grifos são nossos.

Como bem ressaltado no acórdão acima, a outorga onerosa do direito de criar solo não pode ser vista como um tributo, quer seja imposto ou taxa, posto se tratar de uma faculdade do proprietário o exercício do direito de edificar além do que estabelece o coeficiente de aproveitamento básico. O Pleno do Pretório Excelso enfatiza, ainda, que não há obrigação de pagamento por parte do potencial outorgado em relação ao outorgante, razão pela qual se torna impossível se falar em tributo.

Em outra vertente, é de se reconhecer que a destinação específica dos recursos obtidos com a concessão de outorgas onerosas elimina, por completo, a tese defendida por alguns de que tal instituto seria uma espécie de imposto. Com efeito, enquanto a instituição de impostos tem como objetivo a arrecadação de receitas para o desenvolvimento de políticas públicas por parte do Estado, a contraprestação do instituto da outorga onerosa visa especificamente o restabelecimento do equilíbrio urbano, sem essência arrecadatória. De fato, a prestação paga pelo administrado quando da concessão, pelo Poder Público, da outorga do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, possui – ou pelo menos deveria possuir – destinação específica, qual seja a de fomentação da infraestrutura necessária ao restabelecimento do equilíbrio urbano, supostamente afetado pela construção acima do índice de aproveitamento previsto para aquela área. Outra não é a inteligência do art. 31 da já referida Lei nº 10.257/2001, ao estabelecer que “os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta Lei”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto foi exposto, chegamos à conclusão de que o “solo criado” é um instrumento jurídico/político de desenvolvimento da política urbana dos municípios, previsto expressamente no Estatuto da Cidade. Trata-se, por evidente, de um instituto deveras importante, posto que exerce duas principais funções de forma muito clara, quais sejam: o desestímulo à construção acima do coeficiente de aproveitamento básico nas regiões adensáveis, posto que o proprietário que desejar ultrapassar tal limite terá que arcar com o pagamento de uma contraprestação ao Estado; e a incisão de aporte financeiro nos cofres públicos, com a finalidade específica de ser investido na criação de infraestrutura para restabelecer o equilíbrio urbano.

Concluímos, ainda, que a outorga onerosa do direito de construir, tal como se encontra disciplinada no Estatuto da Cidade, deixa de se apresentar na forma de tributo, como pensam alguns, para se revestir da natureza jurídica de prestação indenizatória direcionada à municipalidade, na medida em que, como alhures mencionado, visa reparar um dano supostamente causado pela construção acima do limite previamente estabelecido e ao mesmo tempo oferecer condições financeiras para o desenvolvimento de práticas, pela administração, que permitam a recuperação da infraestrutura urbana afetada.

A controvérsia acerca da natureza jurídica da outorga onerosa do direito de construir, é fato, não se esgota aqui. A despeito dos precedentes jurisprudenciais (inclusive o Recurso Extraordinário mais acima analisado) no sentido de não reconhecer a natureza tributária da contrapartida prestada pelo proprietário ou interessado, muitos autores continuam a defender o contrário, inclusive com fortes argumentos que à sua tese são favoráveis. Como dito na etapa exordial do presente trabalho, o objetivo traçado foi de, acima de tudo, suscitar o debate acerca da temática, sem nos escusarmos de ofertar o nosso ponto de vista. Esperamos ter conseguido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Gilka da Mata. **Cidade Sustentável –Fundamentos legais, política urbana, meio ambiente e saneamento básico**. Natal: Ed. do autor, 2009.

HARADA, Kiyoshi. **Direito urbanístico - Estatuto da Cidade e Plano Diretor Estratégico**. São Paulo: NDJ, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. rev., atual., amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

PAULA, Alexandre Sturion de (org). **Estatuto da cidade e o plano diretor municipal – teoria e modelos de legislação**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007.

Notas:

[1] DIAS, Gilka da Mata. **Cidade Sustentável –Fundamentos legais, política urbana, meio ambiente e saneamento básico**. Natal: Ed. do autor, 2009. p. 255.

[2] PAULA, Alexandre Sturion de (org). **Estatuto da cidade e o plano diretor municipal – teoria e modelos de legislação**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007. p. 129.

[3] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

A LIBERDADE DA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS NA FIXAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO

ALICE SALDANHA VILLAR: Advogada, autora de diversos artigos publicados em revistas jurídicas e das obras "Direito Sumular - STF" e "Direito Sumular - STJ", São Paulo: JHMizuno, 2015.

Resumo: Durante anos, a jurisprudência pátria apontava no sentido que a limitação do percentual da taxa de administração cobrado pelas administradoras de consórcio encontrava-se prevista no art. 42 do Decreto 70.951/72. Instado a se manifestar, o STJ rechaçou essa tese e firmou o entendimento de que as administradoras de consórcio são livres para fixar a respectiva taxa de administração, não estando limitado a nenhum percentual específico. Essa orientação do STJ culminou na criação da Súmula 538 do STJ (“As administradoras de consórcio têm liberdade para estabelecer a respectiva taxa de administração, ainda que fixada em percentual superior a dez por cento”). Nosso artigo tem por objetivo esclarecer os fundamentos que conduziram à criação desse verbete sumular.

Palavras-chave: Sistema de consórcio. Administradoras de consórcio. Súmula 538 do STJ. Superior Tribunal de Justiça.

Sumário: 1. Conceito de Consórcio Mercantil. 2. Evolução histórica e lei de regência. 3. O percentual da taxa de administração cobrada pelas administradoras de consórcio. Conclusão.

1. Conceito de Consórcio Mercantil

Consórcio é uma palavra de origem latina que significa “parceria”, associação ou sociedade, e deriva de *consors*, "parceiro", formada por *con-* "junto" e *sores* "destino", significando proprietário de meios ou companheiro.

O consócio pode ser definido como a operação de captação de recursos em um grupo fechado de pessoas (físicas e/ou jurídicas), promovida pela administradora, com prazo de duração previamente estabelecido, com a finalidade de adquirir bens ou serviços específicos, através de autofinanciamento.

Conforme dispõe o Dicionário Houaiss da língua portuguesa no consócio temos um "grupo de pessoas que assumem o compromisso formal de pagar mensalmente uma prestação para um caixa comum, destinada à compra futura de um bem (automóvel, eletrodoméstico etc.), cujas unidades serão entregues paulatinamente a cada um dos consorciados, a intervalos estipulados, mediante sorteio e/ou lance". [1]

O contrato de consócio é bastante utilizado pela população brasileira como um bom negócio para quem não consegue economizar, por falta de disciplina. Ao fazer o pagamento das parcelas mensais, cada participante do consócio terá a possibilidade de ser contemplado, que pode acontecer por meio de sorte ou pelo maior lance. É com a contemplação (sorteio ou lance), que o consorciado obtém o direito de adquirir o bem objeto do seu plano. Vale dizer: uma vez contemplado, o consorciado terá a faculdade de escolher o fornecedor e o bem desde que respeitada a categoria em que o contrato estiver referenciado.

Cumprido destacar que os grupos de consócio, constituídos e geridos por uma administradora de consócio, se caracterizam como *sociedade não personificada* com patrimônio próprio, distinto do patrimônio da administradora.

2. Evolução histórica e lei de regência

No Brasil, o sistema de consócio surgiu nos anos 60 por um grupo de funcionários do Banco do Brasil com o objetivo de se auto financiarem para a aquisição de veículos. Com o passar do tempo, o sistema evoluiu, e atualmente podemos adquirir cotas de consócio de vários tipos de bens, tais como automóveis, motocicletas, imóveis, aparelhos eletrônicos, máquinas, caminhões, etc.

Atualmente, o sistema de consórcios é regido pela Lei n.11.795/2008, que em seu art. 2º traz a seguinte definição:

Lei n. 11.795/2008. Art. 2º Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento.

O sistema de consórcios é atualmente regulado pelo Banco Central. Isso porque a Lei n. 8.177/91, em seu art. 33, retirou do Ministro da Fazenda a competência para normatização das operações de consórcio e atribuiu ao BACEN. Dessa forma, compete ao Banco Central conceder autorização para constituição e funcionamento de uma administradora de consórcios, bem como fiscalizar as administradoras e as operações de consórcio.

A administradora de consórcios é uma pessoa jurídica responsável pela administração de grupos de consórcio, constituída sob a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima. Como contraprestação pela administração do grupo de consórcio, a administradora de consórcio cobra a chamada “taxa de administração”.

3. O percentual da taxa de administração cobrada pelas administradoras de consórcio

O percentual da taxa de administração deve estar definido no contrato de adesão ao consórcio. Surge então a seguinte indagação: Qual o limite do percentual da taxa de administração que as administradoras de consórcio podem cobrar?

A jurisprudência pátria afirmava que a limitação do percentual da taxa de administração encontrava-se prevista no art. 42 do Decreto 70.951/72.^[2] *Verbis*:

Art.42. As despesas de administração cobradas pela sociedade de fins exclusivamente civis não poderão ser superiores a doze por cento (12%) do valor do bem, quando este for de preço até cinquenta (50) vezes o salário-mínimo local, e a dez por cento (10%) quando de preço superior a esse limite.

Instado a se manifestar, o Superior Tribunal de Justiça rechaçou essa tese e firmou o entendimento de que as administradoras de consórcio tem liberdade para fixar a respectiva taxa de administração, não estando limitado a nenhum percentual específico. Sendo assim, não são ilegais ou abusivas taxas fixadas acima de 10% .[3]

Isso porque, conforme a jurisprudência do STJ, o art. 42 do Decreto nº 70.951/72 encontra-se revogado. Façamos então breve digressão histórica a respeito da situação normativa da matéria:

- 1) A Lei n. 5.468/71, no caput e inciso I, e no art. 8º, caput e inc. I e III, atribuíram ao Ministério da Fazenda a competência para regulamentar as atividades das administradoras de consórcio.
- 2) Com base na Lei n. 5.768/71, foi editado o Dec. nº 70.951/72, que em seus arts. 39 e 42, estabeleceu limites para as despesas de administração cobradas pelas administradoras de consórcio. Confira:

Dec. nº 70.951/72. Art. 42. As despesas de administração cobradas pela sociedade de fins exclusivamente civis não poderão ser superiores a doze por cento (12%) do valor do bem, quando este for de preço até cinquenta (50) vezes o salário-mínimo local, e a dez por cento (10%) quando de preço

superior esse limite. § 1º. As associações civis de fins não lucrativos e as sociedades mercantis, que organizarem consórcio para aquisição de bens de seu comércio ou fabrico, somente poderão cobrar as despesas de administração efetiva e comprovadamente realizadas com a gestão do consórcio, no máximo até à metade das taxas estabelecidas neste artigo.

Dec. nº 70.951/72. Art. 39. O Ministério da Fazenda, visando adequar as operações de que trata o artigo 31 às condições de mercado ou da política econômica financeira, poderá fixar disposições diferentes das previstas neste Regulamento quanto a: limites de prazo, de participantes, de capital social e de valores dos bens, direitos ou serviços; normas e modalidades contratuais; percentagens máximas permitidas a título de despesas administrativas; valores dos prêmios a distribuir.

- 3) Posteriormente, a Lei n. 8.177/91 (art. 33), retirou do Ministro da Fazenda a competência para normatização das operações de consórcio e atribuiu ao BACEN. *Verbis:*

Lei n. 8.177/91. Art. 33. A partir de 1º de maio de 1991, são transferidas ao Banco Central do Brasil atribuições previstas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, no que se refere às operações conhecidas como consórcio, fundo mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza. Parágrafo único. A fiscalização das operações mencionadas neste artigo, inclusive a aplicação de penalidades, será exercida pelo Banco Central do Brasil.

- 4) Em novembro de 2006, o BACEN expediu portaria na qual afirmou expressamente que o art. 42 do Decreto n.º 70.951/72 estava derogado em razão da Lei nº 8.177/91. No particular, o BACEN, ao exercer sua competência normativa decorrente da Lei nº 8.177/91 (que lhe transferiu a incumbência de regulamentar o regime relativo aos consórcios), o BACEN dispôs que a taxa de administração será fixada pela administradora, no contrato de adesão (artigo 34 do regulamento anexo à Circular nº 2.386/93 e artigo 12, 3º, do regulamento anexo à Circular nº 2.766/87).

À luz do exposto, podemos concluir que não existe " vácuo normativo ", já que o BACEN realizou o Poder Regulamentar (que lhe fora assegurado pela Lei nº 8.177/91), conferindo às administradoras total liberdade para a fixação da taxa de administração. [4]

Vale dizer: o BACEN, em seu papel de órgão regulador e fiscalizador dos consórcios, optou por não fixar patamar máximo para as taxas de administração, dando liberdade para as administradoras de consórcio para fixar a respectiva taxa de administração. Sendo assim, não há ilegalidade ou abusividade no fato de a administradora cobrar taxa de administração superior a 10%. Nesse sentido foi criada a Súmula 538 do STJ, que ganhou a seguinte redação:

STJ-Súmula 538: As administradoras de consórcio têm liberdade para estabelecer a respectiva taxa de administração, ainda que fixada em percentual superior a dez por cento.

CONCLUSÃO

O artigo 42 do Dec. nº 70.951/72 fixava limites percentuais para a taxa de administração cobrada pelas administradoras de consórcio (10% e 12%). Este dispositivo foi derogado em razão da Lei nº 8.177/91, que transferiu para o BACEN a incumbência de regulamentar o regime relativo aos consórcios.

Por sua vez, o BACEN, como órgão regulador e fiscalizador dos consórcios, dispôs que a taxa de administração será fixada pela administradora, no contrato de adesão. Veja-se que o BACEN optou por não fixar patamar máximo para as taxas de administração, dando liberdade para as administradoras de consórcio para fixar a respectiva taxa de administração. Vale dizer: é livre o ajuste da taxa de administração por parte da administradora de consórcios, não havendo que se falar em ilegalidade ou abusividade da taxa contratada superior a 10%.

Notas:

[1] Cf. HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Sales. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 2ª reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, pág. 811.

[2] Cf., nesse sentido, dentre tantos outros: TJ-PR - AC: 7460637 PR 0746063-7, Relator: Lauri Caetano da Silva, Data de Julgamento: 01/06/2011, 17ª Câmara Cível, julgado em 01/06/2011.

[3] Cf. STJ - REsp 1114606 PR, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 2ª Seção, DJe 20/06/2012

[4] Cf., nessa linha: STJ – Voto do Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO no EREsp 992740 RS, 2ª Seção, DJe 15/06/2010

MEDIDAS PROVISÓRIAS AO LONGO DA EXPERIÊNCIA POLÍTICA E CONSTITUCIONAL BRASILEIRA COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO DE AFERIÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE EXECUTIVO E LEGISLATIVO

ESDRAS SILVA PINTO: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Processo Civil pelo Instituto Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O presente artigo faz um estudo histórico sobre o passado, o presente e o futuro das medidas provisórias ao longo da experiência política e constitucional brasileira, a fim de demonstrar serem elas um importante instrumento de aferição das relações entre Executivo e Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito; Legalidade; Normas jurídicas primárias, Poder Legislativo; Poder Executivo; Medida provisória; Constituições Federais; Proposta de Emenda à Constituição n. 70/2011.

INTRODUÇÃO

Na repartição das funções estatais, conferiu-se ao Poder Legislativo a responsabilidade pelo processo legislativo de elaboração de normas no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, na experiência política e constitucional brasileira, foram vários os momentos em que o Poder Executivo lançou-se a elaborar atos normativos primários, dotados de capacidade de inovação normativa, tais como decretos-leis ou medidas provisórias.

A partir da análise das medidas provisórias e de seus antecessores, os decretos-leis ao longo da experiência política e constitucional brasileira, é possível aferir as relações entre o Legislativo e o Executivo.

1. CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824

O Legislativo brasileiro já nasceu fraco em relação ao Executivo. O imperador, além do poder executivo, detinha também o poder moderador, no exercício do qual controlava a então Assembleia Geral, convocando-a ordinária e extraordinariamente, prorrogando e adiando suas sessões, podendo inclusive dissolver a Câmara dos Deputados (Constituição de 1824, art. 101).

Concorrentemente com os deputados e senadores, os ministros de Estado tinham iniciativa de lei, podendo inclusive participar de sua discussão e votação na Casa de que eram membros (Constituição de 1824, arts. 53 e 54).

2. CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891

Com a proclamação da República e a adoção do sistema de governo presidencialista, especialmente a partir da posse do primeiro presidente eleito em 1894, a relação entre o Legislativo e o Executivo alcançou relativo equilíbrio.

Além das competências legislativas e não legislativas que o então Congresso Nacional detinha no regime anterior, outras lhes foram acrescentadas, tais como: reunir-se independente de convocação e deliberar com exclusividade sobre a prorrogação e o adiamento de suas sessões (Constituição de 1891, art. 17); aprovar as nomeações presidenciais aos cargos de membro do Supremo Tribunal Federal, de membro do Tribunal de Contas e de ministro diplomático (Constituição de 1891, arts. 48 e 89); receber denúncia contra o presidente da República e julgá-lo, juntamente com os ministros de Estado, por crime de responsabilidade (Constituição de 1891, arts. 52 e 53), bem assim os membros do Supremo Tribunal Federal (Constituição de 1891, art. 57); resolver definitivamente sobre os tratados e autorizar o Executivo a declarar guerra e a fazer a paz (Constituição de 1891, art. 34).

Em compensação, o chefe do Executivo continuava a convocar extraordinariamente o Congresso (Constituição de 1891, art. 48), a apresentar projetos de lei (Constituição de 1891, art. 29)^[1] e a sancionar os projetos de lei aprovados pelo Congresso. O veto do Executivo aos projetos de lei aprovados pelo Legislativo, porém, passou a ser somente expresse (Constituição de 1891, art. 37).

3. CONSTITUIÇÃO DE 1934

Com a revolução encabeçada por Getúlio Vargas em 1930, menos de quarenta anos depois, a balança voltou a pender para o lado do Executivo.

Até a promulgação da Constituição de 1934, Vargas governou por decretos-leis (PINTO, 2009). Esta última Constituição, por sua vez, elaborada sob os auspícios de Vargas, manteve a ascendência do Executivo sobre o Legislativo.

O presidente da República passou a deter a exclusividade na iniciativa de certas leis, inclusive orçamentárias (Constituição de 1934, arts. 41 e 50).

Ademais, o Senado perdeu a competência para julgar o presidente da República, os ministros de Estado e os ministros do Supremo Tribunal Federal. Essa atribuição foi transferida para um tribunal especial, constituído de três ministros do Supremo Tribunal Federal, três membros da Câmara dos Deputados e três membros do Senado. Até mesmo a decisão de receber a denúncia contra o presidente da República podia ser transferida para esse tribunal especial, caso a Câmara dos Deputados sobre isso não deliberasse no prazo de trinta dias (Constituição de 1934, arts. 58, 61 e 75). A Câmara dos Deputados e o Senado sequer podiam mais decretar a perda do mandato de seus membros. Tal atribuição foi transferida para o recém-criado Superior Tribunal Eleitoral, então denominado “Tribunal Superior da Justiça Eleitoral” (Constituição de 1934, arts. 33 e 39).

Em contrapartida, o Legislativo ganhou a competência para julgar as contas e fixar os subsídios do presidente da República (Constituição de 1934, art. 40), criar comissões de inquérito e convocar ministros de Estado (Constituição de 1934, arts. 36 e 37).

4. CONSTITUIÇÃO DE 1937

Finalmente, a Constituição de 1937, outorgada por Vargas, dissolveu a Câmara dos Deputados e o Senado Federal e autorizou o presidente da República a governar por decretos-leis, o que Vargas voltou a fazer até ser destituído por seus ministros militares em 29 de outubro de 1945.

Essa Constituição, apelidada de “polaca”, permitia ainda a Vargas editar decretos-leis sobre as matérias de competência da União, com as exceções previstas em seu art. 13, entre as quais se incluíam as reformas constitucionais, a legislação eleitoral, os impostos e o orçamento.

Em todo caso, o presidente da República podia livremente editar decretos-leis sobre a organização do governo, da administração pública e das Forças Armadas (Constituição de 1937, art. 14).

5. CONSTITUIÇÃO DE 1946

Com a promulgação da Constituição de 1946, a relação entre o Legislativo e o Executivo foi reequilibrada.

O presidente da República não mais podia legislar por decretos-leis, sua competência regulamentar voltou a circunscrever-se aos limites da lei e seu poder de diretamente interferir no processo legislativo foi suprimido, assim como perdeu a prerrogativa de propor emendas à Constituição a ele atribuída pela Constituição de 1937 (Constituição de 1946, art. 217).

O chefe do executivo, entretanto, manteve a exclusividade da iniciativa de certas leis, inclusive orçamentárias (Constituição de 1946, arts. 67 e 87).

No que concerne às demais funções, o Congresso recuperou a prerrogativa de julgar as contas do presidente da República, então em votação secreta, e de fixar seus subsídios (Constituição de 1946, art. 66, c.c. art. 43), bem como de criar comissões de inquérito (Constituição de 1946, art. 53).

6. CONSTITUIÇÕES DE 1967 E 1969

Com o golpe militar de 1964 e a edição de sucessivos Atos Institucionais que alteraram substancialmente a Constituição de 1946, alterações mais tarde incorporadas às Constituições de 1967 e 1969, a balança voltou a pender para o lado do Executivo.

Por força do Ato Institucional n. 5/1968, decretado o recesso do Congresso Nacional, o presidente da República assumia o poder de legislar sobre toda e qualquer matéria.

Além disso, foram reintroduzidos, com nova roupagem, os decretos-leis. O presidente da República, teoricamente em casos de urgência ou de interesse público relevante, desde que não resultasse em aumento de despesa, podia editar decretos com força de lei, inicialmente apenas sobre segurança nacional e finanças públicas; mais tarde, a Constituição de 1969 adicionou a criação de cargos públicos e a fixação de vencimentos. Uma vez publicado, o decreto tinha vigência imediata. A partir daí o Congresso dispunha de sessenta dias para aprova-lo ou rejeitá-lo, esgotados os quais, sem deliberação, operava-se uma espécie de aprovação tácita (Constituição de 1967, art. 58; Constituição de 1969, art. 55).

Posteriormente, visando a atenuar o caráter autoritário da medida, a Emenda Constitucional n. 22/1982 estabeleceu que, na falta de

deliberação no prazo fixado, o decreto-lei fosse incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subsequentes, em dias sucessivos. Somente após isso, se ainda não tivesse sido apreciado, era que o decreto-lei estava definitivamente aprovado. Afora isso, o presidente da República podia enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, podendo determinar que fossem apreciados no prazo máximo de 45 dias pela Câmara dos Deputados e em igual prazo pelo Senado, esgotados os quais, sem deliberação, eram tidos por aprovados.

O presidente da República podia igualmente atribuir urgência aos projetos de lei de sua autoria, caso em que eles tinham de ser apreciados em apenas quarenta dias em sessões conjuntas do Congresso (Constituição de 1967, art. 54; Constituição de 1969, art. 51).

Mais adiante, de novo visando a mitigar o caráter autoritário da medida, a Emenda Constitucional n. 22/1982 estabeleceu, para a apreciação congressional desses projetos de lei, o mesmo procedimento que determinou para o exame dos decretos-leis: esgotados os prazos, os projetos eram incluídos automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subsequentes, em dias sucessivos; somente após isso, se ainda não tivessem sido apreciados, os projetos eram havidos por definitivamente aprovados.

Ademais, a competência do presidente da República de iniciar com exclusividade as leis foi ampliada consideravelmente,^[2] recuperando o chefe do Executivo a prerrogativa de propor emendas à Constituição (Constituição de 1967, arts. 50, 60 e 67; Constituição de 1969, arts. 50, 57 e 65).

7. CONSTITUIÇÃO DE 1988

Finalmente, com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, a relação entre o Legislativo e Executivo foi outra vez reequilibrada.

Os constituintes do período 1987-1988, ao mesmo tempo em que procuraram fortalecer a representação política por meio do Congresso Nacional, buscaram assegurar a governabilidade, evitando assim a instabilidade política que caracterizou o período democrático de 1946 a 1964. Os poderes legislativos do presidente da República foram, portanto, conservados basicamente intactos.

O presidente da República continua legislando por decreto, ainda que com maiores limitações.

Em caso de relevância e urgência, pode editar medida provisória com força de lei. Inicialmente, não havia qualquer restrição material à adoção dessas medidas, que perdiam a eficácia se não fossem aprovadas pelo Congresso Nacional no prazo de trinta dias contado de sua publicação (Constituição de 1988, art. 62, na redação original). Foi suprimida, destarte, a possibilidade de aprovação tácita. O presidente, todavia, podia infundavelmente reeditar a medida provisória que perdesse a eficácia por decurso de prazo. Mais tarde, entretanto, a Emenda Constitucional n. 32/2001 impôs várias limitações materiais ao poder do chefe do Executivo de adotar medidas provisórias e ampliou para 120 dias o prazo dentro do qual o Congresso deve apreciá-las,^[3] além de vedar expressamente a reedição de medidas rejeitadas ou que tenham perdido a eficácia por decurso de prazo. Em compensação, estabeleceu que, não examinadas no prazo de 45 dias, as medidas provisórias entram em regime de urgência, sobrestando as demais deliberações legislativas. A decisão do então presidente da Câmara Michel Temer na Questão de Ordem n. 411/2009, referendada pelo ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 27.931-1, no entanto, praticamente suprimiu o instituto do sobrestamento no âmbito da Câmara dos Deputados. Por força daquela decisão, a não apreciação de medidas provisórias no prazo constitucional somente sobrestam as deliberações sobre matéria que possam ser objeto de tais medidas. O sobrestamento, portanto, não alcança propostas de emendas à Constituição, projetos de lei complementar, projetos de decreto legislativo, projetos de resolução e até mesmo projetos

de lei ordinária que disponham sobre matérias que não possam ser objeto de medidas provisórias (PINTO, 2011).

Afora isso, a competência exclusiva do presidente da República de iniciar leis, sensivelmente ampliada no regime anterior, foi mantida basicamente com a mesma amplitude no atual regime, assim como foi conservada a prerrogativa do chefe do Executivo de iniciar reformas da Constituição (Constituição de 1988, arts. 60 e 61, § 1º).

De igual modo, foi mantida a competência do presidente da República de atribuir urgência aos projetos de lei de sua autoria. Esgotado o prazo constitucional, opera-se o trancamento da pauta na Casa em que se encontrar tramitando a matéria, não sendo mais tais proposições aprovadas por decurso de prazo (Constituição de 1988, art. 64, §§ 1º ao 4º).

Por derradeiro, o presidente da República segue abrindo créditos extraordinários por meio de medidas provisórias. A simples leitura das ementas das inúmeras medidas provisórias editadas com esse fim é bastante para levar à conclusão de que o chefe do Executivo não vem observando o disposto no art. 167, § 3º, da Constituição de 1988, nos termos do qual “a abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade”. O Supremo Tribunal Federal, sem embargo, tem suspenso, por meio de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia de tais medidas provisórias, a exemplo do que ocorreu com a Medida Provisória n. 405/2007 (ADI n. 4.048).[\[4\]](#)

8. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 70/2011

Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, pronta para inclusão na ordem do dia do Plenário, a Proposta de Emenda à Constituição n. 70/2011, que altera o procedimento de apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional.

Uma das principais alterações propostas cria um juízo de admissibilidade das medidas provisórias, que passaria a ser exercida pela Comissão de Constituição e Justiça de cada Casa do Congresso.

Nos termos da Proposta de Emenda à Constituição n. 70/2011, inadmitida a medida provisória pela Comissão, ela é transformada em projeto de lei em regime de urgência, caso em que as relações jurídicas decorrentes devem ser disciplinadas por decreto legislativo.

Difere, portanto, da Proposta de Emenda à Constituição n. 511/2006, aprovada em primeiro turno pela Câmara dos Deputados, na forma da qual as medidas provisórias somente ganhariam força de lei depois de admitidas pela Comissão de Constituição e Justiça da Casa do Congresso em que iniciasse sua apreciação.

Priorizada pelo atual presidente da Câmara, a Proposta de Emenda à Constituição n. 70/2011, se aprovada, causaria maior instabilidade jurídica, inclusive em relação ao regime atual. Isso porque uma medida provisória, ao ser editada, ganharia força de lei, alterando o *status quo*. Contudo, em seguida, poderia perder essa condição caso fosse inadmitida pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o que resultaria em nova alteração no *status quo*. O *status quo*, por sua vez, estaria sujeito a uma nova alteração posteriormente, na hipótese de o projeto de lei, no qual se convertera a medida provisória, venha a ser aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo presidente da República.

CONCLUSÃO

Observa-se, a par de todo o exposto, que as medidas provisórias constituem em importante instrumento de aferição da relação entre Legislativo e Executivo, as quais só podem ser adequadamente entendidas no arcabouço dessa relação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PINTO, Julio R. S. *Poder Legislativo brasileiro: institutos e processos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Sistema político e comportamento parlamentar*. Brasília: Consulex, 2011.

NOTAS:

[1] Na verdade, como já se viu, no regime anterior eram os ministros de Estado que tinham iniciativa legislativa.

[2] A Emenda Constitucional 11/1978 possibilitou que o orçamento fosse aprovado por decreto-lei, que não permitia ser emendado.

[3] Na verdade, a Emenda Constitucional n. 32/2001 fixa o prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período. Porém, como essa prorrogação é automática, o prazo efetivamente é de 120 dias.

[4] De acordo como ministro Celso de Mello, entre 1º de janeiro de 2007 e 17 de abril de 2008, o governo editou 23 medidas provisórias abrindo créditos extraordinários que somaram cerca de R\$ 62,5 bilhões ou mais de dez por cento do orçamento da União de 2007, desconsiderada a dívida pública (ADI n. 4.048).

A ÉTICA DO ADVOGADO NO MERCADO DE TRABALHO

LESIMÔNIA SOARES COSTA: Bacharelanda na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Paripiranga - AGES.

RESUMO: O presente artigo tem como azo, nortear o advogado, sem delongas, pelo senso ético-profissional no mercado de trabalho, também como, desmistificar os integrantes da Ordem, uma vez que, afastados do seu caráter ético, perdem dinheiro, prerrogativas, status, clientes e são suspensas as carteiras da OAB. Neste diapasão, é de peso, aferir as condutas quando o mais importante é a sobrevivência num mundo globalizado e competitivo. Desse crivo, arrumar emprego torna-se difícil porque o juiz algoz denominado sociedade não tem piedade nenhuma em macular a imagem-atributo dos seus integrantes diante de aquisições profissionais nas contratações pelo RH de empresas e comércio.

PALAVRAS-CHAVE: ética; advocacia; profissão; estatuto; mercado.

1 INTRODUÇÃO

Ética é ramo da filosofia dedicado, a assuntos morais e o vocábulo deriva-se do grego significando aquilo que pertence ao caráter. Portanto, ética é uma filosofia desde quando começa a especulação onde concepções como as de responsabilidade e vontade, tomadas como objetos últimos de aprovação ou desaprovação moral são encontradas em operação. Consequentemente, podemos dizer que, a advocacia é aquela profissão mais apta, a representar clientes, judicialmente, cabendo-lhe, a função de informar-lhes seus direitos e pleiteá-los em juízo. Por isso que, o advogado ao atuar em sua profissão deve estar ancorado por princípios éticos porque é essencial, à administração da justiça não sendo permitida, à parte, a autopostulação de modo que, mesmo a parte conhecendo seus direitos, será necessário, fazer-se representar em juízo, por um bacharel da Ordem dos Advogados. Nesse sentido, as condutas dos advogados perante os órgãos da administração pública, colegas e demais clientes devem, dentre outras, respeitar a Lei 8.906 de 4 de julho de 1994, a qual dispõe sobre a OAB, bem como, respectivo Código de Ética e Disciplina

daquela autarquia *sui generis*. Portanto, as condutas de advogados que orientam clientes a mentirem é exemplo do mau profissionalismo revelado pelo estudo de caso, o qual recebe sanções disciplinares dispostas na OAB, tais quais: suspensão, interdição, censura, multa e exclusão. Isso quer dizer que, o advogado em questão será penalizado, pagando multa relativa a uma anuidade; interdição em todo território nacional por prazo de 30 dias a um ano ou ainda ganhará advertência. Entretanto, havendo indício de suposta falta ética é garantir o previsto pelo Código de Ética e Disciplina. Os advogados que mandaram Suzana Von Richthofen mentir sobre os partícipes nos crimes dos seus genitores alemães: Marísia e Manfredo Von Richthofen, na realidade, ao invés de ampararem, legalmente, sua cliente, queriam que a ré e parricida mentisse para a justiça acerca dos envolvidos. Todavia, é necessário entender que, o exercício de advogar é prática de interceder por alguém e defendê-lo legitimamente, portanto, não é só ter provas periciais e laudos técnicos para ganhar a causa porque o mais importante é andar de acordo com a justiça.

Não é à toa que, no Brasil, a atividade advocatícia veio pelo advento das Ordenações Afonsinas e Manuelinas, esta última, estabelecendo que, quem tivesse cursado Direito Civil ou Canônico por oito anos, iria exercer tal atividade se tivesse estudado na Universidade de Coimbra, sujeitando os infratores, a penas severas ao inadimplemento da norma. Daquela momento até os dias de hoje, a advocacia adquiriu vários acervos e vem deslançando, inovando, desenvolvendo-se ao satisfazer os anseios sociais. Com isso, hodiernamente, o bacharel sem ética profissional e afastado do caráter ético sentir-se-á um derrotado porque ética e profissionalismo, andam de mãos dadas num mundo cada vez mais competitivo onde qualidade é questão de sobrevivência. Portanto, em tempos não muito éticos como os nossos, podemos até dizer que, fazer dinheiro é mais importante que trabalhar, que fins justificam meios e vantagem é instrumento principal; só que, o mais valioso é garantir nosso futuro e segurança, o que resultará numa gama de clientes para reconhecimento profissional.

Por isso, Código de Ética e Disciplina condiz com as principais regras deontológicas das quais se esclarecem limites entre relações de clientes, sigilo, publicidade, mas ainda, toda profissão tem seu próprio Código Ético. Assim sendo, honorários também são tema de alerta num dos capítulos e o segundo título do Código debate sobre processo disciplinar, atribuições do Tribunal, procedimentos e punição aos infratores. Para tal, o Tribunal de Ética e Disciplina é órgão responsável pela orientação do profissional e julgamento dos processos disciplinares. Um fator salutar é a universalização dos direitos humanos, a qual não caminha no sentido da globalização e finanças mundiais porque estão vinculadas à lógica dos lucros, concentração de riquezas, desvinculadas de qualquer compromisso com a realização do bem-estar, bem comum e condutas éticas. Isso quer dizer que, muitas vezes estamos preocupados só em ganhar dinheiro, deixando de lado, ética profissional de efeito erga omnes.

2. A INDISPENSABILIDADE DA ÉTICA NO MERCADO DE TRABALHO

Entretanto, questões envolvendo advogado-cliente, honorários e sanções, a OAB frente ao Conselho Federal alerta bacharéis para não contrariarem o Código no exercício de sua função. Portanto, é cediço que, para haver êxito é necessário estrito cumprimento do Código, o qual resulta na evolução da carreira do jurista. Efetivamente, este documento implicará na sua vida condizendo com relacionamentos, deveres, direitos e honradez na profissão. Denota-se que, ética exige comprovação, indo além do campo normativo porque seu significado é amis do que aquilo que está previsto sendo uma filosofia ou ciência porque toda ciência exige aprofundamentos. A ética ainda pode fundamentar o comportamento moral após comprovada a relação. Entretanto, as queixas de ética profissional são frequentes porque a sociedade contemporânea prestigia mais, àqueles que têm dinheiro e status. Nesse viés é que, o sucesso material passou a ser pessoal e almejado a todo custo sem pensar em ética, arraigado a juízos de valor, com isso, podemos dizer que:

A ganância levava-os a ignorar a lei. Um despejo legal levaria pelo menos mais trinta dias para realizar-se, o que teria destruído o negócio com os Correios. Mais trinta dias e as nevascas fortes teriam desaparecido; as ruas seriam um pouco mais seguras (GRISHAM, 1998, p.208).

Nisso, prevalece o desprezo pela massificação, permitindo a manipulação das pessoas no mercado de trabalho tudo para angariar fundos. Por conta de tais premissas, o advogado no mercado de trabalho deve ter os seguintes pressupostos para ser ético: Educação e respeito entre os funcionários; Cooperação e atitudes que visam ajudar os colegas; Divulgação de conhecimentos que possam melhorar o desempenho das atividades realizadas na empresa; Respeito à hierarquia na empresa; crescimento profissional sem prejudicar os colegas; Ações que visem clima positivo, Manter bom humor; Realização, apenas de tarefas relacionadas ao trabalho; Respeito às normas da empresa. Contudo, percebemos que, sem sombra de dúvidas, o advogado é o profissional mais comprometido com ética no mercado de trabalho.

Também como, ética, implica no conjunto de normas formadoras da consciência, representando imperativos de conduta, portanto, ser ético é cumprir valores preestabelecidos em sociedade. Senão porque, o paradoxo da contemporaneidade é o paradoxo da sociedade obsessivamente preocupada em proclamar lista crescente de direitos humanos. Isso porque essa lista só existe formalmente ou na lei, pois, devemos descer desse formalismo inoperante, levando tais direitos, à efetivação das práticas sociais. Para tal, sabemos que, cada profissão tem seu Código de Ética e não pode estar somente no papel deve ser operante. Sob este prisma, constata-se que, a preocupação nossa é mais com superficialidades e vantagens do que com as normas, princípios, regras de trabalho, enfim, o próprio Código.

Todavia, para conquista do reconhecimento profissional, devemos nivelar princípios a moral, recomendando o Código de Ética. Não

obstante, em relação ao mercado de trabalho, tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real. Isso porque, ética profissional não parte de valores absolutos ou atemporais, mas, consagra aqueles que são extraídos do senso comum, equilibradamente, como modelares para a correta conduta profissional.

Eram nove e vinte quando cheguei com o meu advogado ao Edifício Carl Moultrie, onde eram julgados os processos cíveis e criminais do distrito. Havia uma fila à porta da entrada principal, que avançava lentamente enquanto os advogados, os litigantes e os criminosos eram revistados e submetidos ao detector de metais. Lá dentro, o local parecia um jardim zoológico - um átrio cheio de gente nervosa e quatro andares de corredores ladeados por salas de audiências (GRISHAM, 1998, p.184).

Nesse sentido, são tópicos ou topoi, a expressão aristotélica que significa lugares-comuns nas condutas certas não sendo o mesmo que juízo de valor. Devido a isso, ética passou a ser objeto de regulamentação legal, os topoi convertem-se em normas jurídicas, obrigadas a todos profissionais inclusive do lócus advocatício. Aproveitando o gancho, estamos acostumados com o sofisma de que, pessoas fazem juízo de valor do advogado, ratificando que são espertalhões. Mas, sob este viés, Grisham (1998) enfatiza que, estamos levantando um número sem fim de processos. Os advogados de todo país estão atacando as leis. As malditas cidades estão gastando mais em honorários de advogados do que em abrigos para os sem-teto. Isso significa dizer que, alguns advogados recebem somas elevadas de dinheiro sem aferir, a qualidade dos seus serviços.

No entanto, para alcançarmos resultados, construir clientela e abrir horizontes, devemos agir de acordo com princípios éticos como conferido pela OAB. Dessa construção deve resultar, o aperfeiçoamento

como o advogado que se prepara para o mercado de trabalho desde quando é acadêmico. Tudo, aqui arrolado parece não ser eficaz quando parte para a prática porque, muitas vezes, o lucro passa a falar mais alto e acaba sendo a principal motivação mercantil. Por isso, profissionais imbuídos da má-fé, ganância e desonestidade contrariam princípios basilares do direito se aproveitando do *Jus Postulandi* para fazer fortuna sem se importunar com os métodos. Portanto, é necessário acentuar, a ética profissional que é parte da ética geral, entendida como ciência da conduta e não da ilicitude. Por isso, atualmente, o campo de atenção está voltado para objetivação da ética profissional, a qual se denomina deontologia jurídica que é o estudo dos deveres profissionais especialmente porquê de todas as profissões, a advocacia, é a mais presa, a valores éticos.

3. HIERARQUIA JURÍDICA

Nesse diapasão, o profissional deve valorizar-se, agindo com retidão e, deste modo, potencializar sua classe agindo eticamente sem contrariar a lei. Desse cunho, podemos denunciar o ambiente de trabalho nos Tribunais, o qual deve ser de menor *stress* possível e respeito porque tanto o advogado como toda a hierarquia jurídica precisa ser solidária, respeitando-se uns aos outros. Por isso, o vetor hierárquico é importante e está positivado na legislação se tratando de advogados, escrivães, tabeliães, delegados, magistrados, membros do Ministério Público, juristas, devendo todos tratar-se com consideração e mutualismo, *ex vi* artigo 6º da Lei 8.906/94. Isso significa que, não pode haver hierarquia em nenhum ramo profissional seja jurídico ou não porque os apetites humanos concebem inverter a norma universal, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas, atribuir o mesmo a todos, como se equivalessem entre si de acordo com o princípio da igualdade, pois:

A amizade perfeita é a dos homens que são bons e afins na virtude, pois, esses desejam igualmente bem um ao outro enquanto bons e são bons em si mesmos (ARISTÓTELES, 1991, p. 174).

Para tal, é preciso frisar que, o vencedor é aquele munido de atitudes éticas, valor referencial para os que preferem sucesso como meta primordial no trabalho. Se bem como, não estamos preocupados com a ascensão profissional quando o discurso é qualitativo da economia sobre o quantitativo, ou seja, existe mais preocupação com os lucros do que com a qualidade e honestidade. Daí, ética aparece em segundo plano porque desprezamos o tratar bem que não pode depender de circunstâncias, força maior, caso fortuito ou incidentes. Por isso, cabe à sociedade, destinar às instituições, papel de melhorar a qualidade de vida no trabalho, considerando que, hodiernamente, este é o melhor momento para potencializar o Estado democrático de Direito e concretizar direitos fundamentais, enveredando-se pelo caminho ético. Com isso, a ética do advogado tornou-se algo indispensável, tal qual, ao cobrar honorários moderados, prestar serviços justos, exercendo a função na comunidade sem negligenciar a Ordem (art. 36 do Código de Ética).

Desse ponto é que, Aristóteles (1991, p. 236) assoberba a sabedoria prática por meio do caráter virtuoso, já que, os princípios de tal sabedoria casam com as virtudes morais e a retidão moral concorda com esta. Sob o viés, devemos elucidar princípios que são normas implícitas, mais ainda, ética que se faz necessária no exercício da advocacia como requisito essencial para aqueles que buscam a aplicação plena da justiça. Disso, espera-se, as futuras gerações de advogados ou demais profissionais que tenham, a ética, não apenas como uma disciplina dos bancos da Faculdade de Direito, mas, como princípio basilar. Sendo assim, o mais importante é ter consciência limpa, procedendo de maneira ética, visando o bom exercício da advocacia para colher bons frutos.

4. O ADVOGADO QUE SEDUZ CLIENTES A MENTIREM NA JUSTIÇA

A análise arrolada até-m-se a ética, mas ainda, a moral que não pode ser deixada de lado, uma vez que, é status construída, a partir de valores históricos, consuetudinários, culturais e religiosos. Por isso, ambas são indispensáveis, à carreira do advogado sendo moral, a amostragem das pessoas perante os obstáculos e ética, juízo de valor do ramo

advocático. Por outro lado, podemos dizer que ética é ciência de princípios em uma sociedade de grupos sendo fator de tessitura social e moral aquilo que a sociedade acha a respeito de outro. Não obstante, no estudo de caso de 100% foi ressaltado que, cabe à Seccional da entidade onde está inscrito o advogado faltoso, aferir e punir a falta, cabendo ao Conselho Federal da OAB, intervir em grau de recurso. Portanto, os advogados de Suzana que a seduziu para mentir no acerca dos acusados nos crimes; se apurada a responsabilidade, a OAB poderá puni-los porque a ética é premissa da advocacia. Por isso, ética é o estudo geral do justo ou injusto, adequado ou inadequado e um dos seus objetivos é a busca por justificativas para as regras da moral e do direito.

Cada pessoa é um Marco Polo, por isso, mude de rota, cidade, relações pessoais, viaje sem temer o caminho, pois, longe é o lugar que não existe. Na curiosidade de conhecer o mundo, teste o gosto de todas as comidas nas paradas, amando o desconhecido. Para tanto, odeie o imobilismo e o conformismo (BUARQUE, 2012, p. 51).

No entanto, é pela insistência humana que se caracteriza a ética onde vantagens são ganhas no ambiente de trabalho, tais quais: Maior nível de produção na empresa; Favorecimento de um ambiente de trabalho harmonioso e Aumento da confiança entre funcionários. Em contraposição, no tangente ao discernimento das coisas, dados hodiernos apontam para insatisfação profissional no mercado de trabalho e algo precisa ser feito diante dessa tamanha crise de desânimo, ócio, revolta, sedentarismo e imobilismo. Mais ainda, muitas empresas adotam estratégias, conferindo que, o que aparenta ser uma estratégia pode não ser algo fácil. Isso por que, os primeiros e mais importantes passos em toda e qualquer medida é tomar conhecimento sobre estrutura, pontos positivos e negativos, custos e perfil da equipe para bons rendimentos. Desse prisma, cada profissão ou ramo exige uma medida específica e aquele que tiver conhecimento da situação é que consegue seu êxito.

Não devemos cortar as asas dos nossos sonhos na tentativa de fazê-los possíveis porque o mundo está cheio de pessoas com tesouras cortando asas de sonhos BUARQUE, 2012, p.8 apud FREIRE).

Assim sendo, é preciso esclarecer que, ética profissional permanece válida a todo custo e até comportamentos antiéticos entre líderes abalam o clima organizacional, prejudicando o rendimento da equipe no trabalho. Já, subordinados descontentam colegas, quebram círculos, diminuem o companheirismo, no entanto, é imprescindível saber que, o Código de Ética que está em estudo no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pode limitar o mercado de trabalho dos profissionais. Por isso, a advocacia oferece sempre uma gama de possibilidades aos profissionais como as licitações por intermédio de concursos públicos sendo preciso estar atualizado diante das mudanças, a que o Direito está submetido.

Concomitantemente, entre as mudanças hodiernas, são de valia os mecanismos utilizados para solução dos conflitos porque o Direito está sempre acompanhando as nuances sociais e existe em prol disso, encontrar a justiça e paz sociais. Para tal, o Direito tem função de descongestionar o judiciário, celeridade e economia processuais, também como, suavidade na carreira dos magistrados para ajudar a sociedade nos conflitos de interesse. Portanto, o Balcão de Justiça e Cidadania ou Justiça Gratuita cria alternativas à população, maneira de tornar a vida menos onerosa e morosa para aqueles que precisam da garantia do princípio da ação. Hoje, o melhor caminho é evitar os litígios, honorários exorbitantes, morosidade da justiça e custas judiciais. Portanto, é acertado procurar a paz como meio para solução dos conflitos e comportamentos éticos numa sociedade controversa e conflitante como a contemporânea.

5. CONCLUSÃO

Algumas conclusões podem ser retiradas das obras arroladas neste trabalho e a primeira é que a figura do advogado se encontra por

trás do profissional com reputação ilibada, notável saber jurídico, cobrador de honorários moderados, não incentivador de mentiras ou condutas antiéticas. Ao invés, o advogado contumaz é aquele que exerce seu exímio papel de prestador de serviços na função essencial da justiça, trabalhando em prol do bem comum para ser reconhecido, o que acaba sendo extremamente relevante porque resulta em prerrogativas e ganhos. Em suma, o estudo de caso tratado é bastante ilustrativo para quem vai exercer ou já exerce a carreira de advogado porque todo jurista deve agir eticamente e o profissional que incentivou a parricida, Suzana a mentir sobre a participação dos envolvidos, faz a OAB jamais negligenciar o Código de Ética e Disciplina que é corolário da advocacia e dar advertência aos infratores. Por isso, não se pode defender, a advocacia, direito do cidadão, quando deixamos de lado, normas, princípios como do ápice axiológico da pirâmide constitucional que é da dignidade da pessoa humana. Nesse fulcro, a OAB sempre está evidenciando casos em que advogados orientam clientes, nas audiências, a faltarem com a verdade, sobressaltando valores da Organização com aplicação sanções como suspensões, multas, censuras.

Já, a segunda conclusão do trabalho é que redimensionamos o profissionalismo pela constatação da ética no mercado de trabalho através das atitudes de bacharéis no atendimento ao público como métodos utilizados e resultados alcançados. E, falando do bem comum, o diálogo é sempre o melhor caminho para solução da lide em vez da judicialização e o contencioso. Senão porque, diante dessas arbitrariedades, procuremos os meios alternativos e mais éticos, para descongestionar o judiciário, tal qual, o Balcão de Justiça e Cidadania pelas conciliações, mediações, autocomposições e arbitragens. Tais mecanismos tem a função primordial da celeridade e economia processuais para aqueles em estado de hipossuficiência econômica, assumindo o papel do Estado-juiz. Destarte, profissionalismo, deve provir do binômio, competência e técnica, suscitando a ética, para assim chegarmos a um final apoteótico. Portanto, profissionais imbuídos de boa-

fé só conseguem lugar ao sol quando demandarem a respeito da ética em sua profissão seja no seu escritório seja em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco; Poética*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991

BUARQUE, Cristovam. *Reaja*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012

GRISHAM, John. *O advogado*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998

SANTOS, José Wilson dos. *Manual dos Trabalhos Acadêmicos: Artigos, Ensaios, Fichamentos, Relatórios, Resumos e Resenhas*. Aracaju: Sercore, 2007

APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS

CRISLAYNE SILVA BENTES: Acadêmica do curso de direito da faculdade Estácio de Macapá, campus Seama.

ADRIANA ANGELIM: orientadora, docente do curso de Direito da Faculdade Estácio de Macapá - AP especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil.

RESUMO: O presente artigo científico visa discorrer acerca do instituto da Lei de Improbidade Administrativa aplicada aos agentes políticos. Tal lei objetiva a tutela do patrimônio público e da moralidade, impondo aos agentes públicos e aos particulares, padrão de comportamento probó. Tendo como objetivo principal, realizar um estudo sobre um recente entendimento do Supremo Tribunal Federal (Reclamação n. 2.138/DF) que retira do polo passivo da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) os agentes políticos quando estes praticam atos de improbidade, o que acarretou, de certa forma, considerável retrocesso no que diz respeito à atuação do Estado no combate a tais ilícitos, analisando-se assim, os aspectos históricos da Lei de Improbidade, sua evolução no ordenamento jurídico e sua importância nos dias atuais, com embasamento na Constituição Federal e doutrina correlata, com ênfase nos princípios da administração pública, principalmente no Princípio da Moralidade, um dos pilares da Lei n. 8.429/92.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Responsabilidade, Agentes Políticos.

ABSTRACT: This research paper aims to argue about the Administrative Misconduct Law Institute applied to politicians. Such an objective law the protection of public property and morality by requiring public officials and private individuals, honest behavior pattern. Its main objective, conduct a study on a recent understanding of the Supreme Court (complaint no. 2138 / DF) that removes the defendant of Law n. 8429/92 (Administrative Misconduct Law) political actors when they practice acts of

misconduct, leading to, in a way, considerable setback with regard to state action to combat such unlawful, analyzing thus aspects the historical Misconduct Act, its evolution in the legal system and its importance today, with basis in the Constitution and related doctrine, emphasizing the principles of public administration, especially in the Principle of Morality, one of the pillars of Law n. 8.429 / 92.

KEYWORDS : Administrative Misconduct Law, Responsibility Law, Political Agents.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de probidade, improbidade e histórico da legislação brasileira sobre improbidade administrativa. 2. Lei 8.429/92 – aspectos gerais. 2.1. Base constitucional. 2.2 Sujeitos da lei de improbidade administrativa. 2.3. Sanções da lei n. 8.429/92. 2.4. Natureza jurídica das sanções. 3. Reclamação constitucional n. 2.138-6/DF. 4. Da aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos. 4.1. Distinção entre a lei n. 8.429/92 e a lei n. 1.079/50. 4.2. Violação ao princípio da isonomia. 4.3. Inaplicabilidade da lei 8.429/92 – retrocesso social. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A improbidade é um dos infortúnios da máquina administrativa e um dos aspectos negativos da má administração, fatos que acompanham o homem em sua trajetória no tempo. Segundo Bezerra Filho (2014) o ato de improbidade retrata a noção de desonestidade, de má-fé e ilegalidade que importa em auferimento de vantagem ilícita ou que resulta em prejuízo ao erário ou que atenta contra os princípios norteadores da administração pública.

Todo agente público tem a obrigação legal de servir a administração com honestidade, procedendo no exercício de suas

funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira oferecer.

O objetivo do legislador ao criar a Lei n. 8.429/92, foi combater justamente esses atos que lesionavam, de alguma forma, o bom funcionamento da administração pública. Essa importante lei regula o disposto no art. 37, §4º da CRFB/88 e vem sendo utilizada em todo o país para a responsabilização de inúmeros agentes públicos e autoridades de todas as esferas federativas.

Ocorre que, uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal retira do polo passivo da Lei 8.429/92 os agentes políticos, quando estes praticam atos de improbidade, embora inexista previsão constitucional a respeito.

O STF, na Reclamação n. 2.138/DF, que teve por relator o Ministro Nelson Jobim, em decisão de 12/06/2007, admitiu, por maioria mínima de votos (6 x 5), que os agentes políticos passíveis de responsabilização por crime de responsabilidade (Lei n. 1.079/50) estariam excluídos de serem processados por improbidade administrativa.

Em contramão a esse entendimento do STF, boa parte da doutrina defende a utilização da Lei de Improbidade Administrativa como ferramenta contra os atos ímprobos praticados por agentes públicos, inserido nesse rol os agentes políticos.

Uma das teses que defendem utilização da Lei n. 8.429/92 para responsabilizar tais agentes, é a argumentada por Fazzio Junior (2014), em que aduz que a Constituição não impede, mas até admite expressamente a duplicidade de regimes, sendo que nem todos os atos de improbidade previstos na Lei n. 8.429/92 estão tipificados como crimes de responsabilidade pela Lei n. 1.079/50.

Neste caminho, busca-se avaliar que não há norma constitucional que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. E que seria igualmente incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza.

O presente artigo tem por escopo, outrossim, discutir sobre a aplicabilidade da Lei de Improbidade administrativa aos agentes políticos, em virtude da análise das leis em comento, bem como das doutrinas relacionadas ao tema, e por fim, baseado no atual posicionamento dos Tribunais Estaduais, Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, sem todavia, esgotar o estudo do tema.

1. CONCEITO DE PROBIDADE, IMPROBIDADE E HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para assinalar o tema “Improbidade Administrativa” no Direito brasileiro e na sociedade, é indispensável haver uma retrospectiva histórica, no que diz respeito à origem e uso dessa expressão.

A probidade, na lição de Neves e Oliveira (2014), deriva do latim *probitate*, que significa aquilo que é bom, honrado, de boa-fé, íntegro.

Segundo os ensinamentos de Marcelo Figueiredo:

“A probidade, denominada **moralidade administrativa qualificada**, refere-se a determinado aspecto da moralidade administrativa. A probidade se encontra vinculada ao aspecto da conduta do administrador; assim, pode-se dizer que viola a probidade o agente público, no qual, em suas

tarefas e deveres cotidianos, atrita os denominados **tipos legais**” (FIGUEIREDO, 2000, p. 22).

A improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitae*, que significa imoralidade, desonestidade. Dessa maneira, administração ímproba representa administração de má qualidade.

Acerca da imoralidade administrativa, Di Pietro argumenta que:

“Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (DI PIETRO, 2013, p. 684).

Osório (2013) assevera que em diversos modelos comparados de direito, o termo improbidade é tido como uma espécie de má gestão pública que comporta atuações dolosas e culposas.

De acordo com os ensinamentos de Fazzio Junior (2014), no Brasil, desde a Proclamação da República em 1889, apenas em 1946 o direito constitucional brasileiro voltou-se para a necessidade de inserir entre seus postulados a prevenção e a correção do desvirtuamento da Administração Pública, pelos seus próprios agentes.

A primeira Constituição Republicana inicia a possibilidade de o Presidente da República ser responsabilizado por atos que

atentassem contra a probidade administrativa, conforme estabelecido no art. 54, VI e VII, da Constituição Republicana de 1891. Destaca-se, portanto, que essa previsão constitucional de responsabilização do Presidente da República necessitava de lei posterior que definiriam os efeitos, tratando-se então, de norma de eficácia limitada.

Ante a falta de força normativa da Constituição de 1891, suficiente para ordenar a administração da coisa pública, resultou a promulgação da Constituição de 1934, que simplesmente reapresentou os já referidos preceitos constitucionais anteriores, como por exemplo, em seu art. 57, alíneas *f* e *g*, reescreveu com as mesmas palavras o art. 54, VI e VII, da Constituição de 1891.

A Carta Magna de 1946 foi além, evoluindo no que concerne à probidade administrativa. Inovou ao determinar, no parágrafo 31 de seu art. 141, que a lei dispusesse sobre “o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”, prevendo a possibilidade de o Estado reaver legalmente, o dinheiro oriundo de malversação de verbas públicas, como bem colocado por Garcia e Alves:

“A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 inaugurou na história constitucional brasileira, a possibilidade de qualquer agente público ter seus bens perdidos ou sequestrados em razão de abuso de cargo público” (GARCIA E ALVES, 2014, p. 371).

Esse avanço, no entanto, não era munido de eficácia plena, necessitando, novamente, de lei posterior que lhe desse efeito. Foi nesse contexto que o Deputado Ari Pitombo, em 1951, propôs um projeto de lei para regulamentar o supracitado dispositivo, que veio a ser aprovado em 1º de junho de 1957, recebendo o n. 3.164, batizado como a Lei Pitombo – Godói Ilha.

Atribui-se a essa Lei alguns dos institutos mais relevantes sobre o tema, entre os quais o que possibilitava o sequestro e a perda de bens em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos por servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilização criminal.

Em 21 de dezembro de 1958, em complementação à Lei n. 3.164/57, foi promulgada a Lei n. 3.502, denominada Lei Bilac Pinto, que, por seu turno, regulou o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função e ainda enunciou no art. 1º, § 1º o conceito de servidor público, procurando esclarecer o termo para fins de identificação do sujeito ativo dos atos que importavam em enriquecimento à custa do patrimônio público.

A evolução, no que diz respeito à busca pela probidade na administração pública, veio com a promulgação da atual Constituição em 5 de outubro de 1988, uma vez que, ao reforçar os poderes do Ministério Público, dando-lhe atribuições para combater a má gestão e a corrupção, a Carta Magna de 1988 conferiu legitimidade aos seus membros para propor ações civis públicas contra atos de improbidade administrativa.

Nessa conjuntura, o §4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu as sanções para prática de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, representando um grande avanço em termos de punição aos agentes ímprobos. Ressalta-se, que tal dispositivo era uma norma de eficácia limitada, necessitando de regulamentação legal para atingir sua total aplicabilidade.

Visto que não havia projeto de lei visando a regulamentação do referido parágrafo, as leis Pitombo-Godói Ilha e Bilac Pinto foram recepcionadas quando da promulgação da Constituição de 1988,

porém, não se mostraram suficientes para coibir os atos de ímprobos na administração dentro desse novo cenário de moralidade administrativa e, assim, foi proposto um anteprojeto com 13 artigos que versavam unicamente sobre a coibição do enriquecimento ilícito por parte dos agentes públicos que, posteriormente, foi alterado através de substitutivos e resultou na aprovação da Lei n. 8.429/92 – a Lei de Improbidade Administrativa.

Discorrendo sobre a importância da Lei de Improbidade Administrativa, Alexandre de Moraes pontua que:

“A finalidade do combate constitucional à improbidade administrativa é evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois como já salientava Platão, a punição e afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretende fixar uma regra proibitiva, de que os servidores públicos não se deixem induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado” (MORAES, 2007, p. 311).

Não obstante, é de interesse geral da coletividade que a Administração Pública funcione de forma regular, garantindo à sociedade, segurança no trato com a coisa pública, bem como de estabelecer um padrão ético a ser seguido por todos os agentes públicos, exigindo a estrita observância aos princípios que regem a administração pública e o ordenamento jurídico pátrio, sendo então, a Lei de Improbidade Administrativa um dos mais importantes instrumentos de defesa desses interesses.

2. LEI 8.429/92 – ASPECTOS GERAIS

A Lei de Improbidade Administrativa visa a tutela do patrimônio público e da moralidade, impondo aos agentes públicos

e aos particulares, padrão de comportamento probo, ou seja, honesto, íntegro, reto.

O objetivo do legislador ao criar a Lei n. 8.429/92, foi combater justamente esses atos que lesionavam, de alguma forma, o bom funcionamento da administração pública.

A base constitucional da Lei de Improbidade Administrativa, seus sujeitos ativo e passivo, bem como as sanções e sua natureza jurídica serão estudados a seguir.

2.1 BASE CONSTITUCIONAL

A Carta Magna de 1988 trata em vários dispositivos da proteção voltada à probidade administrativa, prevendo vários instrumentos que possibilitam o controle popular e de legitimados específicos.

A previsão constitucional mais significativa quanto à proteção da probidade administrativa encontra-se no capítulo referente à Administração Pública, no art. 37, §4º da CRFB/88, que inovou no ordenamento jurídico brasileiro, ao impor ao legislador infraconstitucional a previsão de sanções àqueles que cometem atos de improbidade administrativa. Senão, veja-se o referido dispositivo constitucional:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A referida norma alcança a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes, em todos os entes da Federação, e trata-se de uma norma de eficácia limitada. Em 1992 ocorreu sua regulamentação com a edição da Lei nº 8.429/92, sendo de observância obrigatória para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Nesse sentido Fazzio Junior pontua, que:

“Dito alargamento horizontal dos casos de improbidade administrativa também implica sua verticalização, permitindo a seleção quantitativa das sanções proporcionais à dos respectivos atos, bem como introduzidos, no quadro de sanções aos atos de improbidade, penalidade política (perda da função pública), penalidade civil (multa civil) e penalidades administrativas (perda da função pública, interdição contratual e vedação de benefícios fiscais e creditícios)” (FAZZIO JUNIOR, 2014, p. 12).

Observa-se que a existência da lei não importou na extinção da corrupção na administração pública e a desonestidade dos agentes públicos, mas a norma veio garantir que o exercício da função pública pelo agente público, seja realizado em prol do povo, detentor do poder.

2.2 SUJEITOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os sujeitos da improbidade administrativa são as pessoas, físicas ou jurídicas, envolvidas com atuação ímproba e mencionadas na Lei 8.429/92.

O sujeito passivo é a pessoa que sofre o ato de improbidade administrativa, tais vítimas estão elencadas no art. 1º, caput e parágrafo único, da Lei 8.429/92, que estabelece:

*“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a **administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.***

*Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o **patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos**”.* (grifo nosso).

Esses são os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, ou seja, as pessoas que podem ser diretamente atingidas por tais atos.

O sujeito ativo, segundo a Lei 8.429/92, diz respeito às pessoas que podem praticar atos de improbidade administrativa e, assim sendo, sofrer as penalidades nela estabelecidas.

Tais atos, a priori, somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem auxílio de terceiros, assim dispondo o preceito que disciplina a matéria:

“Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

As normas da Lei de Improbidade Administrativa que descrevem os atos de improbidade administrativa e cominam as sanções correspondentes são endereçadas precipuamente aos agentes públicos. Entretanto, elas são aplicáveis, no que couber àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, conforme o art. 3º da Lei nº 8.429/92.

Assim, uma pessoa que não seja agente público pode ter sua conduta enquadrada na Lei 8.429/92 e sofrer as sanções nela estabelecidas. Observa-se que, isoladamente, essa pessoa não tem como praticar um ato de improbidade administrativa, visto que o texto legal apenas prevê três hipóteses em que isso pode ocorrer: quando a pessoa induz um agente público a praticar o ato ímprobo, ou; ela pratica um ato de improbidade junto com o agente público, ou; ela se beneficia de um ato de improbidade que não praticou.

O conceito de agente público para efeito de enquadramento na Lei 8.429/92 é muito bem esboçado por Neves e Oliveira (2014), quando lecionam, *in verbis*:

“A expressão “agentes públicos” possui conotação genérica e engloba todas as pessoas físicas que exercem funções estatais.

Os agentes públicos são responsáveis pela manifestação de vontade do Estado e a função pública, no caso, pode ser exercida de forma remunerada ou gratuita; definitiva ou temporária; com ou sem vínculo formal com o Estado.

Os agentes públicos podem ser divididos em, pelo menos, dois grupos: agentes públicos de direito e agentes públicos de fato.

Os agentes públicos de direito são as pessoas físicas que possuem vínculos jurídicos formais e legítimos com o Estado. São os agentes regularmente investidos nos cargos, empregos e funções públicas.

As espécies de agentes públicos de direito são: agentes políticos, servidores públicos (estatutários, celetistas e temporários) e particulares em colaboração (são aqueles que exercem, transitoriamente, a função pública e não ocupam cargos ou empregos públicos, como, por exemplo: jurados, mesários em eleições, etc.).

Por outro lado, os agentes públicos de fato são os particulares que, sem vínculos formais e legítimos com o Estado, exercem, de boa-fé, a função pública com o objetivo de atender o interesse público. São os agentes que não foram investidos previamente nos cargos, empregos e

funções públicas”.(NEVES E OLIVEIRA, 2014, p. 6)

Como se constata pela análise da citação acima transcrita, a concepção de agente público não foi constituída sob uma perspectiva meramente funcional, sendo definido o sujeito ativo a partir da identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, havendo um nítido entrelaçamento entre as duas noções.

Assim, coexistem lado a lado, estando sujeitos às sanções previstas na Lei 8.429/92, os agentes que exerçam atividade junto à administração direta e indireta e aqueles que não possuam qualquer vínculo com o Poder Público, exercendo atividade eminentemente privada junto à entidade que, de qualquer modo, recebam verba de origem pública.

2.3 SANÇÕES DA LEI N. 8.429/92

No que diz respeito às sanções, o artigo 37, § 4º, da CRFB/88 prevê que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei n. 8.429/92 contempla três espécies de atos de improbidade: i) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); ii) os que causam prejuízo ao erário (art. 10), e; iii) os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Tais espécies podem ser utilizadas isoladamente ou mesmo combinando-as. Apenas no que tange à violação aos princípios, que esta pode ser considerada isoladamente, pois uma correta interpretação do sistema de sanções da Lei 8.429/92 a considera absorvida pelas anteriores.

Na Lei 8.429/92, as sanções estão previstas especificamente no art. 12, em seus três incisos e de acordo com o ato de improbidade praticado. Vejamos:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:(Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio

de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”(grifo nosso).

A suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios são sanções graduáveis, de modo que poderão variar em uma graduação maior ou menor, dependendo da espécie de improbidade praticada e suas circunstâncias.

Assim, os atos que importam em enriquecimento ilícito tem uma maior intensidade; os lesivos ao erário público, intensidade mediana, e menor intensidade quando se tratar de atos ímprobos aos princípios administrativos.

2.4 NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES

A natureza jurídica das sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa não é pacífica, sendo que parte da doutrina (maioria) acredita que a natureza é cível. Enquanto, contrariamente, outros autores aderem à teoria da natureza penal das sanções previstas na Lei n. 8.429/92.

Sobre esse questionamento, Fernando Capez faz importante ressalva:

“Uma coisa é a natureza da ação cabível – não resta dúvidas que se trata de ação cível porque o artigo 37, §4º fala sem prejuízo da ação penal cabível;

Outra coisa é a natureza dos atos de improbidade – isto porque o próprio artigo 12 da Lei n. 8.429/92 fala sem prejuízo das sanções penas, civis e administrativas”. (CAPEZ, 2009, p. 24).

O texto contido na última parte do art. 37, §4º da CRFB/88, reflete que as sanções ali previstas não possuem caráter penal. Isto porque, se o ato de improbidade, configurar-se também como ilícito penal, as consequências penas serão apuradas em processo próprio, distinto e independente da apuração da improbidade, segundo a Lei n. 8.429/92.

No mesmo sentido, as sanções da Lei de Improbidade Administrativa não se confundem com as sanções previstas nos regulamentos funcionais dos agentes públicos. Essas sanções, na esfera federal, estão previstas na Lei. 8.112/90, e possuem natureza administrativa.

Di Pietro (2010) conclui que as sanções aplicáveis aos atos de ímprobos, possuem natureza civil, visto que podem levar a perda do cargo, indisponibilidade dos bens e ressarcimento dos danos. Afirma que, a perda da função, neste caso é inerente à própria suspensão dos direitos políticos, ou seja, se eles forem perdidos, deve haver também a perda da função pública.

No ordenamento jurídico brasileiro veda-se a punição excessiva, ou o *bis in idem*. No entanto, também vige em nosso ordenamento jurídico, a ideia de independência das instâncias. Assim, uma mesma conduta pode enquadrar-se como falta funcional, como figura tipificada no Código Penal e também como

ato de improbidade administrativa, ou seja, só uma falta pode acarretar sanções distintas, cada uma correspondente a uma ilicitude.

3. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 2.138-6/DF

A Reclamação n. 2.138-6/DF teve sua origem em uma Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal contra Ronaldo Mota Sandemberg, na época, Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. A ação consistia na solicitação e utilização indevida de aeronaves da Força Aérea Brasileira (FAB) para transporte particular, e também pela utilização do Hotel de Trânsito da Aeronáutica.

O Juiz Federal incumbido condenou o ex-ministro pela prática de improbidade administrativa, por entender que este, mesmo ciente de que haveria indubitável desvio de finalidade em sua conduta, se utilizou do transporte de aviões a jato da Força Aérea Brasileira (FAB), bem como desfrutou do Hotel de Trânsito da Aeronáutica, para atividades que não diziam respeito à sua atuação funcional.

Frente a esse cenário, o ex-ministro interpôs recurso de apelação, e ao mesmo tempo, a União Federal ajuizou a Reclamação n. 2.138-6/DF, alegando que Ronaldo Mota Sandemberg, por ser Ministro de Estado, não se condicionaria à Lei de Improbidade Administrativa, respondendo apenas por crime de responsabilidade – Lei n. 1.079/50, perante o STF.

Vejamos a ementa da decisão, *in verbis*:

**“RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA
COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.**

CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS.

I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM.

I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada.

I. 2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na sequência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada.

II. MÉRITO.

II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade

administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição.

II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de

responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE”.

(BRASIL, STF, Relator: Ministro Nelson Jobim, Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, 2007).

Após fazer a distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF/88, quais sejam, o do art. 37, § 4º, regulado pela Lei 8.429/92, e o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c, da CF e disciplinado pela Lei 1.079/50, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, c, da CF.

Ressalta-se, que a presente decisão não representa uma posição pacífica do STF acerca da matéria, sendo que a decisão do julgamento foi dada por maioria mínima de votos (6 x 5).

4. APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS

É cediço que existe no ordenamento jurídico brasileiro, diversas disciplinas sobre a matéria de improbidade. Que estas, apesar de tratarem da moralidade no trato com a coisa pública, dizem respeito a objetivos constitucionais diferentes, como é o caso da Lei n. 8.429/92, que regula o art. 37, §4º da CRFB/88, e da Lei n. 1.079/50, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade e seu procedimento judicial, e regula o art. 85, V da Carta Magna.

O que não é determinado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e que não foi objeto de discussão na Reclamação 2.138-6/DF, é o fato de ser claramente possível a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos de maior escalão. Porém, como já mencionado, o entendimento do STF é o de que, os sujeitos passíveis de sofrer sanções pela Lei n. 1.079/50 não se submetem às sanções previstas na Lei n. 8.429/92.

Para melhor entendimento acerca do tema, é necessária a conceituação do termo “agente político” que é claramente traçado por Celso Antônio Bandeira De Mello, *in verbis*:

“[...] agentes políticos são titulares de cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os governadores, prefeitos e respectivos vices, ou auxiliares imediatos dos chefes do executivo (ministros e secretários), bem como senadores, deputados federais e estaduais e vereadores,

estes exercem o múnus público [...]” (MELLO, 2009, p. 238).

Hely Lopes Meirelles também conceitua o termo agente político, da seguinte forma:

“Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais” (MEIRELLES, 2007, p.169).

Nessa linha de pensamento, o autor inclui os Chefes do Executivo e seus auxiliares imediatos, os membros das casas Legislativas, os membros do poder judiciário, os membros do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais.

Diante disso, procura-se corroborar nos tópicos seguintes, que a Lei de Improbidade Administrativa é plenamente aplicável a todos os servidores públicos, sejam agentes políticos ou não, contrariamente ao que dispôs o Pretório Excelso na Reclamação 2.138-6/DF.

4.1 DISTINÇÕES ENTRE A LEI N. 8.429/92 E A LEI N. 1.079/50

O art. 37, §4º, da CRFB/88, constitui fundamento constitucional da Lei n. 8.429/92, de modo a preservar a moralidade na administração pública. Por conseguinte, a Lei n. 1.079/50, encontra seu fundamento de validade na disposição contida no art. 85 da CRFB/88, que visa, também, a preservação da probidade na administração pública.

O ex-ministro Joaquim Barbosa, no bojo da Reclamação n. 2.138-6/DF, distingue as duas leis em comento da seguinte forma:

“Há no Brasil uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe àquela específica da lei 8.429/92, de tipificação cerrada, mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados [...] e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao Chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, [...]. No plano /infraconstitucional, essa segunda normatividade de complementa com o art. 9º da lei 1.079/50. Trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, a preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, - isto é, a moralidade na Administração Pública – têm, porém, objetivos constitucionais diversos” (BRASIL, STF, Relator: Ministro Nelson Jobim, Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, 2007, p. 334).

Segundo o ex-ministro, o rol de sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa contidos na Lei n. 8.429/92, é bem mais extenso em relação aos sujeitos ativos submetidos à Lei n. 1.079/50. Na lei de responsabilidade, os sujeitos ativos são apenas os agentes políticos definidos constitucionalmente e complementados pela disposição do art. 9º da referida lei, por outro lado, a Lei de Improbidade Administrativa visou abarcar um vasto rol de acusados, inclusive àqueles que mesmo não possuindo vínculo com a administração pública, se beneficiem ou concorram com a prática de atos de improbidade.

Outro fator que distingue os dois comandos legais, resulta da previsão constitucional do art. 37, §4º da CRFB/88 que visou a concretização do princípio da moralidade na administração pública, de modo a coibir atos desonestos e antiéticos no trato com a coisa pública, impondo sanções específicas para cada tipo de conduta ilícita. Vale ressaltar, que tais ilícitos possuem natureza civil (extrapenal), muito embora tenha consequências na esfera administrativa e penal.

Por outro lado, os crimes de responsabilidade destinam-se a apurar a responsabilização de natureza política, em virtude do art. 85, inc. V, da CRFB/88, e da Lei n. 1.079/50. As sanções previstas para tais crimes são muito brandas, sendo apenas a perda do cargo e a inabilitação para o exercício da função, diferente do que ocorre em relação à Lei de Improbidade Administrativa. Sobre tais sanções, destaca-se que estas possuem natureza puramente penal.

Nesse sentido, Seligman (2004) dispõe que:

“Nada mais coerente com o Direito brasileiro, que respeita a independência entre a responsabilidade penal e civil, prevendo o art. 935 do Código Civil que a sentença penal somente fará coisa julgada no cível nas hipóteses de decisão sobre a existência de fato ou sobre quem seja o seu autor. Também é do Direito brasileiro a separação entre a esfera judicial e administrativa, sendo defeso a lei afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição)” (SELIGMAN, 2004, p. 246).

Ainda no que tange a diferenciação entre os dois regimes, o art. 52, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, prevê que:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

*Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, **sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis**” (grifo nosso).*

Em face do dispositivo constitucional acima mencionado, é claro que em nenhum momento a Carta Magna afastou os agentes políticos da possibilidade de responsabilização por atos de ímprobos, por estarem sujeitos à Lei dos Crimes de Responsabilidade.

4.2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia, no ordenamento jurídico brasileiro, se encontra albergado na vigente Constituição Federal (CF), no caput do artigo 5º, ao dizer que:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O princípio da isonomia pode ser definido literalmente como um pressuposto de tratamento igualitário a todos frente à aplicação da Lei. Porém, a tese de não aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos acaba por desvirtuar tal princípio, na medida em que possibilita a punição por atos de improbidade administrativa para determinada categoria de agentes públicos, excluindo aqueles que se encontram nos mais altos escalões da Administração Pública.

Dessa maneira, evidencia-se uma explícita violação ao princípio da isonomia, pois o agente político estará eximido de ser responsabilizado pela Lei de Improbidade Administrativa, e só podendo estar sujeito ao processo da Lei de Crimes de Responsabilidade enquanto estiver no cargo, ao passo que os demais agentes públicos e terceiros beneficiados serão sujeitos no processo de improbidade administrativa, podendo sofrer as sanções previstas na forma da Lei n. 8.429/92, independente se estiverem ou não no exercício do cargo, emprego ou função pública.

É evidente, que com o entendimento resultante do julgamento da Reclamação 2.138-6/DF, coloca-se em uma zona de conforto àqueles mais devem zelar pela probidade na administração, que mais dos que os outros, devem ser exemplos de comportamento justo e honesto, visto que são os titulares do poder.

4.3 INAPLICABILIDADE DA LEI 8.429/92 – RETROCESSO SOCIAL

Caso não ocorra uma reformulação da decisão ou um novo julgamento, o entendimento atual do STF quanto à Reclamação Constitucional n. 2.138-6/DF poderá prejudicar a efetividade das ações no combate à improbidade, representando, principalmente nos dias atuais, um sério risco para eficiência do Estado Democrático de Direito, visto que é crescente o anseio da coletividade em ver, de forma efetiva, o combate à corrupção na administração pública, bem como as outras formas de atos ímprobos cometidos por agentes políticos.

Sob a perspectiva constitucional, seria impossível demonstrar a tese de que todos os agentes políticos sujeitos ao crime de responsabilidade estariam imunes, mesmo que parcialmente, às sanções do art. 37, § 4º da Constituição Federal. Não há norma constitucional que imunize os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade, sendo inconstitucional eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza e que venha a diminuir a efetividade ds regras já existentes para a tutela do patrimônio público.

A Constituição Federal de 1988, dentre todas as Constituições brasileiras, foi a que mais se preocupou em proteger o patrimônio e a moralidade pública. O legislador constituinte, ao definir uma série de medidas protetivas para a probidade administrativa, objetiva o cumprimento destas e sua efetiva aplicabilidade, assim, não cabe ao intérprete da lei restringir esse alcance, incorrendo na má preservação do bem jurídico protegido, fundamental para a proteção do Estado Democrático de Direito.

O que de fato ocorreu, pois a não incidência da Lei de Improbidade Administrativa a todos os agentes públicos, sejam

agentes políticos ou não, acaba por inutilizar o dever de proteção do Estado, no propósito de atuar de modo eficiente na proteção constitucional dos bens públicos e princípios constitucionais, bem como no combate à corrupção e atos ímprobos cometidos na esfera da Administração Pública.

Portanto, o posicionamento do STF não deve prosperar, visto que isso poderá levar ao esvaziamento e perda da força normativa da Lei n. 8.429/92, bem como a sua total inaplicabilidade.

CONCLUSÃO

O tema principal abordado neste artigo científico trata da aplicação da Lei n. 8429/92 aos agentes políticos, espécie de agentes públicos, essenciais à estrutura organizacional e política do país e, em razão das funções exercidas pelos mesmos.

Como demonstrado no tópico 1., a discussão quem envolve a improbidade administrativa não é recente, mas sim algo que vem sendo estudado e aplicado, nem sempre da melhor maneira, há muito tempo. Contudo, ao observar o cenário político e administrativo ora vigente, conclui-se que o tema improbidade administrativa é mais atual do que nunca.

A Lei de Improbidade Administrativa (n. 8429/92) foi criada a partir do que prescreve o art. 37, §4º da CRFB/88, com a intenção de abraçar um grande número de sujeitos, entre agente públicos ou não, de forma a assegurar que seus atos estejam sempre pautados no princípio da moralidade e da probidade administrativa.

Apesar disso, a sua atuação restou frustrada com a decisão da Reclamação 2.138/DF pela não aplicação da Lei n. 8429/92 aos agentes políticos sujeitos aos crimes de responsabilidade previstos na Lei n. 1079/50, por força da natureza das funções por esses exercidas.

Os agentes políticos, titulares de cargos estruturais à organização política do país, não podem ser afastados da incidência das sanções estabelecidas na Lei n. 8.429/92. Entende-se que quanto maiores as responsabilidades pelas consequências que terão seus atos, maior deve ser o cuidado desses com relação às suas ações.

A sanção de um administrador ímprobo não pode ser limitada apenas a uma espécie de agente público, sendo que todos têm o dever constitucional de obedecer aos princípios administrativos, zelar pelo patrimônio público e atuar da forma mais eficiente e clara em prol da sociedade.

Consequentemente, o acatamento dessas premissas acabaria quase que por esvaziar o objetivo da Lei de Improbidade Administrativa, pois submeter os agentes públicos de menor expressão às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, mas deixar ilesos os de mais alta hierarquia, com toda certeza atentaria aos princípios Constitucionais da isonomia, igualdade, moralidade e probidade, que têm o objetivo de punir com mais rigor os agentes capazes de produzir lesão mais grave aos interesses da administração pública.

Espera-se que um novo posicionamento sobre a matéria possa ser definido pela nova composição do Supremo Tribunal Federal, à medida que vários ministros já se manifestaram contrariamente à decisão da Reclamação Constitucional n. 2.138-DF, acompanhados pelos Tribunais Regionais Federais de diversas regiões, bem como os Tribunais de Justiça dos Estados e, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constit

[uicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constit)>. Acesso em: 22 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 1.079**, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e define o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 24 de out. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Reclamação – Rcl 2.138/DF**. Corte Especial. Rel. Min. Nelson Jobim. Diário de Justiça da União, Brasília, 13 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 out. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo, Atlas, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SELIGMAN, Rogério Ponzi. **O princípio constitucional da proporcionalidade na conformação e no sancionamento aos atos de improbidade administrativa previstos na lei nº 8429/92**. Revista de Direito Administrativo, nº 238, p. 246, out/dez-2004.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO NA PROTEÇÃO E DEFESA DO MEIO AMBIENTE

THIAGO MACHADO DIAS DE SIQUEIRA: Graduado pela Universidade Federal de Pernambuco. Atualmente é Técnico Judiciário-Administrativo da Justiça Federal da 5ª Região.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Evolução Histórico-Constitucional dos direitos fundamentais: dos direitos liberais e sociais aos direitos de solidariedade e suas influências nas constituições brasileiras. 1.1. Dos direitos liberais e sociais aos direitos de solidariedade. 1.2. Do tratamento conferido ao meio ambiente nas Constituições brasileiras anteriores, ao reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 do dever jurídico de proteção e obrigatoriedade de intervenção estatal na defesa do ambiente. 2. Responsabilidade do Estado pelo dano ambiental. 2.1. Dano Ambiental. 2.1.1 Peculiaridades do dano ambiental 2.2 Dos regimes de responsabilidade civil por danos ambientais 2.3 Pressupostos da responsabilidade por dano ambiental 2.3.1 Evento danoso 2.3.2 Nexo de causalidade 2.4. Breve abordagem histórica da responsabilidade civil do Estado 2.5. Responsabilidade do Estado em matéria ambiental 2.5.1 Responsabilidade do Estado pela sua omissão no dever proteção, controle e fiscalização ambiental 2.5.2 Responsabilidade estatal solidária, porém de execução subsidiária 3. Controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. 3.1 Principais objeções ao controle externo da administração pública. 3.2 Possibilidade do controle, via Poder Judiciário, das omissões estatais lesivas à qualidade ambiental: algumas decisões. Conclusões. Bibliografia.

Introdução

A Carta constitucional de 1988 incumbiu ao Estado e à Sociedade o dever de velar pela defesa do Meio Ambiente, nesse sentido, a proteção ao meio ambiente se tornou uma tarefa inevitável do Estado, de que modo que é seu dever desenvolver e elaborar políticas públicas pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica, visto que a lógica que deve orientar este modelo de estado, o qual prioriza valores ambientais, é a de proteger e defender o meio ambiente, promover educação ambiental, criar espaços de proteção e executar planejamento ambiental.

Entretanto, a atuação administrativa tem se mostrado aquém do padrão esperado, necessário, pontual e suficiente, com vistas à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. E possivelmente a causa desse conflito esta no fato de que compete ao Estado o desempenho de papéis colidentes, pois se de um lado ele é responsável pela execução de políticas públicas ambientais, de outro ele é responsável pelo desenvolvimento econômico e social que degradam os bens ecológicos.

Assim, a preocupação central deste trabalho não é com os danos ambientais resultantes da ação positiva dos entes estatais, mas sim com a omissão lesiva destes, motivo pelo qual estudaremos a Responsabilidade civil do Estado pela omissão na defesa do meio ambiente, o qual se apresenta como um tema bastante controvertido na jurisprudência e na doutrina. Isto porque, em primeiro lugar, o direito positivo não apresenta solução normativa específica nos casos de omissão, e em segundo, a doutrina e jurisprudência apresentam divergência na abordagem dos requisitos para a configuração da responsabilidade estatal omissiva.

Estudaremos, também, a viabilidade de imposição coativa ao Poder Executivo, via Poder Judiciário, de adoção de medidas administrativas tendentes a preservar o meio ambiente, analisando

tal possibilidade à luz da discricionariedade administrativa, da separação dos poderes e da vinculação do estado à proteção do direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Questionar-se-á a forte corrente jurisprudencial legitimadora das omissões que não admite que possa ser obtida, junto ao judiciário, a imposição à Administração de adoção de medidas positivas de proteção ao meio ambiente, sob a alegação de que tal imposição entraria em choque com o princípio da separação dos poderes, visto que a adoção de tais medidas envolveria decisões de ordem financeira e orçamentária, bem como ofenderia o princípio da discricionariedade e esbarraria na reserva do financeiramente possível.

1. Evolução Histórico-Constitucional dos direitos fundamentais: dos direitos liberais e sociais aos direitos de solidariedade e suas influências nas constituições brasileiras.

1.1. Dos direitos liberais e sociais aos direitos de solidariedade.

O Estado Liberal surge como resultado do pensamento liberal-burguês, o qual tinha como principal preocupação proteger as pessoas do poder opressivo do Estado absolutista, do Estado invasor. Assim, tem-se que:

A concepção liberal do Estado nasceu de uma dupla influência: de um lado, do individualismo filosófico e político do século XVIII e da Revolução Francesa, que considerava como um dos objetivos essenciais do regime estatal a proteção de certos direitos individuais contra os abusos da autoridade; de outro lado, do liberalismo econômico dos fisiocratas e de Adam Smith, segundo o qual o Estado é

impróprio para exercer funções de ordem econômica[1].

Nesse contexto há a estruturação de um modelo de Estado amplamente alicerçado no direito, que é o Estado de Direito, caracterizado como aquele onde seu poder e atividade estão regulados e controlados pela lei, em que há a contenção do Estado pelo direito. A Carta Política desse modelo é entendida como Constituição liberal-individualista, fruto de uma concepção político e ideológica necessária a assegurar o livre desenvolvimento da existência burguesa.

O Estado e o Direito se apresentam como instrumentos aptos a legitimar e a realizar direitos que vão ao encontro da ideologia liberal que nega qualquer ingestão do Estado nas relações individuais e sociais, ficando seu papel reduzido a simples guardião das liberdades. Destacam-se os direitos à liberdade, à propriedade privada, à segurança, à igualdade de todos perante a lei e os direitos políticos, todos estes são tidos como direitos de primeira dimensão.

Ingo W. Sarlet e Tiago Fensterseifer asseveram que há à época:

a hipertrofia dos “direitos” e a conseqüente atrofia dos “deveres” no tratamento doutrinário” e isto resulta “portanto, dentre outros aspectos, de uma preocupação (absolutamente compreensível, especialmente em períodos pós-autoritários!) em parte excessiva – ainda mais quando com um viés meramente individualista – com a afirmação de um espaço de liberdade do cidadão em face da relação de forças travadas entre esse e o Estado[2].

O modelo de Estado Liberal também serviu para consolidar a ciência moderna, voltada “a conhecer as “leis” da

natureza para dominá-la, sujeitá-la, controlá-la, colocá-la a serviço dos seres humanos”[3]. Assim, a Revolução Francesa e a Industrial “ao propiciarem a tomada do poder econômico e político pela burguesia, acabaram por consolidar a vertente que via a natureza como objeto amorfo, sem existência própria, a ser dominada, explorado e calado”[4].

Sobre o assunto, Lucas Abreu Barroso leciona que a promessa da dominação da natureza, e do seu uso em prol da comunidade, contido na ideologia liberal, serviu como fundamento para o desenvolvimento econômico experimentado na época, baseado em uma exploração excessiva e sem qualquer preocupação com os recursos naturais. E, então, arremata o autor “cabe-nos agora ressaltar como o Estado Liberal de Direito assimilou tal paradigma de forma a dar legitimidade a uma incursão acelerada relativamente ao meio ambiente, às custas de degradação até então sem precedentes”[5].

No século XIX ocorreram transformações sociais e econômicas que alteraram o quadro social e político no qual se inseria o Estado Liberal, as quais foram impulsionadas, notadamente, pelas implicações das descobertas científicas que se processaram com maior celeridade a partir da Revolução Industrial, o aparecimento de gigantescas empresas fabris e da formação de grandes aglomerados urbanos. Todas essas mudanças fizeram com que também se alterasse o papel do Estado frente à sociedade, não sendo mais suficiente que se apresentasse apenas como um sujeito inerte e passivo.

Todavia, somente no século XX que o Estado Liberal viera a perder seu primado. Isso se deve a alterações econômicas, políticas e sociais que já vinham acontecendo, como exposto, mas que se acentuaram a partir da Primeira Guerra Mundial e que passaram a exigir a conformação da ordem social pelo Estado[6].

Nasce, assim, o Estado do Bem-Estar Social, no qual estão inseridos os direitos fundamentais de segunda dimensão, e que “fez-se intervencionista na sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados. Sua atitude longe de ser passiva e indiferente em face do desenvolvimento e das relações econômico-sociais, era ativa”[7].

Se por um lado este modelo de estado tinha maior atuação social, por outro, não se desprende do liberalismo econômico, base do modelo de Estado Liberal. Acerca do tema Mário Lúcio Quintão Soares relata que “o compromisso político do Welfare State, alicerçado em constituição social, possibilitou crescimento econômico sem precedentes nos Estados industrializados”[8].

Logo, o Estado Social de Direito coexistiu com um avançado estágio do capitalismo industrial e não alterou sua estrutura econômica, o que propiciou a continuação de um crescimento econômico em que a exploração dos recursos naturais não encontrava limites ou qualquer regulação. Acerca disto são de Lucas Abreu Barroso:

Então, paradoxalmente, o Estado Social de Direito assiste inerte a uma propagação dos danos ao meio ambiente (...). A sociedade industrial, no decorrer e amadurecimento, e, mais tarde, a sociedade tecnológica, no momento em que irrompia, serviram de sustentáculo e justificativa para a expansão do modelo econômico vigente, que nunca olvidou do meio ambiente como principal fator do processo produtivo[9].

Como resultado de novas reivindicações, sobretudo devido ao impacto tecnológico e o estado de beligerância, e

da capacidade de destruição, pelo homem, do ambiente que o rodeia, surgem os direitos fundamentais de terceira geração, os quais se destinam à proteção do homem em sua coletividade social, e não em sua individualidade. São denominados de direito de solidariedade ou fraternidade, e, entre outros, compreende: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, à comunicação e ao desenvolvimento.

Nesse contexto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana, é elevada ao patamar de direito fundamental, pois, “a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que através dela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida*”^[10].

A proteção do meio ambiente tornou-se uma tarefa inevitável do Estado Moderno, o que levou a autores como Canotilho a afirmarem que:

o Estado, com o seu dever de defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento territorial, como uma das tarefas básicas que lhe são cometidas, enquadradas nos princípios constitucionais fundamentais” transformou-se em um “Estado de direito democrático-ambiental”, haja vista admitir-se “o direito ao ambiente concebido como *fim do Estado*”^[11].

Então, os contornos sociais e jurídicos atuais demonstram que este modelo de Estado se apresenta como um Estado de direito, constitucional, democrático, social e ambiental. Quanto a esta última face, pode afirmar-se que Estado ambiental é aquele em que, em cooperação com os cidadãos, promove políticas públicas comprometidas com a sustentabilidade ambiental,

assumindo, de uma vez por todas, a sua responsabilidade perante as gerações presentes e futuras.

Nesse sentido, preleciona Angélica Bauer Marques:

A lógica que orienta este novo modelo de Estado em construção é de que a sociedade política deve orientar seus esforços no sentido de levar a coletividade a preservar aquilo que existe e recuperar aquilo que deixou de existir. As funções deste Estado são de proteger e defender o meio ambiente, promover a educação ambiental, criar espaços de proteção ambiental e executar o planejamento ambiental. (...) a realização do Estado de direito ambiental envolve a ação e abstenção por parte do Estado e da sociedade civil, dentro de um processo comunicativo.^[12]

Nas palavras de Canotilho, neste modelo de Estado:

ao lado do “direito ao ambiente”, há um “direito à proteção do ambiente”, que toma forma de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, expressando-se nos deveres atribuídos ao ente estatal de: a) combater os perigos (concretos) incidentes sobre o ambiente, a fim de garantir e proteger outros direitos fundamentais imbricados com o ambiente (direito à vida, à integridade física, à saúde, etc.); b) proteger os cidadãos (particulares) de agressões ao ambiente e qualidade de vida perpetrados por outros cidadãos (particulares).^[13]

Os direitos e deveres de proteção ambiental, alicerçados no compromisso constitucional assumido pelo ente estatal, no sentido de tutelar e garantir uma vida digna aos seus cidadãos, vinculam

todos os poderes estatais, de modo que estão, assim, obrigados, permanentemente, do dever de levar em conta o meio ambiente e de protegê-lo. Nesse sentido, vejamos:

Assim, uma vez que a proteção do ambiente é alçada a *status* constitucional de direito fundamental (além de tarefa e dever do Estado e da sociedade) e o desfrute da qualidade ambiental passa a ser identificado como elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, qualquer “óbice” que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado (Legislador, Administrador, e Judicial), seja tal conduta (ou omissão) oriunda de particulares, seja ela oriunda do próprio Poder Público.[\[14\]](#)

É certo, também, que por força desses deveres de proteção e tutela adequado do meio, o Estado não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente na promoção e proteção a tal direito, sob pena de sua ação insuficiente ou omissão implicar afronta à ordem jurídico-constitucional.

Dentro desta perspectiva, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido pela Declaração Universal do Meio Ambiente, adotada pela Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em julho de 1972, a qual firmou 26 princípios fundamentais de proteção ambiental[\[15\]](#), os quais irradiaram seus valores por diversas Constituições do mundo, e tiveram participação fundamental no processo de ecologização delas.

O ambientalismo passou a ser tema de grande importância nas constituições mais recentes, destacando-se a “Constituição da Bulgária de 1971, que, em seu art.31, declara que “a proteção, a salvaguarda da natureza e das riquezas naturais, da

água, ar e solo (...) incube aos órgãos do Estado e é dever também de cada cidadão”[16], a Constituição da Grécia de 1975 e Constituição Portuguesa de 1976, “que deu formulação moderna ao tema, correlacionando-o com o direito à vida”[17]. Acerca desta trajetória de ecologização constitucional vejamos:

Há, em tal constatação, um aspecto que impressiona, pois na história do Direito poucos valores ou bens tiveram uma trajetória tão espetacular, passando, em poucos anos, de uma espécie de nada-jurídico ao ápice da hierarquia normativa, metendo-se com destaque nos pactos políticos nacionais.

(...) Nessa evolução acelerada, numa primeira onda de constitucionalização ambiental, sob a direta influência da Declaração de Estocolmo de 1972, vieram as novas Constituições dos países europeus que se libertavam de regimes ditatoriais, como a Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978). Posteriormente, num segundo grupo, ainda em período fortemente marcado pelos padrões e linguagem de Estocolmo, foi a vez de países como o Brasil. Finalmente após a Rio-92, outras Constituições foram promulgadas ou reformadas (...). O exemplo mais recente deste grupo retardatário é a França, que em 2005 adotou sua *Charte de l'environnement*. [18]

E dentro deste processo de propagação de novas concepções, como o de desenvolvimento sustentável, precaução e biodiversidade, nos textos constitucionais, Herman Benjamin[19] nos mostra alguns dos benefícios dessa constitucionalização, são elas: 1) *estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, base do regime de*

explorabilidade limitada e condicionada; 2) a ecologização da propriedade e da sua função social; 3) a proteção ambiental como direito ambiental; 4) legitimação estatal da função estatal reguladora; 5) redução da discricionariedade administrativa[\[20\]](#); 6) *ampliação da participação pública.*

Portanto, o desenvolvimento desta consciência, a qual partiu de sua ausência até o reconhecimento, pelas Constituições mais recentes, do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não foi de uma hora para outra, não caiu dos céus, mas, sim, foi fruto de uma evolução histórica, social e jurídica, a qual também pode ser constatada no ordenamento jurídico brasileiro, como veremos no tópico a seguir.

1.2. Do tratamento conferido ao meio ambiente nas Constituições brasileiras anteriores, ao reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 do dever jurídico de proteção e obrigatoriedade de intervenção estatal na defesa do ambiente.

No Brasil, graças à concepção privatista ao direito da propriedade, a tutela jurídica ao meio ambiente sofreu certo atraso, prevalecendo, durante muito tempo, a desproteção total, o que propiciou a devastação de florestas, esgotamento de terras e inúmeras outras ameaças ao equilíbrio ecológico.

Assim, Édis Milaré informa que as Constituições que antecederam a de 1988 não se preocuparam em conferir proteção ao ambiente de forma específica e global, a ponto de “nelas, nem mesmo uma vez foi empregada a expressão *meio ambiente*, dando a revelar total inadvertência ou, até, despreocupação com o próprio espaço em que vivemos.”[\[21\]](#)

É mister destacar que o tratamento dispensado pelas constituições anteriores a de 1988 era feito sem uma visão holística do meio ambiente e sem qualquer preocupação com a sua

preservação ou conservação, de modo que, o que se via nestas Constituições eram dispositivos que tinham por escopo a racionalização econômica das atividades de exploração dos recursos naturais, sem qualquer conotação protetiva.

A Constituição do Império de 1824 não fez qualquer menção à matéria,” apenas cuidando da proibição de indústrias contrárias à saúde do cidadão (art. 179, n. XXIV)”[22]. A primeira constituição republicana, de 1891, tão somente “atribuía competência legislativa à União Para legislar sobre as suas minas e terras (art. 34, n.29)”[23].

A Carta de 1934, em seus arts. 10, III, e 148, “dispensou proteção às belezas naturais, ao patrimônio histórico, artístico e cultural”[24], bem como, no art. 5, XIX, j, “conferiu à União Competência em matéria de riquezas do subsolo, mineração, águas, floresta, caça, pesca e sua exploração”[25].

Por sua vez, a Lei Maior de 1937 “se preocupou com a proteção dos monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como das paisagens e locais especialmente dotados pela natureza (art. 134)”[26]; incluiu , no seu art. 16, XIV, a “competência da União Legislar sobre minas, águas, floresta, caça, pesca e sua exploração (art. 16, XIV); cuidou ainda da competência legislativa sobre subsolo, águas e florestas no art. 18, a e e, onde igualmente tratou da proteção das plantas e rebanhos contra moléstias e agentes nocivos”[27].

A Constituição de 1946, no art. 175, repetiu disposições acerca da “defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico”, e manteve “como competência da União legislar sobre normas gerais da defesa da saúde, da riquezas do subsolo, das águas, floresta, caça e pesca”[28]. Já a Carta Magna de 1967 “insistiu na necessidade de proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 172, parágrafo único); disse ser atribuição da

União legislar sobre normas gerais de defesa da saúde, sobre jazidas, florestas, caça, pesca e água (art. 8, XVII, *h*)”[29].

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, em seu art. 180, parágrafo único, cuidou “da defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, enquanto o art. 172 dizia que “a lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidade e que o mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílio do Governo”[30]. Nela destaca-se o uso, pela primeira vez, do vocábulo “ecológico”.

A Constituição Federal de 1988, alinhada com a evolução do direito constitucional experimentada por outros países no final do século XX, notadamente por influência do ordenamento internacional, especialmente pela Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre Meio Ambiente humano, consagrou, em capítulo próprio, o direito, e o dever, ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como estabeleceu a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas do Estado.

A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira, dentre as constituições pátrias, a tratar deliberadamente da questão ambiental em termos amplos, moderno e global, a tal ponto que se pode afirmar que ela é uma constituição ambientalista.

Ela dedica um capítulo específico sobre o meio ambiente, que é o Capítulo VI do Título VIII, da “Ordem Social”, sendo neste capítulo que se encontra o núcleo da tutela protetiva ambiental, não sendo, porém, o único a tratá-lo. Quanto a isso, José Afonso da Silva[31] leciona que a questão ambiental aparece no texto constitucional mediante referência explícita ou implícita, sendo que aquelas aparecem de modo claro no texto e estas se apresentam “sob o véu de outros objetos da normatividade

constitucional”, e que para se ter a adequada compreensão da temática ambiental, é necessário que aquele capítulo seja interpretado conjuntamente com as referências implícitas e explícitas que constam na Carta Constitucional.

O Direito Ambiental possui o seu núcleo normativo no Capítulo VI Título VIII, que só contém o art. 255, com seus incisos e parágrafos. Este artigo, seguindo, ainda, as lições de José Afonso da Silva[32], revela três conjunto de normas: o primeiro aparece *nocaput*, onde se inscreve a *norma-princípio*, a *norma-matriz*, a qual revela o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o segundo encontra-se no § 1º, e seus incisos, que versa sobre os instrumentos de garantia e efetividade do direito tutelado no *caput*; o terceiro compreende um conjunto de *determinações particulares*, relativo a objetos e setores, que por tratarem de áreas e situações de elevado conteúdo ecológico, merecem desde logo proteção constitucional.

Acerca da norma-matriz (*caput* do art. 255[33]), cabe tecer alguns comentários. Primeiramente, criou-se um direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e como todo direito fundamental, ele é indisponível, uma vez que a preservação deve ser feita no interesse das presentes e futuras gerações. “Estabeleceu-se, por via de consequência, um dever não apenas moral, como também jurídico e de natureza constitucional, para as gerações atuais de transmitir esses 'patrimônio' ambiental às gerações que nos sucederem e nas melhores condições do ponto de vista do equilíbrio ecológico”[34].

O uso do pronome indefinido “todos” demonstra que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de cada indivíduo, independentemente de sexo, cor, idade ou nacionalidade, mas também é da coletividade, sendo, portanto, transindividual e difuso. Sendo, assim, o meio ambiente é *bem de uso comum do povo*, é um bem que não está da disponibilidade particular de

ninguém, nem da pessoa privada, nem da pessoa pública. De modo que toda a sociedade tem direito sobre os elementos que integram o meio ambiente. Nesse sentido, vejamos as lições de Paulo Affonso Leme Machado:

A constituição, em seu art. 225, deu uma nova dimensão ao conceito de *meio ambiente como bem de uso comum do povo*. Não elimina o antigo, mas o amplia. Insere a função social e função ambiental da propriedade (arts. 5, XVIII, e 170, III e VI) como bases da gestão do meio ambiente, ultrapassando o conceito de propriedade privada e pública. O poder público passa a figurar não como proprietário de bens ambientais – das águas e da fauna -, mas como gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a melhor informar, a alargar a participação da sociedade civil na gestão dos bens ambientais e a ter que prestar contas sobre a utilização dos “bens de uso comum do povo”, concretizando um “Estado Democrático e Ecológico de Direito.”[\[35\]](#)

Além de ser bem comum do povo, o meio ambiente é reputado bem essencial à sadia qualidade de vida, o que revela seu caráter instrumental, pois, apenas em um meio ambiente equilibrado se consegue reunir todas as condições necessárias que dão suporte a própria vida.

É preciso destacar também que o cidadão deixa de ser mero titular do direito ao meio ambiente equilibrado e passar a ter a titularidade de um dever, que é o de defendê-lo e preservá-lo. Não

sendo papel apenas do Estado, sozinho, de defendê-lo, já que essa tarefa não pode ser realizada de forma eficiente sem a cooperação da sociedade.

Por outro lado, cria-se para o Poder Público um dever constitucional, caracterizado por verdadeira *obrigação de fazer*, de atuar pela defesa e proteção do meio ambiente, de modo que o Poder Público não atua neste campo porque quer, mas sim porque lhe é determinado pelo constituinte originário. Nesse sentido Édis Milaré observa que “não mais, tem o Poder Público uma mera faculdade na matéria, mas está atado por verdadeiro dever. Quanto à possibilidade de ação positiva de defesa e preservação, sua atuação transforma-se de discricionária em vinculada”[36].

Há, desta forma, nas palavras de Ingo W. Sarlet e Tiago Fensterseifer, o reconhecimento pela Carta Magna de 1988, de uma “*dupla funcionalidade* da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, que assume a forma de um *objetivo e tarefa* do Estado quanto de um *direito (dever) fundamental* do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico”[37].

A própria Carta Magna de 1988, nos incisos do § 1º do art. 225[38], estabelece, de forma exemplificativa, várias medidas de proteção a serem levadas em consideração pelo Estado, consubstanciando, na palavras destes autores, um verdadeiro “*dever geral de proteção do Estado*”[39].[40].

O atual perfil constitucional do Estado Ambiental e Democrático de Direito brasileiro, desenhado pela Carta Constitucional de 1988, também coloca para o Estado brasileiro a proibição de interferir de modo excessivo e ilegítimo, a ponto de violar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, de modo que tem que respeitar tal direito fundamental, bem como a missão de proteção e promoção ambiental, mediante medidas de

caráter positivo, prestacional. Nesse sentido, explica Ingo W. Sarlet e Tiago Fensterseifer:

No que tange aos seus *deveres de proteção ambiental*, incumbe medidas positivas no sentido de assegurar a tutela do ambiente, de tal sorte que a ação estatal acaba por se situar, no âmbito do que se convencionou designar de uma dupla face (ou dupla dimensão) do princípio da proporcionalidade, entre *aproibição de excesso de intervenção*, por um lado, e *aproibição de insuficiência de proteção*, por outro. [\[41\]](#)

Ademais, todos os Poderes Estatais, Executivo, legislativo e Judiciário, desta feita, estão obrigados constitucionalmente, na forma de deveres de proteção ambiental, a atuarem, cada um no seu âmbito de competência, de modo a obterem a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico.

Por força dos deveres de proteção ambiental atribuídos constitucionalmente, e aos quais o Estado está vinculado, é certo que ele não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente no tocante ao seu dever de assegurar, promover e proteger o direito fundamental do indivíduo e da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Neste contexto, tem-se, diante da não adoção, pelo Estado, de medidas de proteção ou diante de sua precariedade no sentido de assegurar efetividade a tal direito, por caracterizada afronta ao plano constitucionalmente traçado, o qual aponta para um Estado promotor e guardião do ambiente.

Portanto, escoimado nas lições de Ingo W. Sarlet e Tiago Fensterseifer, pode se concluir que:

“a *não atuação* (quando lhe é imposto juridicamente) ou *a atuação insuficiente* (de modo a não proteger o direito fundamental de modo adequado e suficiente), no tocante a medidas legislativas e administrativas voltadas ao combate às causas geradoras da degradação do ambiente, pode ensejar até mesmo a responsabilidade do Estado, inclusive no sentido de reparar os danos causados ao indivíduo e grupos sociais pelos efeitos negativos dos danos ambientais.”[\[42\]](#)

2. Responsabilidade do Estado pelo dano ambiental

2.1. Dano Ambiental

Antes de elaborar maiores considerações acerca da responsabilidade civil do Estado por danos ambientais, é necessário compreender o que se entende por dano ambiental, bem como tecer algumas considerações sobre suas peculiaridades, as quais passam a justificar um tratamento especial, diferenciado do tratamento que lhe seria dado caso se adotasse o regime de responsabilidade civil nos moldes tradicionais.

A legislação brasileira não chega a conceituar o dano ambiental, todavia, o art. 3 da Lei 6.938/1981 traz a definição do que é degradação ambiental e poluição ambiental[\[43\]](#). Sendo assim, o legislador infraconstitucional vinculou, de modo indissociável, poluição e degradação ambiental, uma vez que a lei expressamente dispõe que a poluição resulta da degradação, que se tipifica pelo resultado danoso, independentemente da observância de regras ou padrões específicos.

Logo, a lei não discute se a atividade degradadora ou causadora do dano ambiental foi lícita ou ilícita, se observou ou não as normas ou padrões estabelecidas pelo Poder Público, mas sim se houve, ou não, alterações negativas significativas da qualidade ambiental, e uma vez constatadas, caracterizam-se o dano e a responsabilidade civil.

A lei também ampliou o significado do termo poluição, já que sua noção “é um misto do pensamento *antropocêntrico* (“prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população”, “criem condições adversas às atividades sociais e econômicas”, “afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente”) e *ecocêntrico* (“afetem desfavoravelmente a biota”)[44]. Bem como atrelou à noção de dano, não somente as lesões causadas aos elementos naturais, mas também aos artificiais e culturais, os quais são indispensáveis à sadia qualidade de vida.

Logo, identificasse também uma dupla face do dano ambiental, pois os seus efeitos alcançam o homem e o ambiente ao seu redor, nesse sentido a Lei 6.938/1981 prevê, expressamente no art. 14, § 1º, as duas modalidades, ao fazer referência a “danos causados ao meio ambiente e a terceiros”.

Atento a isto, José Rubens Morato Leite afirma que o dano ambiental constitui uma expressão ambivalente, pois em uma primeira acepção significa “uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente”[45], de modo a se caracterizar como uma lesão ao direito fundamental que todos têm ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; e em uma segunda acepção, o dano ambiental englobaria “os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses”[46].

Sendo assim, a doutrina distingue o *dano ambiental coletivo* (também chamado de *dano ambiental em sentido estrito*,

dano ambiental propriamente dito ou dano ecológico), causado aos elementos naturais do meio ambiente, em sua concepção difusa, como bem comum de todos, do *dano ambiental pessoal*, sofrido, em ricochete, pelas pessoas, sejam estes danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Percebe-se, então, que os danos ambientais são gêneros, nos quais localizamos aquelas e estas espécies de dano.

A partir dessas considerações, podemos lançar mão dos conceitos de dano ambiental de Morato Leite:

dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesses da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.^[47]

2.1.1 Peculiaridades do dano ambiental

O dano ambiental apresenta características muito peculiares, ou seja, apresenta elementos que nem sempre são encontrados nos danos comuns, motivo pelo qual se faz necessário um tratamento especial, são razões para assim proceder:

a) Primeiramente, é mister destacar que o bem jurídico tutelado, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, integra a categoria de valores fundamentais da nossa sociedade, o que é reconhecido pela norma constitucional brasileira. Ademais, o meio ambiente é um bem incorpóreo, imaterial, insusceptível de apropriação exclusiva e de interesse da coletividade;

b) Suas consequências são, não raras vezes, de caráter irreversível e irreparável, o que torna demasiadamente difícil sua

quantificação. Motivos pelo quais é vital que seja adotada, primordialmente, uma postura, tanto por parte do Estado como da sociedade, preventiva, ao invés de uma simplesmente punitiva ou que vise a reparação, a qual nem sempre é possível.

O dano ambiental diferencia-se também em virtude do modo de sua reparação, pois a simples compensação financeira não é compatível com os postulados do direito ambiental. E mesmo quando se faz necessária a fixação da indenização em pecúnia, se apresenta outra dificuldade que é a quantificação dos prejuízos, haja vista que alguns bens ambientais não têm valor patrimonial;

c) Na constatação do dano ambiental é que se vê a interdisciplinaridade do Direito ambiental, pois, é através de recursos tecnológicos, conhecimentos científicos e de disciplinas como Física, Química e Biologia que se consegue aferir e determinar a sua existência e consequências.

Antônio Herman Benjamin^[48] assinala que “toda a matéria ambiental – até pela novidade e extensão do tema – é informada pela incerteza científica, com lacunas e conflitos de opiniões entre cientistas”.

Além do mais, Branca Martins da Cruz^[49] observa que a definição de dano ambiental é condicionada a fatores socioeconômicos, razão pela qual sua definição é fruto, não apenas do conhecimento científico, mas, também, de decisão política, em que são levados em consideração aspectos sociais, econômicos e ambientais;

d) Verifica-se a difícil identificação dos sujeitos da relação jurídica obrigacional, “pois a “dobradinha” autor-vítima quase nunca aparece com seus contornos bem definidos (atuação coletiva e vitimização também coletiva, com a consequente fragmentação de responsabilidade e de titularidade)”^[50].

No tocante a identificação do agente poluidor, autor do dano, trata-se de tarefa árdua, já que nem sempre é possível, principalmente nos “casos chamados de *danos anônimos* (emissão de veículos nas grandes cidades, p. ex.)”^[51], ou nos casos de “*poluição histórica*, ou seja, do dano causado pela acumulação de poluentes ao longo de anos e anos de utilização-exploração de determinada área.”^[52].

Logo, o dano ambiental é, principalmente, coletivo, visto que resulta de comportamentos sociais massificados, onde o dano, com frequência, é resultado de várias condutas que, se analisadas de forma separadas, são insignificantes e nada causam, entretanto, será constatado caso sejam somadas e levados em consideração todas as ações isoladas e seus efeitos cumulativos e sinérgicos que existem entre elas. Nesse sentido assevera Antônio Herman Benjamin:

Outra é a realidade trazida pelo Direito Ambiental, onde o dano, com frequência, é resultado de riscos-agregados criados por várias empresas independentes entre si. E mais, frequentemente o risco de uma simples fonte é, em verdade, insignificante ou incapaz de causar, sozinho, o prejuízo sofrido pela vítima ou vítimas. Daí que, também na perspectiva dos seus causadores, o dano ambiental é, essencialmente, *coletivo*.^[53]

Também não é fácil definir com precisão o universo das vítimas, pois o dano não se manifesta de imediato, podendo vir a se manifestar anos após o fato gerador, ou seja, suas consequências só serão detectáveis no futuro, de modo que não é possível identificar, desde logo, os sujeitos atingidos, já que o evento danoso poderá vir a atingir pessoas que sequer nasceram ou foram concebidas;

e) O caráter indireto e difuso do dano ambiental também gera problemas relativos ao estabelecimento da cadeia causal, na verificação do nexo de causalidade entre a ação e o resultado danoso, logo, a fim de assegurar maior proteção ao ambiente, se fazem necessárias a sua atenuação e a inversão do ônus da prova, o que será analisado mais na frente.

Desta feita, a responsabilidade civil em sua formulação tradicional, a qual exige a identificação de dano certo e delimitado, comportamento culposos, autor e vítima claramente identificados, bem como nexo causal estritamente identificado, revela a sua inadaptabilidade à complexidade e peculiaridades do dano ambiental, de modo que se fosse aplicado em sua acepção tradicional “não poderia agregar muito à proteção do meio ambiente; seria mais um caso de *law in the books*, o Direito sem aplicação prática”[54].

Consequentemente, diante do imperativo de compatibilizar o modelo clássico às necessidades e características do dano na seara ambiental, Antônio Herman Benjamin[55] leciona que o Direito Ambiental faz uso de diversos mecanismos, tais como: ampliação do rol dos sujeitos responsáveis, adotando-se a solidariedade entre eles; flexibilização do universo de eventuais vítimas; afastamento integral da exigência de culpa; facilitação da prova de causalidade, inclusive com a inversão do ônus da prova, entre outros.

2.2 Dos regimes de responsabilidade civil por danos ambientais

Imaginou-se, em princípio, que seria possível resolver os problemas relativos aos danos ambientais pela teoria da culpa, pela responsabilidade extracontratual subjetiva, segunda a qual o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos surge da constatação de alguns elementos: da culpa em sentido amplo, necessitando

verificar a vontade do autor, seja pelo dolo (consciência e vontade de praticar o ato) ou pela culpa em sentido estrito (violação do dever de diligência e cuidado). Assim, sem culpa, não há reparação; a “existência de um dano certo e efetivo, ou seja, lesão não pode ser hipotética e deve ficar patente a sua repercussão sobre a pessoa ou patrimônio desta.”[56], de modo que o dano tradicional pressupõe que ele seja pessoal; e o nexos causal entre a conduta do agente e o dano causado.

Do somatório destes pressupostos básicos surge o dever de indenizar. Logo, percebe-se que “a responsabilidade civil estava desenhada para situações onde a equação conflitiva, tipicamente inter-subjetiva, operava no plano individual, *um-contra-um* ou *Tício versus Caio*.”[57]

Diante desta constatação, vê-se que as regras clássicas de responsabilidade civil não ofereciam proteção adequada e suficiente às vítimas do dano ambiental. Primeiro porque este, como já exposto no item anterior, via de regra, possui natureza difusa, atingindo uma pluralidade de vítimas, algumas das quais sequer foram concebidas. Segundo, pela dificuldade de prova da culpa, posto que a maioria das atividades lesivas ao meio ambiente são lícitas, contam com autorização ou licença administrativa, de modo que elas têm aparência de legalidade, o que excluiria a responsabilidade do agente poluidor. Assim, impor à vítima a demonstração da culpa do autor do dano, seria o mesmo que negá-la, *a priori*, o direito à reparação, e deixar impune o degradador.

Morato Leite nesse sentido manifesta:

É oportuno reafirmar que a responsabilização subjetiva, por culpa, limita a aplicação do regime de responsabilidade civil por dano ambiental, considerando que boa parte das condutas lesivas ao meio ambiente não

são *contra legem*, pois contam, muitas vezes, com a autorização administrativa requerida, o que elimina a existência de culpa.[\[58\]](#)

Atento a esta realidade, o legislador brasileiro editou a Lei 6.938/81, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente, o qual, em seu art. 14, § 1º[\[59\]](#), deu o devido tratamento à matéria, substituindo a responsabilidade subjetiva, com base na culpa, pelo regime da responsabilidade objetiva, fundamentada no risco da atividade, ou seja, nos riscos advindos das atividades que potencializam um dano ambiental.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, também atenta, já que era preciso uma adequação aos danos ligados a interesses difusos, constitucionalizou a responsabilidade civil objetiva do poluidor ao recepcionar a Lei 6.938/81, vide arts. 21, XXIII, *d*, o qual dispõe que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa, e art. 225, especialmente o §§ 2º e 3º, supracitado.

Pode se estranhar o fato de o art. 225, § § 2º e 3º, da CF não ter previsto expressamente a responsabilidade objetiva, como o fez no art. 21, XXIII, *d*, ao tratar da atividade nuclear, contudo, Antônio Herman V. Benjamin[\[60\]](#) explica que esse aparente lapso do legislador constitucional aconteceu por três motivos: primeiro por razões históricas, haja vista que o programa nuclear sempre levantou suspeitas e inquietações no meio científico e político, seja pelo potencial uso bélico, seja pelo fato de ser administrado direta ou indiretamente pelos militares. Logo, para se afastar esses fantasmas do passado era necessário deixar explícito que o seu caráter pacífico e da responsabilidade civil independentemente da culpa; em segundo lugar, seria consequência lógica e necessária do tratamento constitucional de valorização do meio ambiente, assim somente a partir da ótica objetiva seria possível cumprir os mandamentos do *caput* do art.

225; a terceira razão seria dogmática, uma vez que o art. 21 usa a expressão “responsabilidade civil”, enquanto o art. 225 usa “reparação”, dois termos que não são fungíveis. Segundo o autor, enquanto *reparação* é utilizada, via de regra, para ser feita referência à responsabilidade civil objetiva, *Responsabilidade* conduz a ideia de culpa, e para se evitar esse efeito é necessário acrescer a expressão “independentemente da existência de culpa”.

Oportuna se faz trazer as conclusões deste autor acerca do assunto:

Em resumo, podemos concluir que certas áreas da conflituosidade humana (relações dos cidadãos com o Estado e seus agentes, atividades perigosas) são modernamente tidas como natural e intrinsecamente de responsabilidade civil objetiva. A regra, então, ao reverso do que se dá no Direito Clássico, passa a ser a de que eventual exigência de culpa precisa constar expressamente do texto legal.

Vale dizer, pelo simples fato de que a Constituição Federal, art. 225, § 3º não ter estabelecido qualquer critério ou elemento vinculativo à *culpa* como determinante para o dever de reparar o dano causado ao meio ambiente, então a responsabilidade daí decorrente é do tipo objetiva.^[61]

Verifica-se, desse modo, que o fundamento da responsabilidade civil é o risco, baseado na ideia de que o agente responde pela indenização em virtude de haver realizado uma atividade apta a produzir risco.

Segundo a visão objetivista não cabe indagar como ou porque ocorreu o dano, sendo suficiente a prova da ocorrência do dano e do vínculo causal deste com uma determinada atividade para ser assegurada, à vítima, sua indenização. Em outras palavras, “passa a lei a procurar identificar um responsável pela indenização, e não necessariamente um culpado, individualmente tomado”[\[62\]](#).

Este tipo de responsabilidade se coaduna com os preceitos de justiça distributiva, haja vista que aquele que realiza uma atividade potencialmente danosa e lucra com ela deve responder pelos riscos ou desvantagens dela resultantes. “Assume o agente todos os riscos de sua atividade, pondo-se fim, em tese, à prática inadmissível da socialização do prejuízo e privatização do lucro”[\[63\]](#).

Por outro lado, a responsabilidade objetiva apresenta também uma feição preventiva, já que ela estimula o potencial degradador a pesquisar, instalar equipamentos e estruturar-se no intuito de neutralizar as emissões nocivas, considerando que os custos de medidas profiláticas são menores que a de uma eventual indenização.

Além do mais, é importante frisar que o Direito Ambiental brasileiro, diante do quadro alarmante da degradação ambiental do país e do perfil constitucional do bem protegido, considerado como bem e direito de todos, inclusive das futuras gerações, essencial a qualidade de vida e incumbindo a todos o dever de assegurar a devida proteção, abriga a responsabilidade civil em sua forma objetiva com base na teoria do risco integral, que é aquela que para se caracterizar o dever de indenizar basta se fazer presente o dano, ainda que em caso fortuito, de força maior, ou de fato exclusivo de terceiro[\[64\]](#).

Ao encontro desta posição, Sérgio Ferraz já adotava tal posicionamento antes da entrada em vigo da lei instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente, quando sustentava que “em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha que não seja a malha realmente bem apertada, que possa, na primeira jogada de rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental.”^[65]

A respeito da questão afirma Mancuso:

(...) se nos afastarmos da responsabilidade objetiva, ou se permitirmos brechas nesse sistema, os interesses relevantíssimos pertinentes à ecologia e ao patrimônio cultural correrão alto risco de não restarem tutelados ou reparados, porque a força e a malícia dos grandes grupos financeiros, cujas atividades atentam contra aqueles interesses, logo encontrarão maneiras de safar-se à responsabilidade (...) ^[66]

Ainda neste diapasão, Benjamim leciona que devido a influência dos princípios da precaução, do poluidor-pagador e da reparabilidade integral no regime jurídico da responsabilidade civil pelo dano ambiental, “são vedadas todas as formas e fórmulas, legais ou constitucionais, de exclusão, modificação ou limitação da reparação ambiental, que deve ser sempre *integral* assegurando a proteção efetiva ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.^[67]” Caso fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei inúmeros casos de poluição ambiental.

Morato Leite, ao examinar a teoria do risco integral, traz um exemplo esclarecedor de Adalberto Pasqualotto acerca da não aceitação das excludentes: “o raio que atinge o paiol é a causa da explosão e dos danos consequentes. A condição do paiol foi condição do evento. Se o galpão estivesse vazio, não haveria explosão nem dano”[\[68\]](#). Logo, não há porque aceitar as excludentes invocadas, haja vista que a existência da atividade, como neste exemplo, por si só, é reputada como condição para o evento danoso.

Adota-se aqui o entendimento da parcela da doutrina que não aceita as clássicas excludentes da responsabilidade, como caso fortuito e força maior, em se tratando de interesses difusos e meio ambiente,[\[69\]](#)a qual é a prevalecente, segundo Morato Leite[\[70\]](#). Desta feita, pode se concluir que a adoção da teoria do risco integral traz como consequências principais para que exista o dever de indenizar: a prescindibilidade da investigação da culpa; irrelevância da licitude da atividade; e a não aplicação das causas de exclusão da responsabilidade civil[\[71\]](#).

É de observar, ainda, que a responsabilidade civil nos moldes objetivos não resolve sozinho todos os problemas relativos ao direito ambiental, uma vez que certos danos ambientais apresentam uma característica desafiadora, a irreversibilidade. Diante deste fato, a responsabilidade civil sempre exercerá um papel complementar, pois o Direito Ambiental prioriza a prevenção. Corroborando esta afirmação, Herman Benjamin traz a seguinte lição:

De tudo retiramos a seguinte síntese: a) a responsabilidade civil, após acertos dogmáticos, é um instrumento válido de proteção ao meio ambiente; b) sua atuação nunca será monopolizadora, mas condôminial, incluída num bloco mais amplo de mecanismos de tutela

ambiental; c) a concretização de um bom sistema de responsabilidade civil não ocorrerá só com as incursões renovadoras no plano substantivo ou, neste, apenas com a exclusão da exigência de culpa. O processo civil, em última análise, guarda no bolso a chave da porta dos fundos do regime de reparação das vítimas de danos ambientais.[\[72\]](#)

2.3 Pressupostos da responsabilidade por dano ambiental

2.3.1 Evento danoso

O evento danoso, como visto, vem a ser resultado de atividades que, direta ou indiretamente, causem degradação ao meio ambiente, sendo susceptíveis de composição tanto as lesões materiais quanto as imateriais. Neste ponto, nos aparece a difícil questão de se precisar o limite da tolerabilidade do meio ambiente a uma agressão, de se delimitar a zona de fronteira entre o uso e o abuso, pois é sabido que nem todo atentado ao meio ambiente e seus elementos resulta, necessariamente, em um prejuízo à qualidade ambiental.

É importante salientar aqui que os padrões de emissão de certas substâncias consideradas potencialmente poluidoras, como quantidades máximas que podem vir a serem expelidas e mantidas no meio ambiente, não garantem que uma atividade não venha a ser caracterizada como poluidora. “Dessa forma, nem sempre os parâmetros oficiais são ajustados à realidade sanitária e ambiental, decorre daí, que, mesmo em se observando essas normas, as pessoas e a natureza sofrem prejuízos”[\[73\]](#). Ao encontro do defendido, Álvaro Luiz Valery Mirra assinala:

O fato de a atividade do demandado estar em conformidade com as normas que

estabeleceram um certo limite de tolerabilidade não vincula jamais o julgador: se na demanda de reparação restar provado que o meio ambiente não conseguiu absorver e reciclar as agressões que ele sofreu, haverá dano e, por via de consequência, reparação, pouco importando a obediência pelo degradador dos padrões de emissão de substâncias potencialmente poluidoras ou dos padrões de qualidade do meio receptor, pré-determinados administrativamente.[\[74\]](#)

Esta mesma linha de entendimento foi defendida na decisão de ação civil pública, movida pelo Ministério Público, tendo por objetivo a responsabilização do degradador e a cessação de atividade nociva provocada pela queima da palha da cana-de-açúcar. No fundamento do mérito tem-se:

No entanto, é importante salientar que o mero respeito aos padrões de emissão ou de imissão não garantem, por si só, que uma atividade não seja poluidora. Isso porque tais padrões normatizados são meramente indicativos de que as concentrações previamente fixadas de uma dada substância ou matéria no ar não causarão prejuízos à saúde pública, às espécies de fauna e da flora e aos ecossistemas. Pode ocorrer, porém, que apesar de plenamente conforme os padrões estabelecidos, o lançamento de uma determinada substância se mostre nociva e daí será indispensável a sua redução ou proibição para compatibilizá-la com o objetivo básico dessa técnica, que é evitar a poluição.[\[75\]](#)

Este posicionamento é extraído do próprio art. 3 da Lei 6.938/1981, segundo a qual a poluição não se caracteriza apenas pela inobservância de normas e padrões específicos, mas também pela degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que diretamente ou indiretamente: a) prejudique 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.

A aferição do limite de tolerabilidade não deve ser feita no plano normativo, segundo normas pré-determinadas, mas, sim, no plano fático, uma vez que é no caso concreto que se examinará se a alteração ambiental prejudicou ou não a capacidade de fruição do bem ambiental ou a sua capacidade funcional ecológica.

E, seguindo o ensinamento de Mirra^[76], é fundamental que no caso concreto, ao ser executado o confronto entre o ponto máximo aceitável de intervenção e a capacidade de resistência do meio receptor às perturbações, que se prestigie a ideia de prudência e precaução, ao invés da tolerância.

2.3.2 Nexos de causalidade

No regime da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco da atividade, para que se possa pleitear a reparação do dano, basta a demonstração do evento danoso e do nexo de causalidade, devendo existir entre a atividade do agente, omissiva ou comissiva, e o evento danoso, uma relação causal.

Dito desta forma, tudo parece simples e fácil, todavia, o nexo de causalidade suscita grandes dificuldades, as quais são agravadas ainda mais quando o bem jurídico que se busca tutelar é o meio ambiente, já que a partir do momento que a ideia de culpa é afastada, a causalidade passa a ser a questão mais importante.

Desta maneira, que a simples adoção da responsabilidade objetiva não elimina todas as dificuldades trazidas pela complexidade do dano ambiental, pois se tem que passar pelo difícil procedimento de comprovação do liame de causalidade entre o fato e a lesão.

No caso específico de lides ambientais é possível identificar alguns motivos para a dificuldade da prova da relação de causalidade da lesão ambiental: a) dificuldades técnicas e periciais, devido à carência de conhecimento científico e às incertezas que rodeiam as questões ambientais, o que torna difícil a identificação, de forma inequívoca, das dimensões que determinados danos causam ao meio ambiente; b) algumas consequências danosas só se manifestam após o decurso de um longo lapso temporal, é o que se chama de ação retardada. Nota-se que os riscos desta ação podem aumentar devido ao fato de poderem somar-se a emissões posteriores, o que atrapalha na identificação dos causadores do dano; c) não raras vezes existe enorme distância entre o possível local emissor e o local onde os efeitos danosos são sentidos; d) o dano também pode ser oriundo de emissões indeterminadas e cumulativas.

É o que Herman Benjamin^[77] vem a chamar de “império da dispersão do nexo causal”, pois o dano pode ser atribuído a uma multiplicidade de causas, fontes e comportamentos, o que somado a outros problemas, como o exposto no parágrafo anterior e no tópico 2.2.1 “Das peculiaridades do dano ambiental”, conduzem à “pulverização própria ideia de nexos de causalidade”, sendo desafiador relacionar causa e efeito na maioria dos problemas ambientais.

A respeito, afirma Gisela Cruz:

Quando se trata de dano ambiental, por exemplo, a prova do nexos de causalidade

transforma-se em obstáculo quase intransponível ao direito das vítimas à indenização. Isto porque o dano ambiental quase sempre resulta de mais de uma causa – causas concorrentes simultâneas ou sucessivas -, manifestando-se de forma lenta e progressiva. A degradação do meio ambiente é, em regra, fruto de comportamentos cumulativos que se operam ao longo do tempo. A prova do nexo causal é, então, dificultada pela distância temporal entre o fato gerador e o dano.^[78]

No entanto, essa complexidade não diminui o dever do poluidor reparar os danos causados. No intuito de dirimir estes percalços, podem ser adotadas técnicas processuais, as quais serão aqui expostas e analisadas.

Levando-se em conta que o dano ambiental é de difícil individualização, como já afirmado, a solução adotada pela doutrina e pelo legislador brasileiro, nos casos em que foi causado conjuntamente, foi a adoção da regra da solidariedade passiva. Nesse sentido é o entendimento de José Afonso da Silva: “Aplicam-se as regras da solidariedade entre os responsáveis, podendo a reparação ser exigida de todos e de qualquer um dos responsáveis”^[79]. Isso também pode ser extraído da do art. 3, inc. IV, da Lei 6.938/81, ao estabelecer que “poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Vê-se que a noção de poluidor é ampla e inclui aqueles que diretamente causaram dano ambiental, bem como que indiretamente contribuíram com ele, facilitando, assim, a recomposição do prejuízo. No “direito brasileiro, especialmente após a Constituição Federal de 1988 (é dever de todos...), não

admite qualquer distinção – a não ser no plano do regresso – entre causa principal, causa acessória e concausa”[80].

Diante das peculiaridades do dano ambiental também vem se defendendo a necessidade de facilitar, relaxar a carga probatória do nexo causal daqueles que demandam a reparação do dano ambiental individual ou coletivo, através da substituição da certeza pela verossimilhança, probabilidade[81].

“Faz-se mister para melhorar a situação do lesado, com relação à prova da causalidade, não lhe impor a certeza, mas apenas a probabilidade satisfatória”[82]. Abre-se, dessa maneira, a possibilidade de o nexo causal ser provado através de presunções, as quais seriam relativas, o que substitui a certeza pela probabilidade.

Branca Martins Cruz[83] assinala a necessidade de se evoluir, na questão ambiental, para uma teoria da causalidade baseada em juízos de probabilidade, fundados da experiência social e no conhecimento científico, de formar a abandonar a procura de uma causalidade certa e absoluta.

Esse abrandamento do nexo causal decorre da tamanha importância e primazia que é dada pela Constituição Federal de 1988 ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo essencial, para se atingir e garantir essa qualidade, obter de forma célere a prevenção do dano ou sua plena recuperação, não podendo servir o processo de óbice ao integral ressarcimento do dano, sob pena de se tornar irreparável do ponto de vista fático.

Por outro lado, isto também decorre do próprio risco inerente às atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras assumido por aqueles que as desenvolvem[84]. No mesmo sentido **Nélson Nery Júnior e Rosa Maria B. B. de**

Andrade Nery^[85]entendem que a adoção da teoria do risco faz com que o nexu causal deva ser reconhecido com a só demonstração da existência de ato que ser revele como potencial causador do dano.

Ao encontro da opinião exarada, encontra-se a de José Afonso da Silva, para quem dever haver “a atenuação do relevo do nexu causal, bastando que a atividade do agente seja potencialmente degradante para sua implicação nas malhas da responsabilidade.”^[86]Portanto, seguindo a lição de Nelson de Freitas Porfírio Júnior, conclui-se "que o nexu causal deve verificar-se objetivamente de forma atenuada, bastando a existência de lesão e do risco preexistente de criá-lo, o qual deve ser considerado condição da existência do dano, ainda que não se possa demonstrar ter sido sua causa direta.”^[87]

Trazendo a questão para a responsabilidade do Estado, pensamos, com base no ensinamento de Ricardo Cavalcante Barroso^[88], que pode ser adotada a presunção de causalidade contra o Estado para reparar os danos ao ambiente em solidariedade com o causador direto, embora seja preciso demonstrar a aptidão da ação ou inação do ente estatal para a causação do dano.

Outra forma de facilitar a prova do nexu causal no campo ambiental é com a inversão do ônus da prova, visto que pelas regras de distribuição dos ônus probatórios previstas no art. 333 do Código de Processo Civil, cabe à vítima comprovar que o dano sofrido estaria ligado com determinada causa imputada ao agente, e a este provar que aquela causa não lhe poderia ser atribuída, pois não guardaria relação com o dano. Quanto a esta regra, vejamos o que diz Luciana Stocco Betiol:

Essa regra de distribuição do ônus da prova demonstra, na prática do dia a dia forense, ser

um fator que sobrecarrega em demasia a parte que já ingressa na demanda fragilizada por ter sido a vítima do evento danoso.

Não fosse só isso, nos casos em que de pronto já se tem ciência de que será difícil para o autor produzir as provas que comprovam o seu direito, como ocorre nas demandas ambientais, instala-se no processo uma dinâmica perversa. Ao demandado não haverá qualquer estímulo para que produza provas, com receio de que estas possam vir a seu desfavor, o que estimula que permaneça inerte, apenas atacando a prova produzida pelo autor. Como não se vem punido este estado de inação do réu, já que é ônus do autor produzir provas para respaldar o seu direito, o demandado termina por vencer a demanda em decorrência do descumprimento, pelo autor, do ônus decorrentes do art. 333, I, do Código de Processo Civil.[\[89\]](#)

Nesse diapasão são as lições de Morato Leite:

Sem dúvida, a maior guinada que oportuniza a discussão do liame de causalidade seria a inversão do ônus da prova, que parece bastante apropriada ao dano ambiental, pois transfere-se ao demandado a necessidade de provar que este não tem nenhuma ligação com o dano, favorecendo, em última análise toda a coletividade, considerando que o bem ambiental pertence a todos.[\[90\]](#)

Portanto, crê-se que transferindo a prova do nexu causal ao degradador, através da inversão do ônus da prova, e com a

aceitação de uma teoria da causalidade que prevalece o requisito da probabilidade, ao invés da certeza, se renovaria os mecanismos de imputação do dano ambiental, de forma a adaptá-la a necessidade de defesa do meio ambiente.

2.4. Breve abordagem histórica da responsabilidade civil do Estado

Como é sabido, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta a obrigação de indenizar ou recompor os danos oriundos de sua conduta lesiva comissiva ou omissiva. E esta noção, ressalta Celso Antônio Bandeira de Melo, é de suma importância no o Direito Público, a tal ponto que “todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos”[\[91\]](#).

A responsabilização do Estado pelos atos e omissões de seus agentes constitui premissa básica do Estado Democrático de Direito, de modo que autores, como o citado no parágrafo anterior, chegam a afirmar que tal responsabilização independe de regra expressa para firmar-se, pois, “a ideia de responsabilização é uma consequência lógica da noção de Estado de Direito”[\[92\]](#), em decorrência da submissão do Poder Público ao Direito e da igualdade de todos perante a lei.

Entretanto, nem sempre foi assim, logo, se faz necessário tecer algumas considerações sobre a evolução histórica da responsabilidade do Estado, bem como trazer, desde já, a advertência de Maria Tereza Perez de Almeida:

Entretanto, mesmo depois de efetuada a transformação do Estado absolutista em Estado Constitucional, a implementação do postulado

da responsabilidade não se deu automaticamente, já que a regra da irresponsabilidade passou a legitimar-se sobre outras justificativas, entre as quais a da impossibilidade de ingerência do judiciário nas atividades do poder executivo.^[93]

A doutrina relata que a primeira fase dessa evolução consagra a irresponsabilidade civil do Estado, e as fórmulas que sintetizam o dogma da infalibilidade são conhecidas pelas seguintes expressões: *Le roi ne peut mal faire* ou *The King can do no wrong* (“o rei não pode errar”). Tal concepção se alicerçava na ideia de que quando o Estado exige obediência das pessoas, ele não o faz para fins próprios, mas sim para o bem de todos, conseqüentemente, ele não podia fazer mal ou causar dano a quem quer que seja.

Todavia, Celso Antônio Bandeira de Mello^[94] nos adverte que neste momento não havia completa desproteção dos administrados perante o comportamento do Estado, uma vez que se admitia sua responsabilização quando leis específicas a previssem expressamente ou quando houvesse danos resultantes da gestão do domínio privado por parte do Estado.

Assim, a teoria “dos atos de império e dos atos de gestão” constituiu a primeira etapa de responsabilização Estado, pois o ente estatal poderia ser responsabilizado quando viesse a causar danos decorrentes de *atos de gestão*, os quais seriam aqueles praticados em nome da gerência do patrimônio público. Contudo, não respondia pelos prejuízos causados pelos *atos de império*, que correspondem aos atos praticados no exercício do poder de polícia.

Em um momento seguinte, baseada ainda em princípios civilistas, surge a teoria da *responsabilidade subjetiva do*

Estado, também chamada de *teoria da culpa*, segundo a qual o obrigação de indenizar surge em razão de uma conduta que vai de encontro ao Direito, seja ela dolosa ou culposa, e que venha a causar dano a outrem ou deixe de impedi-lo, quando haveria obrigação legal de fazer.

Para esta teoria o dever de indenizar está relacionada à ideia de culpa ou dolo de um agente estatal determinado e específico, ou seja, o Estado é solidariamente responsável desde que demonstre a culpa individual de seu funcionário.

Surgem, então, as primeiras teorias publicísticas sobre a responsabilidade estatal, dentre as quais se destaca a de *culpa do serviço* (*faute duservisse* ou do *acidente administrativo*, em que se caracteriza a culpa quando o serviço público não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Tal teoria, segundo Nelson de Freitas Porfírio Júnior, foi “criação jurisprudencial francesa, a partir do famoso “caso *Blanco*”^[95], e consistia na extensão da teoria subjetiva aos caso onde a identificação do agente era extremamente difícil – se não impossível -”^[96].

Acerca da *culpa do serviço*, leciona este autor:

Ainda era necessário, todavia, que se demonstrasse a existência de culpa ou dolo da Administração em relação aos fatos danosos, ou seja, deveria provar a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia – ou seja, que o serviços não se conduziu com a diligência media que dele se poderia legitimamente exigir.^[97]

Destaca-se que no Direito tradicional, a regra que predomina é a de que o dever ressarcitório decorre da culpa *lato sensu*, o que “pressupõe a aferição da vontade do autor, enquadrando-a nos parâmetros do *dolo* (consciência e vontade livre

de praticar o ato) ou da *culpa em sentido estrito* (violação do dever de cuidado, atenção e diligência com que todos devem pautar-se na vida em sociedade)”[98].

Seguindo sempre no sentido de ampliar a proteção do particular frente ao Estado, passou-se, gradualmente, a admitir hipóteses estritamente objetivas de responsabilização deste, independentemente de qualquer culpa da administração. Nesse campo, não mais se perquire sobre o dolo ou culpa da agente público, ou sobre o mau ou inadequado funcionamento da máquina administrativa.

Então, para fins de ressarcimento do dano, não há mais o questionamento sobre a licitude ou ilicitude da conduta funcional, o que deve ser levado em consideração é, apenas, a existência do nexos causal entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelos indivíduos. “Deixando-se de lado, assim, o elemento *culpa* – que é pessoal, subjetivo e atribuído sempre a uma pessoa determinada -, a responsabilidade estatal passa a se assentar sobre a noção de *risco*, fundamentada no princípio da causalidade, a qual é *impessoal e objetiva*”[99].

A responsabilidade estatal objetiva é concebida a partir da elaboração da teoria do risco, a qual entende que a responsabilidade é consequência do risco criado pela atividade desenvolvida pelo Estado, não cabendo indagar sobre eventual licitude ou ilicitude da conduta que tenha originado o dano.

Ressalta-se que a necessidade de uma responsabilidade objetiva do Estado visa a atender especial posição jurídica que ocupa o ente público, pois possui expressiva quantidade de prestações das quais não pode se furtar, bem como pelas prerrogativas de poder que ostenta, o que resulta em uma maior probabilidade de dano aos administrados. Logo, se faz mister maiores garantias aos administrados frente ao poder público, e esta

necessidade é atendida através do tratamento objetivo da responsabilidade estatal.

Também relacionado a este tratamento objetivo se encontra o princípio da solidariedade social, segundo o qual, “se, em tese, todos se beneficiam das atividades da Administração, todos devem compartilhar do ressarcimento dos danos que essas atividades causam a alguns”^[100]. Nesse sentido, preciosas são as lições de Nelson de Freitas Porfírio Júnior:

se um membro do grupo social sofre danos produzidos em decorrência de ação do próprio grupo organizado, como é o Estado, síntese de todos, não é razoável que se procure uma explicação para eximir a responsabilidade dessa entidade. Ao contrário, a vítima do dano deve receber indenização do Estado, distribuindo-se o ônus desta por todos, numa expressão econômica de solidariedade de todos os agrupados.^[101]

Importa destacar que objetivação da responsabilidade estatal, notadamente a partir da adoção do princípio da solidariedade social, como igualdade dos ônus e encargos sociais, acaba por resultar em sua responsabilização pelo ressarcimento dos danos causados mesmo que se trate de atos regulares e lícitos praticados pelos agentes públicos no exercício usual de suas funções e atribuições, o que é fundamental, notadamente, quando se trata da responsabilização do Estado pelo dano ambiental.

No tocante ao tema, a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, estipula que a responsabilidade do Estado e das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público nos atos praticados por seus agentes se submete ao regime

de responsabilidade objetiva, ressalvando a possibilidade de ação de regresso contra o agente em caso de dolo ou culpa.

Nelson de Freitas Porfírio Júnior leciona ainda que há uma tendência moderna no sentido responsabilizar o Estado por atos que, embora formalmente lícitos, contrariam princípios, expressos ou implícitos na maioria das Constituições modernas, que devem reger as suas atividades, e assim sendo determinam a inconstitucionalidade de tais atos e resultam na obrigação de indenizar. Além do mais, há, nas palavras do autor, outra tendência:

expande-se a responsabilidade do Estado a um ponto em que a Administração é chamada a atuar de forma *preventiva* para evitar a ocorrência de danos, cujas reparações ou indenizações seriam inviáveis ou demasiadamente custosas. Essa nova vertente da responsabilidade do Estado é particularmente importante quando se cuida da questão ambiental (...).[\[102\]](#)

2.5. Responsabilidade do Estado em matéria ambiental

As questões relativas à responsabilidade civil do Estado por dos danos ambientais causados em razão de condutas comissivas ou omissivas são de suma importância, e também problemáticas e controversas.

Isso porque surgem conflitos devido ao fato que o Estado, quanto ao meio ambiente, exerce, como leciona Álvaro Mirra[\[103\]](#), papéis contraditórios, pois se por um lado ele é promotor por excelência da defesa do meio ambiente, por outro, ele é, não raras vezes, responsável direto e indireto pela degradação ambiental, seja quando executa outras políticas públicas, como as relacionadas ao desenvolvimento econômico, colocando o meio

ambiente em segundo plano, seja quando se omite de fiscalizar atividades lesivas ou de adotar medidas administrativas indispensáveis à preservação do ambiente.

Logo, a responsabilidade civil do estado em matéria ambiental, devido à relevância e à importância conferida pela CF de 1988 à proteção ambiental, e às características dos seus danos, deve sofrer adaptações e precisa ser pensada não somente como forma de garantia do interesse do indivíduo, isoladamente considerado, frente ao Estado, mas também como meio de garantir o interesse das presentes e futuras gerações de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado perante os interesses meramente patrimoniais do Estado, quando busca aumentar sua riqueza, e dos particulares que exploram atividades potencialmente danosas em suas buscas, a qualquer custo, pelo lucro.

Nessa perspectiva, na hipótese de condutas comissivas do Estado o direito constitucional pátrio consagra a responsabilidade objetiva, como se pode ler no art. 37, § 6º, da Carta Magna de 1988, o qual dispõe que “as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Impera destacar que, por motivos já apresentados e analisados nesta obra, adota-se também aqui a responsabilidade objetiva do Estado com base na teoria do risco integral. Todavia, a preocupação central deste trabalho não é com os danos ambientais resultantes da ação positiva dos entes estatais, mas sim com a omissão lesiva destes, motivo pelo qual este aspecto será analisado a seguir.

2.5.1 Responsabilidade do Estado pela sua omissão no dever proteção, controle e fiscalização ambiental

O tema da responsabilidade civil do Estado por omissão dos agentes é um daqueles temas bastantes controvertidos na jurisprudência e na doutrina. Isto porque, em primeiro lugar, o direito positivo não apresenta solução normativa específica nos casos de omissão, e em segundo, a doutrina e jurisprudência apresentam divergência na abordagem dos requisitos para a configuração da responsabilidade estatal por omissão.

Em matéria de danos decorrentes de condutas omissivas em geral por parte do ente estatal, Nelson de Freitas Porfírio Júnior^[104] aponta que prevalece na doutrina nacional o entendimento de que deve ser aplicado o princípio da responsabilidade subjetiva. Nessa linha é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar evento lesivo.^[105]

Helena Elias Pinto^[106], ao fazer pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir de 1946 até o final de 2006, identificou 32 (trinta e dois) acórdãos no sentido da responsabilidade subjetiva, de um total de 62 (sessenta e dois) casos acerca de responsabilidade civil por omissão, todavia, ela

ressalta que daqueles 32 acórdãos apenas 11 são posteriores à Constituição de 1988.

De outro lado, há autores que defendem a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, assim assevera Juarez Freitas:

O princípio da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado pelas condutas omissivas ou comissivas causadoras de lesão antijurídica apresenta-se como um dos pilares do Estado Democrático, sobretudo pelos riscos inerentes à atuação estatal. Trata-se de proteção que se impõe independentemente de culpa ou dolo do agente causador do dano. Nasce da superação da ideia do Estado como etérea encarnação da vontade geral infalível. A par disso, a consagração, entre nós, da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 1º) é um dos argumentos mais robustos contra a teoria segundo a qual não poderia o Estado ser objetivamente responsabilizado por omissão.^[107] (grifos nossos)

Helena Elias Pinto^[108] ainda relata que foi no julgamento do RE 130.764-1/PR, relatado pelo Min. Moreira Alves no ano de 1992, pela primeira vez, desde a Constituição Federal de 1946, se enquadrou a responsabilidade civil do Estado por omissão no sistema de responsabilidade objetiva, todavia o salto não foi muito grande, porque se julgou pela improcedência do pedido de indenização. Foi então no julgamento do RE 109.615/RJ, sob a relatoria do Min. Celso de Mello que no ano de 1996, pela primeira vez, o STF condenou o Estado por omissão com base na

responsabilidade objetiva. A autora destaca a importância deste acórdão:

Esse acórdão pode ser considerado o marco fundamental da nova feição da jurisprudência do STF em relação à responsabilidade por danos em casos de omissão do Poder Público. Inaugura-se então (o ano é de 1996) uma série de decisões nesse sentido, intercaladas com outras em que foi aplicado o sistema da responsabilidade subjetiva ou não houve explicitação de qual a teoria adotada.

E houve esta mudança justamente porque, ao se perceber que o problema da responsabilidade civil do Estado é tema constitucional, tornou-se indispensável interpretar os deveres de proteção atribuídos, pela Constituição, ao Estado, de forma capaz a atribuir maior concretização aos direitos fundamentais, ou seja, de uma interpretação mais favorável a eles.

A partir desta perspectiva, é indispensável realizar uma filtragem constitucional para saber se houve ou não omissão no dever jurídico de evitar determinado resultado danoso. Nesse sentido, há de ser reconhecida a responsabilidade do Estado por omissão quando ele violar o seu dever jurídico constitucional de evitar certa lesão a um bem jurídico.

Isto posto, se faz oportuno adentrar na Responsabilidade do Poder Estatal pela omissão no seu dever de proteger o meio ambiente, tema este que também dividi a opinião de doutrinadores e dos julgadores quanto à abordagem dos requisitos para a configuração da responsabilidade estatal por omissão, e assim sendo, há aqueles que defendem a teoria da responsabilidade subjetiva e aqueles que adotam a teoria da

responsabilidade objetiva, motivo pelo qual analisaremos as duas correntes.

Contudo, antes de fazer esta análise é preciso trazer os ensinamentos de Mirra^[109], para quem, em linhas gerais, as omissões da Administração Pública podem ocorrer: quando o Poder Público se omite no controle e fiscalização das atividades potencialmente danosas, hipótese em que a Administração exerce inadequadamente ou deixa de exercer o seu poder de polícia ambiental, incluindo os casos em que licencia ou autoriza indevidamente atividades degradadoras; ou quando há omissão do Poder Público quanto à adoção de medidas administrativas indispensáveis à preservação e à restauração de bens e recursos naturais, hipótese em que há o descumprimento de normas constitucionais e infraconstitucionais que impõem ao administrador público determinadas posturas de proteção.

A omissão pode ser configurada quando há deficiência do exercício do poder de polícia na fiscalização das atividades poluidoras praticados por terceiro, degradador principal, de forma lícita ou não, é o que se chama de omissão indireta, ou quando o Estado tem o dever legal de prestar serviço público essencial e se omite, sendo esta omissão a causa direta do dano ambiental, é o que pode ser definida como a responsabilidade comissiva por omissão.

Pois bem, feitas estas considerações, nos resta trazer e expor, em um primeiro momento, autores e decisões que pugnam pela responsabilidade civil do Estado por omissão com base na responsabilidade subjetiva, e, em um segundo momento, aqueles que fundamentam com base na responsabilidade objetiva.

Para parte da doutrina, a responsabilidade que surge é do tipo subjetiva, motivo pelo qual não bastaria à configuração da responsabilidade estatal por omissão a simples ligação entre a

ausência ou deficiência do serviço e o dano resultante. É indispensável, para configurá-la, a demonstração da culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço que gerou o dano, quando era exigido do ente estatal certo padrão de conduta capaz de impedir o evento lesivo, aplicando-se nos casos de omissão a teoria da falta de serviço.

Márcia Dieguez Leuzinger e Sandra Cureau^[110] defendem que no caso de dano, se o Estado não agiu, tal responsabilização surgirá apenas quando presentes a culpa, seja por negligência, imperícia ou imprudência no serviço, ou dolo, intenção de omitir-se, em situações que exigissem do Estado uma atuação segundo um padrão de eficiência suficientemente capaz de obstar o evento lesivo. E esse padrão de atuação deveria ser apurado a partir dos padrões a que estava legalmente obrigado, bem como levar em conta o meio social e o estágio de desenvolvimento econômico e tecnológico da época.

Logo, apenas caberia a responsabilização do Estado quando estivesse obrigado a tanto ou quando agido, tivesse atuado insuficientemente, abaixo dos padrões e regras a que estava legalmente obrigado. A responsabilidade do Estado, dessa maneira, em caso de omissão, seria subjetiva, na modalidade falta de serviço, que se caracteriza pelo mau funcionamento, funcionamento tardio ou não funcionamento.

Nesse sentido, “haverá responsabilidade civil por omissão sempre que o Estado ferir o dever geral de cautela exigido para aquela espécie de caso. Assim, é *dever geral de cautela*, e não *dever total de cautela*”^[111]. Essa conclusão, para os seus defensores de um regime responsabilidade subjetiva, decorre também do fato que o Estado não pode ser considerado segurador universal, pois ele não é onipresente, tampouco onipotente. Nesse sentido leciona Ricardo Cavalcante Barroso:

Assim, mesmo quando o Estado adota mecanismos de controle avançados, como, por exemplo, varredura via satélite ou por câmeras, não há qualquer garantia de que o Estado prevenirá o dano, seja por causa do retardo na obtenção da imagem imediata, seja porque seria desrazoável pensar que o Estado estaria sempre a postos, 24 horas, de maneira instantânea, para evitar a ocorrência do dano. Isso, na prática, seria impingir ao Estado um dever que já se sabe será desatendido. E ninguém, como se sabe, é obrigado a cumprir uma obrigação impossível.

(...)

Assim, pretender atribuir ao Estado uma responsabilidade civil por omissão sob o regime da objetividade para os casos de atuações clandestinas ou além do padrão normal de sua atividade seria no mínimo irreal, excessivo e prejudicial à própria coletividade.^[112]

Ainda ao encontro do posicionamento^[113] dos autores que defendem o princípio da responsabilidade subjetiva, Toshio Mukai explica:

A solução é a mesma quer o dano decorra do não-cumprimento das condições de uma licença ambiental regularmente concedida, quer de ato ilícito realizado de forma clandestina, ou seja, sem qualquer licenciamento prévio. Na primeira hipótese poderá ser mais fácil ao demandante provar que a Administração agiu de forma culposa, pois tinha – ou deveria ter – todos

os elementos necessários para controlar a atividade que licenciou. Na segunda hipótese, porém, haverá que se demonstrar que a Administração tinha conhecimento real dos fatos e, dispondo de condições efetivas de agir no sentido de impedir o dano, preferiu manter-se inerte. Em outras palavras, neste caso se aplica a tese da responsabilidade da Administração por omissão, mas apenas por *culpa grave*.[\[114\]](#)

Indo de encontro a este posicionamento, nota-se que, além da falta de parâmetros para aferir o que venha a ser esse padrão de conduta exigível ou padrões normais de atuação do estado, há de se ressaltar que mesmo atuando dentro deste padrão, não é a ele conferido a possibilidade de permitir ou consentir com o dano ambiental, uma vez que ele é mero gestor do meio ambiente, que pela sua natureza de titularidade difusa.

Assim, se o simples fato de uma atividade estar em conformidade com as normas que estabeleceram um certo limite de tolerabilidade não é suficiente para descaracterizá-la como poluidora, e, por via de consequência afastar a responsabilização de quem a explora, como já exposto em linhas anteriores, tampouco a mera atuação do Estado condizente com um padrão, normativo e social, de conduta exigível seria capaz de obstaculizar sua responsabilização, caso se venha a concretizar a agressão ao meio ambiente.

Ademais, mesmo que a Administração Pública tenha atuado dentro da margem de conduta exigível e, ainda assim, veio a se obter o resultado danoso, é porque algo de errado teve em sua atuação, ela não se mostrou suficiente, ele se mostrou falha, motivo pelo qual é exigida a sua responsabilização, forçando-o a atuar de maneira preventiva para evitar a ocorrência das degradações ambientais.

Na batalha contra a degradação do meio ambiente é inequívoco que não é suficiente o mero padrão normal de conduta, é preciso algo a mais, exige-se um esforço além do normal, até mesmo porque, normalmente, o Estado brasileiro é omissivo e ineficiente.

Neste diapasão, há os que defendem a responsabilidade objetiva do Estado por omissão na defesa do meio ambiente, superando-se a indagação do requisito da culpa. É defendida, entre outros doutrinadores, por Edis Milaré[115], Antônio Herman V. Benjamin, Álvaro Luís Valery Mirra, Paulo Afonso Leme Machado[116], Annelise Monteiro Steigleder e José Afonso da Silva[117], com fundamento nos arts. 3º, IV, e 14, parágrafo 1º, da Lei 6938/81 e artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988 (seriam estas algumas das expressões destes dispositivos que indicam a interpretação com base na teoria objetiva: “responsável *indiretamente*”, “independentemente da existência de culpa”, “condutas” – omissivas ou comissivas - “independentemente da obrigação de reparar o dano”).

Vejamos o que Mirra diz a respeito:

O certo, no entanto, é que tal orientação, de exigir a culpa grave da Administração, nesses casos, se aceitável sob o ponto de vista político, parece contrariar frontalmente o disposto nos referidos arts. 3º, IV, e 14, § 1º, da Lei nº. 6938/81, segundo os quais o poluidor ou degradador – seja pessoa pública ou privada – responde objetivamente pela degradação, contribua ele direta ou indiretamente para o evento danoso, bem como a norma do art. 225, § 3º da Constituição Federal, de acordo com a qual as condutas – comissivas ou omissivas – e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitam os

infratores, pessoas físicas ou jurídicas, à obrigação de reparar os danos causados.[\[118\]](#)

Por sua vez, defendendo este entendimento, Annelise Steigleder explica:

(...) a responsabilidade advinda da omissão estatal será sempre objetiva, eis que o art. 3º, inc. IV, refere-se à “responsabilidade indireta”, pelo que não exigiria um nexo de causalidade direto entre ação e dano. Daí que o Poder Público, que não coíbe a ação do particular mediante ações fiscalizatórias, e que concede uma licença ambiental precária e ilegal, está concorrendo indiretamente para a produção do dano, aplicando-se-lhe a regra da responsabilidade civil objetiva e o princípio da solidariedade entre os co-poluidores. Este entendimento, de acordo com os autores referidos, vem reforçado pelo art. 225, *caput*, da Constituição, que impõe ao Estado o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) Comungamos do entendimento no sentido de que a responsabilidade do Estado é objetiva tanto na ação como na omissão lesiva ao meio ambiente.[\[119\]](#)

Ainda ao encontro desta interpretação, o Min. Herman Benjamin, no REsp 1.071.741-SP, de 2009, ao analisar em seu voto se a responsabilidade do Estado por omissão seria objetiva ou subjetiva, entendeu, em linhas gerais, que, via de regra, ao tratar-se de omissão a responsabilidade do Estado dá-se de forma subjetiva ou por culpa. Porém esta regra comportaria duas exceções: 1) quando a responsabilização objetiva do Estado por

omissão decorrer de expressa determinação legal; 2) quando houver um dever de ação estatal extraído da Constituição Federal. Consequentemente, como há expressa previsão infraconstitucional neste sentido, nos arts. 3º, IV, e 14, parágrafo 1º, da Lei 6938/81, bem como foi imposto ao Estado, pela Lei Maior, o deveres de controle, vigilância e fiscalização do meio ambiente, a responsabilidade do Poder Público por omissão comporta a modalidade objetiva^[120]. Vejamos, esta parte de seu voto:

(...)Numa palavra, seja a contribuição do Estado ao dano ambiental direta ou indireta, sua responsabilização sempre observará, na linha de fator de atribuição, o critério objetivo. Não se pretende trazer aqui o regime (geral ou comum) de responsabilidade civil objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois o sentido jurídico desse dispositivo não veda a existência de regimes especiais, em que a objetividade cubre também os comportamentos omissivos.

Vale dizer, se é certo que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é, ordinariamente, subjetiva ou por culpa, esse regime, tirado da leitura do texto constitucional, enfrenta pelo menos duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva para a omissão do ente público decorrer de expressa determinação legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/81, art. 3º, IV, c.c. o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um dever de ação estatal – direto e mais rígido – que aquele que jorra, segundo a

interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

(...)

Nesse contexto, forçoso reconhecer a responsabilidade solidária do Estado quando, *devendo agir para evitar o dano ambiental*, mantém-se inerte ou age de forma deficiente ou tardia. Ocorre aí *inexecução de uma obrigação de agir* por quem tinha o dever de atuar. Agir no sentido de prevenir (e, cada vez mais, se fala em precaução), mitigar o dano, cobrar sua restauração e punir exemplarmente os infratores. A responsabilização estatal decorre de omissão que desrespeita estipulação *ex vi legis*, expressa ou implícita, fazendo tábula rasa do dever legal de controle e fiscalização da degradação ambiental, prerrogativa essa em que o Estado detém quase um monopólio. Ao omitir-se contribui, mesmo que indiretamente, para a ocorrência, consolidação ou agravamento do dano. Importa ressaltar, mais uma vez, que não há porque investigar culpa ou dolo do Estado (exceto para fins de responsabilização pessoal do agente público), pois não se sai do domínio da responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, que afasta o regime comum, baseado no elemento subjetivo, de responsabilização da Administração por comportamento omissivo. (...)

Por todo o exposto, é perceptível, através de uma interpretação sistêmica do nosso arcabouço legal determinar que a

responsabilidade do Poder Público pelos danos causados ao meio ambiente, decorrentes de sua conduta omissiva, é objetiva, até porque desta forma se promoverá uma melhor e mais efetiva tutela ambiental. O que se coaduna com os postulados da prevenção, pois serve como mais um meio de forçá-lo a atuar de maneira preventiva para evitar a ocorrência das degradações ambientais, e com o *princípio do nível elevado de proteção ambiental*, o qual impõe que seja eleita e aplicada, em situações de conflito entre mais de uma interpretação, mais de um regime jurídico ou valor, aquela que apresente um maior nível de proteção do meio ambiente:

O princípio do nível elevado de proteção ecológica aplica-se, portanto, em situações de transição, situações que possa existir comparação entre dois ou mais termos que correspondem a diferentes níveis de proteção. Havendo dois ou mais níveis, o princípio do nível de proteção elevado diz que, em concreto, deve ser escolhido aquele que se revelar mais elevado. Se houver dúvidas, é de escolher o que for globalmente mais elevado na proteção, o que permitir preservar bens ecológicos não renováveis em detrimento de bens ecológicos renováveis, o que garantir a preservação de um bem natural em maior perigo, o que garantir a preservação de uma extensão maior de um dado bem natural.^[121]

2.5.2 Responsabilidade estatal solidária, porém de execução subsidiária

A Administração Pública, como outrora afirmado, é solidária e objetivamente responsável pelos danos ambientais decorrentes da omissão do seu dever de precaução, controle e fiscalização, à medida que contribua, direta ou indiretamente, tanto

para a degradação ambiental, como para o seu agravamento ou perpetuação, nos termos da Lei n. 6.938/81 e da Constituição Federal vigente.

Todavia, é mister que a responsabilidade ambiental solidária do ente público, no caso de omissão do seu dever de fiscalização e defesa, seja de execução subsidiária, de modo que, em caso de condenação, ainda que o Poder Público também atue como responsável pelo dano, o levantamento do montante necessário para custear as medidas ambientais corretivas deve ser suportado primeiramente pelo particular e subsidiariamente pelo Estado.

E esta conclusão é extraída do fato que, caso adotássemos um entendimento diverso deste, estaríamos duplamente punindo a sociedade, seria uma espécie de *bis in idem*, haja vista que além de sofrer as consequências negativas advindas do dano ambiental, ela também teria que arcar com as despesas das medidas ambientais corretivas.

Assim, com a socialização da reparação ambiental, impediríamos a internalização das externalidades ambientais negativas geradas por aqueles que, assumindo o risco de causar o dano, decidiram, mesmo assim, explorar a atividade potencialmente com o intuito maior de lucrar. Pertinentes são as palavras de Édis Milaré acerca destas conclusões:

Na prática, para não penalizar a própria sociedade, que é quem paga as contas públicas, e que teria, em última análise, de indenizar os prejuízos decorrentes do dano ambiental, convém, diante das regras de solidariedade entre os responsáveis, só aciona o Estado quando puder ser increpada a ele a causação direta do dano. Na verdade, se é possível

escolher um dos responsáveis, segundo as regras da solidariedade, por que não se valer da opção mais conveniente aos interesses da comunidade, chamando-se, primeira e prioritariamente, aquele que lucra com a atividade?![\[122\]](#)

Não discrepa deste posicionamento o voto do Min. Herman Benjamin proferido no Resp. 1.071.741 - SP, que ao discorrer sobre a execução subsidiária nos casos de responsabilidade estatal por danos decorrentes em caso de omissão, assim afirmou:

(...)Diferentemente, a inspirá-la estão razões de ordem social, política e econômica, mas também de justiça, já que seria desaconselhável chamar o Estado – que, fruto de sua posição anômala, ao final das contas, como representante da sociedade-vítima do dano urbanístico-ambiental, também é prejudicado –, a responder, na linha de frente, pela degradação materialmente causada por terceiro e que só a este beneficia ou aproveita.

(...)

Se é certo que “todas as atividades de risco ao meio ambiente estão sob controle do Estado e, assim sendo, em tese, o mesmo responde solidariamente pelo dano ambiental provocado por terceiros”, cautela deve existir para não se “adotar irrestritamente a regra da solidariedade do Estado pelo dano ambiental, pois responsabilizando irrestritamente o Estado quem está arcando com o ônus, na prática, é a

própria sociedade” (José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, *Dano Ambiental: Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*, 2ª edição, São Paulo, 2003, p. 197).

Daí ser necessário deixar bem claro que, tendo por objetivo resguardar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não é desiderato da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas, com a socialização da reparação ambiental, embora resguardada a privatização do lucro decorrente da degradação – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material e principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e indenização pelos prejuízos causados. (...)

3. Controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente.

Tendo em vista tudo o que foi analisado e exposto até então, chegasse ao momento em que é necessário estudar a viabilidade de imposição coativa ao Poder Executivo, via Poder Judiciário, de adoção de medidas administrativas tendentes a preservar o meio ambiente, analisando tal possibilidade à luz da discricionariedade administrativa, da separação dos poderes e da vinculação do estado à proteção do direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E o tema do controle da Administração Pública ganha especial atenção quando ele está inserido na temática do direito ambiental, uma vez que, como já exposto em linhas anteriores, o Estado, quanto ao meio ambiente, exerce papéis contraditórios, pois se por um lado ele é promotor por excelência da defesa do meio ambiente, por outro, ele se apresenta como responsável direto ou indireto pela degradação ambiental. Acerca desta dualidade, Álvaro Mirra expõe:

Tal duplicidade de papéis desempenhados pelo Estado gera frequentemente dificuldades na compreensão das atribuições do Poder Público na área ambiental e na aceitação da necessidade de uma maior controle sobre as ações e as omissões estatais necessárias. Isso porque, na maioria das vezes, quando o Estado age ou se omite e com isso causa diretamente ou contribui de alguma forma para a degradação do meio ambiente, ele o faz com base no interesse público ou escudado no argumento de que persegue a satisfação de interesses ou necessidades imediatas da coletividade, dando a impressão – falsa – de não haver outra alternativa a não ser a postergação da proteção ambiental até que exigências diversas, de ordem econômica e social, sejam cumpridas.^[123]

Ao mesmo tempo, deve-se reconhecer que as dificuldades de aplicação das normas ambientais no Brasil decorrem de diversas causas, como assinala Antônio Herman Benjamin^[124], são alguns deles os problemas de desempenho dos órgãos públicos, como carência de recursos humanos e financeiros, falta de vontade política, falta de estratégias de implementação e de planejamento, preparação profissional deficiente, bem como o

clientelismo e a corrupção. Devido a esta realidade, Francisco Queiroz Cavalcante entende que se justifica

um mais efetivo controle da Administração Pública, cuja estrutura é extremamente viciada, inclusive pela excessiva penetração do elemento político no funcionamento da administração, assolada por males como o 'spoil system' na designação dos titulares de 'cargos em comissão', cujo excessivo número, sem dúvida, macula qualquer sentido de profissionalismo dos Órgãos de direção, por serem alçados a esses postos da Administração Pública pessoas que efetivamente têm bem mais vinculação com as estruturas de poder político responsáveis pelas indicações que com o efetivo interesse público.[\[125\]](#)

Tem-se, então, devido ao déficit na implementação das normas jurídicas ambientais, o surgimento, nas palavras de Antônio Herman Benjamin, de um *Estado Teatral*, o qual é marcado pela separação entre a lei e a sua aplicação, entre a norma escrita e a norma praticada.

Infelizmente, nem sempre o Estado conjuga, com igual ênfase, atuação legislativa e implementadora. É comum o Poder Público legislar, não para aplicar, mas simplesmente para aplacar, sem resolver, a insatisfação social. É o *Estado teatral*, aquele que, ao regular a proteção do meio ambiente, mantém uma situação de vácuo entre a lei e a implementação. Um Poder Público que, na letra fria do texto normativo, não se importa em bravejar, mas que fácil e rapidamente amansa diante das

dificuldades da realidade político-administrativa e de poderosos interesses econômicos, exatamente os maiores responsáveis pela degradação ambiental. A teatralidade estatal é a marca dessa separação entre lei e implementação, entre a norma escrita e a norma praticada. O resultado é uma *Ordem Pública Ambiental* incompleta.[\[126\]](#)

Observa-se que, nesta seara, muitos são os danos causados pelo Poder Público, seja por omissão ou comissão. E no tocante à omissão estatal, que é o objeto do presente estudo, Álvaro Mirra, aponta diversas situações em que o Estado se omite no cumprimento do dever de adotar medidas protetivas dos bens e recursos ambientais, são algumas delas:

Os principais exemplos extraídos da prática nessa matéria são: (i) as omissões da Administração em fiscalizar e impedir a ocorrência de degradações causadas por particulares; (ii) as omissões da Administração em efetuar o tratamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais antes do seu despejo em curso d'água; (iii) omissões da Administração em providenciar adequado depósito e tratamento de lixo urbano; (iv) as omissões da Administração em adotar as medidas necessárias para a proteção do patrimônio cultural; e (v) as omissões da Administração em providenciar a implementação efetiva de áreas naturais protegidas já criadas (como um Parque Nacional ou Estadual, uma Estação Ecológica etc.).[\[127\]](#)

Frente a estas omissões estatais cumpre perquirir se estaria, ou não, a sociedade autorizada constitucionalmente a

exigir, por meio do Judiciário, a imposição coativa ao Estado de medidas administrativas de proteção ao meio ambiente, bem como se a discricionariedade administrativa e a tripartição dos poderes são capazes de eximir o Estado de sua responsabilidade de promover políticas públicas protetivas do meio ambiente.

Resta destacar que, diante da gravidade e do perigo de irreversibilidade dos danos ambientais, para se responder tais questões satisfatoriamente, a Responsabilidade do Estado será aqui analisada “a partir não mais de elo de efeitos existentes entre a conduta do agente (comissão ou omissão), mas debater o dever de agir como um dado primário”[\[128\]](#), pois a sua responsabilidade não pode se resumir à mera reparação.

Logo, com base nas lições de Leônio José Alves da Silva, para se responder àquelas indagações, deve se ter em mente que a Responsabilidade do Estado deve ser pautada por um “novo modelo de responsabilidade civil destinado a não meramente reparar ou indenizar e sim condenar em atitude positiva o administrador para o cumprimento coercitivo de suas obrigações institucionais.”[\[129\]](#)

3.1 Principais objeções ao controle externo da administração pública.

A fim de ilustrar os principais argumentos aventados por aqueles que pugnam pela inviabilidade da imposição coativa ao Poder Executivo, através do Poder Judiciário, da adoção de medidas administrativas protetivas do meio ambiente, trazemos um julgado do Superior tribunal de Justiça, o qual apresenta possíveis fundamentos desta impossibilidade, vejamos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL.
AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

I – O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

II – Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender de proteção ao parcelamento do solo urbano.

III – Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos(construção de conjuntos habitacionais etc.). O judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

IV – As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

V – O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

VI – As atividades de realizações dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto,

determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

VII – Recurso provido.

(RECURSO ESPECIAL N. 169876-SP. RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO. DECISÃO EM 16.06.1998. PUBLICADA NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DE 21.09.1998.) (grifos nosso)

Um dos argumentos utilizados por aqueles que defendem a impossibilidade do controle das políticas públicas, e que pode ser observado nesta decisão, é o da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CF/88. Assim, para os partidários desta opinião, o judiciário não poderia controlar os atos da Administração Pública em virtude da tripartição dos poderes, sob pena de ingerência destrutiva daquele sobre o Poder Executivo.

Todavia, os que compartilham desta visão desconhecem ou desconsideram a mudança da postura do Estado frente às demandas sociais ocorrida com passagem do Estado Liberal para o Estado Social, pois, para este, a atuação do Poder Público não se reduz a simples produção da norma legal, sendo, ela apenas o ponto de partida para a concretização efetiva da finalidade estabelecida pela norma. A respeito dessa mudança Rodolfo de Camargo Mancuso aduz:

enquanto à época em que se idealizou a tripartição dos Poderes a promulgação de uma lei significava o *fim* ou o *coroamento* da precípua atividade estatal e mesmo conferia *legitimidade* ao Estado de Direito, hoje essa atividade não basta ao corrente Estado Social de Direito, em face do qual a promulgação

de uma lei surge, na verdade, como...um começo: de obrigações a serem adimplidas, de condutas a serem implementadas, a par das correspondentes responsabilidades administrativas e políticas atribuídas ao Estado e aos seus agente.

Por conta dessa evolução, a própria terminologia das atribuições do Estado foi sendo alterada, vindo a expressão *Poderes* gradativamente substituída por *Atividades* ou *Funções* (...).[\[130\]](#)

Assim, a tripartição dos poderes, que em sua concepção clássica visava evitar a concentração do Poder estatal em um único órgão, de forma a garantir proteção aos direitos humanos contra o arbítrio do Estado, com a ascensão do Estado Social ela ganha novos contornos, já que neste modelo é indispensável o controle de um Poder sobre o outro, como forma de concretização dos objetivos estabelecidos na Constituição. Nesse sentido afirma Lídia Helena Ferreira da Costa Passos:

Neste contexto, só se pode compreender a disposição do art. 2 da ordem constitucional mediante a consideração de seus princípios sociais e fundamentais: mais do que mera “divisão funcional” do poder soberano, tendente à garantia *instrumental* contra a tirania ou o autoritarismo político, trata-se aqui de adotar o mecanismo de garantia material das finalidades e princípios assegurados pelo legislador ordinário.

O Poder que controla o Poder, visto sobre este prisma, não pode ser um *freio*, que limite o

Poder Democrático (que, de resto, por ser soberano, não pode mesmo ser limitado, como já demonstrou o grande Hobbes), mas é o mecanismo que *reafirma*, fazendo-o forte, vivo e eficaz.

As esferas dos poderes-funções do Estado Democrático de Direito devem ser vistas, portanto, com a imagem da independência dos elementos de um sistema de engrenagens: funcionalmente independentes, porém finalisticamente integradas - “harmônicas entre si” -, para usar a expressão constitucional.[\[131\]](#)

Mostra-se, desta feita, que a separação dos poderes, atualmente vista como interação e complementariedade,[\[132\]](#) entre as funções do Estado, finalisticamente dirigida à concretização da Constituição, não é um obstáculo ao controle das Polícias Públicas estatais pelo Judiciário, mas sim, um fundamento para tal possibilidade, já que este controle vem a reafirmar o compromisso de todos os Poderes para o alcance dos preceitos constitucionais. “Não há cogitar, de intromissão indevida de um Poder na esfera de atribuições de outro. O que se pretende com a sindicabilidade dos atos administrativos é afirmar a possibilidade de controle *finalístico*, a fim de que se garanta o respeito à ordem jurídica estabelecida pela atuação governamental.”[\[133\]](#)

Nesse sentido é a lição de Álvaro Mirra:

Ora, se assim de fato é, ou seja, se a separação de poderes representa uma garantia destinada a assegurar a proteção dos direitos humanos contra o arbítrio do Estado, seria no mínimo contraditório que ela fosse invocada pelos detentores do poder de administração com

fundamento precisamente para negar a preservação de um direito fundamental – o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – que se pretende alcançar com a supressão da omissão estatal lesiva.[\[134\]](#)

Utiliza-se também como argumento capaz de obstaculizar a sindicabilidade judicial dos atos administrativos uma suposta falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, já que seus membros não são eleitos pela via do voto popular, pois, são alçados ao cargo público através de concursos públicos de provas e títulos.

Em primeiro lugar, é de bom alvitre destacar que é atribuído ao Poder Público o dever de atuar na defesa do meio ambiente, não apenas no âmbito executivo, mas, também, no âmbito legislativo e jurisdicional, ou seja, todos os Poderes são destinatários do comando normativo do art. 225 da Constituição. Razão pela qual podemos afirmar que existe um verdadeiro dever de cooperação entre eles.

Ademais, assim como a escolha dos membros do Poder Legislativo e do Executivo, por meios das eleições, não é capaz de eximi-los do controle judicial das políticas públicas, pois, pensar de modo contrário seria aceitar que são imunes à responsabilidade perante o eleitorado, a democracia participativa brasileira não se resume, nem se exaure, simplesmente, com eleição dos membros daqueles Poderes.

A participação popular na defesa do meio ambiente está prevista no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a Carta Constitucional de 1988, no art. 225, impôs, igualmente, à coletividade e ao Estado, o qual não tem o monopólio na gestão ambiental, o dever defender e preservá-lo. E entre os meios de

participação popular na proteção do meio ambiente, Álvaro Mirra aponta os seguintes:

a) *a participação popular nos processos de criação do direito ambiental* – que se dá por intermédio da iniciativa popular nos procedimentos legislativos, pela realização de referendos sobre leis e pela atuação de representantes da sociedade civil em órgãos dotados de poderes normativos ou regulamentares, como o Conama; b) *a participação popular na formulação e na execução de políticas públicas ambientais* – que se dá pela atuação de representantes da sociedade em órgãos colegiados incumbidos pela formulação de diretrizes e pelo acompanhamentos da execução de políticas públicas ou por ocasião da discussão de estudos de impacto ambiental em audiências públicas; e c) *a participação judicial, que é que nos interessa aqui mais de perto, ou seja, a participação popular por intermédio do Poder Judiciário na proteção do meio ambiente.*^[135](grifos nossos)

Sendo assim, o processo judicial utilizado como canal de participação da sociedade na defesa do meio ambiente, deixa explícito que ele está cumprindo suas funções^[136], quais sejam, sua *função jurídica*, de realizar o direito ambiental, sua *função social*, de educar as pessoas ao exercício de práticas sustentáveis e de respeito aos valores ambientais, e ainda sua *função política*, como meio de participação do cidadão na conservação dos bens e valores ambientais.

Nestes termos, quando se está a debater acerca do controle judicial das omissões estatais na defesa do meio ambiente, se discute, na verdade, a próprio controle da sociedade por intermédio do Poder Judiciário, já que este se apresenta como um canal apto a concretizar a participação e o controle do cidadão sobre o Poder Público.

Não há como não admitir, sob o argumento de ausência de legitimidade democrática do judiciário, o controle social, pela via judicial, sobre as omissões da administração na preservação do meio ambiente, pois, “quando se fala em controle judicial sobre a omissão da Administração Pública na proteção do meio ambiente, está se referindo ao controle da sociedade *por intermédio* do Poder Judiciário”[\[137\]](#). Acerca deste aspecto, valiosos são os ensinamentos de Álvaro Mirra:

Dito de outra maneira, não é o juiz propriamente, não é o Judiciário a rigor, que efetua o controle sobre a Administração Pública nesse caso, mas sim a sociedade, representada em juízo pelos cidadãos ou por entes representativos dos seus interesses na defesa do meio ambiente. O judiciário, na verdade, é apenas o canal de que se vale a sociedade para o controle da Administração Pública na área ambiental. (...)

Na verdade, não é o judiciário que supre a inércia da Administração nessas hipóteses, mas sim a sociedade organizada, que tem o direito de ver cumpridas as obrigações legais e constitucionais impostas ao Poder Público para a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do § 1º, do art. 225 da CF.[\[138\]](#)

Outro artifício usado, inclusive pelo Magistrado que proferiu a decisão acima exposta, para inviabilizar o controle do Poder Judiciário sobre os atos e omissões administrativas é o da discricionariedade[139] que reveste a atuação da Administração Pública, e quanto a isto, Carlos Roberto de Siqueira Campos observa que:

essa excessiva deferência de nossa ordem jurídica às competências discricionárias do Poder Público, notadamente no campo do poder de polícia, bem revela a idolatria do Estado no Brasil e sua função autoritária, em cujo âmago descansa a proeminência e a incontrastabilidade dos agentes governamentais em face do cidadão comum (...)

No torvelinho desse autoritarismo jurídico, a Constituição e o remanescente das liberdades públicas nela consignadas, a despeito de toda sorte de atos institucionais e complementares que mutilaram a ambas, acabaram tragadas pelo poder discricionário das autoridades executivas...A bem dizer, as tênues fronteiras entre a discricionariedade e a arbitrariedade esmaeceram, deixando os indivíduos e a coletividade num persistente estado de orfandade (...).[140]

Acerca da discricionariedade administrativa, se faz oportuno trazer as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello. Ele nos chama a atenção para o fato de que a ordenação normativa impõe que seja alcançada uma série de finalidades, as quais se apresentam como obrigatórias para o agente estatal. E, para que este cumpra o seu dever, e assim, obtenha as metas fixadas pelo ordenamento jurídico, lhe é atribuído poder, o qual tem que ser

manejado, exclusivamente, para que se atinjam as finalidades.^[141] “Então, se percebe que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever*”^[142], de finalidade a ser cumprida.

O poder, nesse sentido, se apresenta como instrumento indispensável para o cumprimento do dever, da finalidade estampada na lei, o que nos revela o caráter funcional da atividade administrativa, pois, se encontra sempre sujeita ao dever de atingir a finalidade. Tendo isso em mente, “percebe-se que o 'poder discricionário' tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*.(...) compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um 'poder' discricionário”^[143].

O autor ainda nos lembra de que a discricionariedade existe, justamente, pelo fato de o legislador, ao notar a impossibilidade de fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo imprescindível para cada caso concreto, percebeu, também, a necessidade de conferir certa margem de liberdade ao administrador para adotar, diante das circunstâncias concretas, a melhor solução possível, aquela que atenda com perfeição a finalidade da lei.

Então, “a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim”^[144]. A discricionariedade administrativa não confere ao administrador a possibilidade de adotar qualquer medida, diante das várias possibilidades abstratamente consideradas pela norma jurídica, mas, sim, aquela que se mostre ótima, perfeita às contingências do caso concreto, e que, por via de consequência, atenda a finalidade legal. Ao encontro desse entendimento, vejamos:

Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivete para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, *nos casos de discricionariade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.* [\[145\]](#)

Existe, como se constata, uma correlação lógica entre os meios empregados e a finalidade legal, razão pela qual, ao praticar ou não certo ato, ou um ou outro tipo, tais opções devem corresponder a meios idôneos ao cumprimento do objetivo fixado pela norma jurídica. De modo que, caso o administrador tenha “praticado ato discrepante do único cabível, ou se tiver eleito algum seguramente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, o Judiciário deverá prestar a adequada revisão jurisdicional, porquanto, em rigor, a Administração terá desbordado da esfera discricionária” [\[146\]](#) [\[147\]](#).

É importante, também, trazer as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma vez que ela leciona que a “discricionariade não é mais a liberdade de atuação limitada pela *lei*, mas a liberdade de atuação limitada pelo *direito*” [\[148\]](#), o que inclui não apenas a lei, no seu sentido formal, mas, também, todos os princípios que integram, implícito ou explicitamente, a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, além do controle judicial da competência, da finalidade, da forma de dos motivos determinantes da ação da autoridade administrativa, se usa também como parâmetro de controle dos atos administrativos os princípios da moralidade

administrativa, da supremacia do interesse público, da razoabilidade, da precaução, entre outros. Portanto, “A discricionariedade, se existente, será sempre *vinculada aos princípios constitucionais*”[\[149\]](#).

Acerca do assunto, são as palavras de Maria Sylvia Z. Di Pietro:

Todos esses princípios foram acolhidos implícita ou explicitamente na Constituição Federal de 1988. Eles limitam a discricionariedade administrativa, norteiam a tarefa do legislador e ampliam a ação do Poder Judiciário, que não poderá cingir-se ao exame puramente formal da lei e do ato administrativo, pois terá que confrontá-los com os valores consagrados como dogmas na Constituição.[\[150\]](#)

Não existe, portanto, uma discricionariedade pura[\[151\]](#) capaz de impedir a sindicabilidade dos atos administrativos, ainda que este se enquadre na categoria de ato político, pois, a autoridade administrativa sempre estará vinculada aos princípios constitucionais fundamentais, às finalidades que estes pretendem atingir. Nesse sentido leciona Rodolfo de Camargo Mancuso:

Hoje já se vai formando um consenso no sentido de que, dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de *efetiva discricção* nos atos e condutas da Administração Pública, quase se podendo falar que os atos discricionários hoje já estão sujeitos a uma sorte *deliberdade vigiada!*

Em matéria ambiental, como já afirmado em momentos anteriores, o texto constitucional, bem como as normas infraconstitucionais, estabelecem, deliberadamente, como finalidade a preservação da qualidade de vida e a proteção do meio ambiental contra as ações degradantes, incumbindo ao ente estatal não poluir, bem como evitar danos ambientais causados pelos administrados.

Ou seja, foi pré-estabelecido, pela CF de 1988, no intuito de concretizar a ordem socioambiental constitucional vigente, o dever do Poder Público elaborar e implementar políticas públicas aptas a assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. “Não há falar, portanto, em possibilidade de deliberação da Administração Pública sobre *oportunidade* ou a *conveniência* em implementar políticas públicas já determinadas pela Constituição Federal.”[\[152\]](#)

Assim, reconhecida a contaminação dos atos administrativos pelos princípios constitucionais, o ente público não pode alegar a discricionariedade com o intuito de justificar a sua omissão na defesa dos bens e valores ambientais, já que ele está vinculado aos objetivos e fundamentos do Estado Social Ambiental, os quais foram traçados pelo legislador constituinte e ordinário.

Há, dessa maneira, um verdadeiro dever, uma obrigação, do Estado de implementar políticas públicas que assegurem o equilíbrio ecológico, de modo que não é ofertada a ninguém, inclusive ao ente estatal, dentre as possibilidades de escolha, aquela que represente omissão no cumprimento da Constituição. Logo, quando estamos a discutir o papel do Estado no resguardo do equilíbrio ecológico, a nossa Magna Carta apresenta a ele apenas uma possibilidade, qual seja, a de defender e preservar o meio ambiente.

Logo, no tocante a matéria de políticas públicas ambientais, a discussão, acerca do controle externo dos atos da administração, se dará quanto aos meios empregados para implementá-las, se eram, ou não, razoáveis, idôneos, se atendiam com perfeição a finalidade constitucional, e não se o ente público tinha ou não o dever de concretizá-las, pois a existência desse dever é inquestionável.

Assim, no plano das políticas públicas, quando a Constituição determina um fazer ao Estado, o qual foi estabelecido no tocante à proteção ambiental, automaticamente ele assume a condição de “devedor” e, assim, fica assegurada aos cidadãos a possibilidade de cobrança, via Poder Judiciário, de sua obrigação de fazer, de cumprir o seu dever. “Onde o processo político da definição concretizadora e implementação de uma política pública falha em nível do Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o *dever* de intervir.”^[153]

Nessa senda, a omissão do estado na proteção ambiental não se coloca entre as opções idôneas da administração para a consecução das normas da ordem socioambiental, mas se mostra, antes de tudo, como uma negação dos princípios e valores ambientais estampados na nossa Carta Constitucional. Consequentemente, surge a possibilidade de imposição coativa, pelo Poder Judiciário, ao Executivo de adoção das medidas administrativas indispensáveis à proteção do meio ambiente.

Quanto ao assunto, importante são as palavras de Andreas J. Krell:

No fundo, a questão envolve a própria supremacia da Constituição: se o texto da Carta Federal declara a proteção ao meio ambiente e a promoção da saúde pública expressamente como *deveres* do Poder Público, tem que ser

dada também a possibilidade ao Judiciário de corrigir possíveis omissões dos outros Poderes no cumprimento destes deveres.[\[154\]](#)

Outra tese utilizada é a da inoponibilidade à administração pública de determinações judiciais que representem ingerência no planejamento orçamentário e financeiro do ente público, feito em conjunto entre o Executivo e o Legislativo, já que as atividades concretas da administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades fixado pelo gestor público[\[155\]](#).

É inquestionável que os gastos públicos devem ser compatíveis com o plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, lei orçamentária anual e com a Lei complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), para que assim se possa zelar pelo equilíbrio orçamentário das contas públicas.

Todavia, isto, em nada modifica a possibilidade de controle judicial sobre as políticas públicas estabelecidas como prioridade pelo Poder Legislativo e Executivo, notadamente quando se omitem em prever na peça orçamentária numerário capaz concretizar e implementar políticas públicas que são estabelecidas, de antemão, como prioritárias pela Constituição. Antes mesmo de a Administração estar vinculada ao orçamento aprovado, ela estar vinculada aos preceitos fundamentais inseridos na Constituição de 1988. Afinal, quem governa é a Constituição.

Contudo, é preciso ter em mente que condicionar a realização de bens e interesses sociais à decisão política orçamentária importaria em ignorar a eficácia vinculante e a força normativas da Constituição, o que permitiria frustrar a efetividade de seus preceitos com a opção não alocar recursos necessários a sua fruição e concretização.

No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo, citada por Ximena Cardozo[156]:

O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pela Constituição Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada. Nessa linha de raciocínio, vejo como possível a acumulação de pedidos em ação civil pública, um referente à obrigação de não fazer (deixar de lançar efluentes não tratados) e outro pertinente à inclusão da respectiva despesa no orçamento do ano seguinte.

Sendo assim, no momento da exigência da concretização de direitos sociais por meio de políticas públicas, é necessário levar em conta questões de ordem orçamentária (Ex.: se o orçamento do ano de certo ente estatal comporta ou não a realização da obra necessária), todavia este mister não constitui empecilho à possibilidade de condenação da Fazenda Pública em executar programas de defesa ambiental. Segundo Ximena Cardozo, tal necessidade:

não funcionará como obstáculo à pretensão deduzida contra o ente público responsável; apenas determinará a observância das etapas fundamentais à obtenção dos resultados buscados: inexistindo recursos suficientes no orçamento do órgão estatal para a concreção das atividades exigidas, a determinação de seu

cumprimento passará, necessariamente, pela previsão de verbas para o exercício seguinte ou, ainda, pela formalização de crédito adicional, nas hipóteses admitidas pela legislação de regência.[\[157\]](#)

Nesta linha de pensamento também se encontra Luiz Renato Topan:

O Estado trabalha vinculado a um orçamento. Portanto, quando se condena o Estado a atuar e esta atuação gera a necessidade de uma obra pública, deve-se perquirir, no momento procedimental próprio, se aquele ente estatal possui verba em seu orçamento compatível. Se existirem fundos próprios e suficientes para a feitura da obra almejada, será o Poder Público condenado de imediato (logicamente dentro dos prazos técnicos do caso concreto) a realizar tal obra. Porém, se o orçamento daquele ano não comportar mais a magnitude desta obra, o ente estatal será inicialmente condenado a incluir no próximo orçamento verba específica à obra pleiteada, sendo em sequência condenado à realização propriamente dita da obra. [\[158\]](#)

Não se aplica, também, em relação às políticas públicas asseguradoras de direitos socioambientais a reserva possível em sua dimensão que diz respeito à efetiva disponibilidade fática dos recursos financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais. O argumento, aqui, é um só: não existem recursos financeiros disponíveis à efetivação do direito. E ele é usado, de forma retórica, para justificar as omissões ambientais estatais em promover políticas públicas de proteção do meio ambiente, e para o

descumprimento de preceitos socioambientais que norteiam a atuação estatal . Sobre o assunto, vejamos as palavras de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo:

(...) vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais.[\[159\]](#)

E este caráter retórico, se torna ainda mais visível diante das contradições dos planos governamentais, que não raras vezes elegem políticas públicas pouco condizentes com as reais demandas sociais, como ocorrem com as despesas de propagandas nas mídias, concertos musicais ou em obras faraônicas, como a construção dos dozes estádios de futebol para a Copa do Mundo de 2014. “Nestas condições o controle judicial importa na composição do *déficit* de legitimidade das opções políticas com a preservação dos bens e interesses sociais pela adjudicação das prestações necessárias.”[\[160\]](#)

É preciso levar em consideração as lições de Eros Grau, pois ele ensina que a reserva do possível “não pode ser reduzida *a limite posto pelo orçamento*, até porque, se fosse assim,

um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivaleria, na prática, como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica.”[\[161\]](#) Condicionar a prestação de direitos sociais, econômicos e culturais à existência de cofres cheios implicaria reduzir a sua eficácia a zero.

Se por uma lado é difícil implementar todos estes direitos de uma vez só, por razões de ordem financeiro, entre outras, por outro é inegável que o Estado deve prestá-los, logo, na busca conciliar esta realidade eles devem ser satisfeitos de forma progressiva e planejada. Neste sentido, Anderson Rosa Vaz entende que a cláusula do reserva do possível deve ser trabalhada como pressuposto de planejamento e efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, e não como barreira[\[162\]](#).

O autor entende que quando o Estado alega a falta de recursos para efetivar direitos econômicos sociais e culturais a agressão aos direitos humanos é dupla: “uma comissiva, caracterizada pela má gestão dos recursos públicos e que acaba por gerar uma lesão comissiva, explicitada pela inércia na efetivação dos direitos humanos”[\[163\]](#). E ainda assevera:

Claro que não se trata de exigir a prestação estatal sem desconsiderar os limites do orçamento. (...)

Ocorre que a mera alegação da cláusula da reserva do possível não é motivo bastante para obstacularizar a efetivação desses direitos. O Poder Público, caso alegue essa cláusula, deve demonstrar o tratamento que o direito social lesado está recebendo no orçamento. Tanto no passado, quanto no presente, quanto no futuro.[\[164\]](#)

Portanto, não parece razoável aceitar que a cláusula da reserva do possível possa ser limitadora dos direitos socioambientais, pelo contrário, é exigível que o Estado programe os orçamentos públicos e suas políticas públicas com recursos necessários à efetivação progressiva desses direitos, o que implica reconhecer que estes direitos deveriam ter sido concretizados ontem, e que são necessárias medidas para o presente e para o futuro.

3.2 Possibilidade do controle, via Poder Judiciário, das omissões estatais lesivas à qualidade ambiental: algumas decisões.

Haja vista que não há que se falar em ingerência destrutiva do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, não havendo, desta forma, violação da separação dos Poderes, bem como, “que na maioria das questões relacionadas com a proteção ambiental não há mais, propriamente, liberdade efetiva do administrador na escolha do momento conveniente e oportuno para a adoção de medidas específicas de preservação”^[165], nem mesmo sob a alegação de contingências de ordem orçamentária, impõe-se admitir o controle judicial sobre as omissões da Administração Pública na proteção do meio ambiente através da imposição de medidas positivas de preservação ambiental em ações judiciais que visem o cumprimento de obrigação de fazer.

Atualmente a responsabilidade civil pode ter diversos efeitos principais, não se limitando à simples reparação do dano, “pois muitas vezes não basta indenizar, mas fazer cessar a causa da mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto.”^[166]

Sendo assim, o controle judicial das omissões do Poder Público nas questões ambientais pode se dar, no âmbito da responsabilidade civil do Estado, tanto para se obter a reparação do dano causado ao ambiente, quanto para a supressão da omissão estatal danosa. Acerca das finalidades visadas em matéria de responsabilidade civil, Álvaro Mirra leciona:

Se em certa matéria a responsabilidade civil for utilizada como meio de obter a cessação ou diminuição de um *prejuízo*, o seu efeito vai ser a *reparação do dano*. Se, diversamente, a responsabilidade civil for utilizada como meio de fazer cessar *a atividade ou omissão que se encontra na origem do dano*, o seu efeito vai ser a *supressão de uma situação ou fato danoso*. (...) Tudo depende, portanto da opção que se fizer em determinado ordenamento jurídico, quanto aos efeitos da responsabilidade civil no tocante a determinada matéria.

(...) A supressão da atividade ou omissão danosa é uma providência autônoma, cujo objetivo é inviabilizar a renovação do dano já reparado ou em vias de reparação ou impedir o agravamento do prejuízo ainda não reparado. Ela se distingue da reparação do dano porque a reparação age diretamente sobre o dano e apenas sobre o dano; já a supressão do fato danoso atua sobre a *causa* do dano, eliminando a *fonte* do prejuízo.[\[167\]](#)

O autor ainda nos ensina que a prevenção do dano também se apresenta como um dos efeitos da responsabilidade civil, a qual se diferencia da supressão, ainda que reconheça certa similitude entre elas, já que “a prevenção atua também sobre a fonte

do dano, para evitar a sua produção, tanto quanto a supressão do fato danoso constitui, de sua parte, a prevenção da renovação do dano já consumado e reparado ou da agravação antes da reparação.”[\[168\]](#) Todavia, a supressão de uma atividade ou inatividade lesiva, como efeito da responsabilidade civil, supõe a existência do dano, enquanto que a prevenção não admite a existência do dano, pois, ela tem como finalidade impedir a aparição ou consumação do dano.[\[169\]](#)

Tem-se que a reparação do dano, a supressão da atividade ou omissão danosa e a prevenção são providências juridicamente válidas no âmbito da responsabilidade civil em matéria ambiental. O que é reforçado pelos arts. 3º e 11 da Lei n. 7.347/85, os quais prevêem a possibilidade de manejo da ação civil pública ambiental com o intuito de obter obrigação de fazer ou não fazer tendentes ao cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade (ou inatividade) lesiva. Por sua vez, o art. 4º desta lei permite a utilização da ação civil pública para o fim específico de prevenção ao dano ambiental.

Sendo assim, quando o constituinte, no art. 225, § 3º, da CF, e o legislador ordinário, no art. 4º, VI e VII, e no art. 14, caput, e § 1º, da lei 6.938/81, fazem uso das expressões “reparação”, “restauração”, “recuperação” e “correção” de danos ambientais, eles a usam em sentido amplo, de modo a abarcar, como possíveis efeitos da responsabilidade civil em matéria ambiental, não só a reparação do dano, mas também a prevenção e a supressão da atividade ou omissão danosa à qualidade ambiental.

Essas conclusões são corroboradas pelos princípios da precaução e da prevenção[\[170\]](#), os quais “informam a responsabilidade civil pelo dano ambiental proporcionando a alteração do *modus operandi* que determinou a degradação, pelo que atuam diretamente na fase anterior à produção do dano, e

conduzem para a responsabilização *ex ante*”[\[171\]](#). “As ações incidentes sobre o meio ambiente devem evitar sobretudo a criação de poluições e perturbações na origem e não apenas combater posteriormente os seus efeitos, sendo melhor prevenir a degradação ambiental do que remediá-la *a posteriori*.”[\[172\]](#)

Portanto, há uma verdadeira mudança de paradigma acerca do momento da incidência da responsabilidade civil pelo dano ambiental, o qual se desloca para a fase anterior à produção do dano ambiental. Ou seja, é mais importante adotar medidas ambientais profiláticas ou minimizadoras do dano, que esperar a sua consumação, para só a partir de então adotar soluções reparadoras ou meramente indenizatórias.

Nessa senda, admitir o controle judicial das omissões do poder público na prestação de serviços públicos protetivos do meio ambiente, de modo a conferir àquele a possibilidade de impor a este um fazer ou não fazer protetivos do ambiente, só vem a confirmar o dever de cooperação entre todos na proteção dos bens e valores ambientais, uma vez que a tarefa de atuar preventivamente é uma responsabilidade compartilhada por todos, ou seja, pela sociedade e pelo Estado, incluídos aqui não só o Poder Executivo ou Legislativo, mas também o Poder Judiciário.

E como o dever de atuar preventivamente na proteção ambiental também cabe ao Judiciário, conseqüentemente, ele deve condenar a Administração Pública a adotar medidas preventivas ou aptas a cessar o dano, quando estas não forem implantadas espontaneamente. Já que é possível condená-la a realizar despesas para reparar o dano ambiental, uma vez acolhido o pedido, é ilógico pensar que o Judiciário não pode condená-la a realizar gastos aptos a evitar ou minimizar lesões ambiente. Como ele pode ser instado a atuar posteriormente, também pode ser chamado para prevenir ou cessar uma lesão..

Em posicionamento favorável à tese de uma ingerência construtiva do Poder Judiciário na Administração Pública, a partir da premissa de complementariedade e interação entre os Poderes, a qual é aqui defendida, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a omissão do Estado, reconheceu como legítimo o controle e intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, vejamos:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (...)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...) pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais

e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...)

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-

a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (...)

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente

uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

(ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004) (grifos nossos)

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar Recurso Especial 429.570-GO, corroborou este entendimento^[173], inclusive, reconheceu a possibilidade de interferência judicial no orçamento público para que sejam incluídos recursos necessários à realização de obras de recuperação em prol do meio ambiente.

A pergunta que se faz é a seguinte: pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no

assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º, da lei de ação civil pública?(...)

Entendo que a ótica sob a qual se deve analisar a questão não é puramente a da natureza do ato administrativo, mas a da responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorram danos ao meio ambiente.

Estando, pois, provado que a erosão causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado.

O primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração.

No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei.

A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo

abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário.

A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de *super poder*, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade.

Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar. Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o

Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do

administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.(...)

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para ordenar que a Administração providencie imediatamente as obras necessárias à recomposição do meio ambiente” (DJ de 22.03.2004, Relatora Min. Eliana Calmon).

Portanto, no âmbito da responsabilidade civil ambiental é perfeitamente possível obter a supressão das omissões estatais lesivas ao meio ambiente, o que poderá gerar, como uma de suas consequências, a depender do caso concreto, a implementação obrigatória, por parte do Poder Público, de políticas públicas e obras em prol do meio ambiente.

Conclusões

O dever de tutelar o meio ambiente é imposto ao Poder Público e à coletividade, tratando-se de responsabilidade compartilhada, sendo a intervenção do Poder Público obrigatória. É imperativo que o Poder Público atue preventivamente ou repressivamente, assumindo o papel no sentido de evitar a ocorrência de danos ambientais.

As particularidades do dano ambiental e da responsabilidade a ele correspondente, que extrapolam os limites do sistema

tradicional da responsabilidade civil, exigem, para o fim de garantir a efetividade na proteção ambiental: que se adote a responsabilidade objetiva com base na teoria do risco integral; transferência da prova do nexo causal ao degradador, através da inversão do ônus da prova; a aceitação de uma teoria da causalidade em que prevalece o requisito da probabilidade, ao invés da certeza.

A responsabilidade ambiental do Poder Público, advindos de danos ocasionados ao meio ambiente por meio de condutas comissivas ou omissivas, deve ser considerada objetiva, independentemente da indagação de dolo ou culpa, e solidária, pois todos aqueles que contribuem, direta ou indiretamente, para a ocorrência do dano ambiental, devem ser responsabilizados.

No caso de omissão de dever de fiscalização, a responsabilidade da Administração é solidária, porém de execução subsidiária, de modo que o levantamento do montante necessário para custear as medidas ambientais corretivas deve ser suportado primeiramente pelo particular e subsidiariamente pelo Estado.

A Responsabilidade do Estado deve ser pautada por um modelo de responsabilidade civil destinado a não meramente reparar ou indenizar e sim condenar em atitude positiva preventiva o administrador para o cumprimento coercitivo de suas obrigações constitucionais e institucionais.

Assim, argumentos como separação dos poderes, falta de legitimidade democrática, discricionariedade administrativa, falta de previsão orçamentária ou da reserva do financeiramente possível não podem impedir o controle do Poder Judiciário sobre as omissões estatais lesivas ao meio ambiente, razão pela qual estas objeções devem ser superadas para possibilitarmos o controle da Administração Pública, caso contrário, sob pena de admitirmos a

negação de direitos sociambientais assegurados pela Carta Constitucional.

Bibliografia

ALMEIDA, Maria Tereza Perez de. **O Estado e a responsabilidade civil por omissão na proteção ao ambiente**. Recife: Ed. Do autor, 2003.

ALVES, Sérgio Osborne Moreira. **A discricionariedade dos atos administrativos na proteção do meio ambiente em um estado socioambiental de direito**. In: Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, n.35. São Paulo: Magister Editora, Abr-Maio-2011,

ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do ambiente da União Europeia, In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Ricardo Cavalcante. **A responsabilidade civil do Estado por omissão em face do dano ambiental**. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.63. São Paulo: RT, jul-set/2011.

BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.09. São Paulo: RT, jan-mar-1998.

_____. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O estado teatral e a implementação do direito ambiental.** p. 7. Disponível em: <http://bdjur.sjt.org.br>

BETIOL, Luciana Stoco. **Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Branca Martins da. **Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas.** In: *Revista de Direito Ambiental*, n.05. São Paulo: RT, jan-mar-1997.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ, Sérgio. **Responsabilidade civil por dano ecológico.** *Revista de Direito Público*, v.49-50. São Paulo: 1979.

FERREIRA, Ximena Cardozo. **Possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente.** In: *Revista de Direito Ambiental*, n.47. São Paulo: RT, julh/set 2007.

FREITAS, Juarez. **A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão.** In: *Revista de direito administrativo*, n. 241. Rio de Janeiro: 2005.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código civil comentado.** Barueri: Manole, 2008.

JÚNIOR, Diley da Cunha. **Curso de direito constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2010.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Antonio Fabris, 2002.

_____. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: em estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: RT, 2003.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Snadra. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas**. In: Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Angélica Bauer. A cidadania ambiental e a construção do Estado de direito do meio ambiente. In: FERREIRA, Heline Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Estado de direito ambiental: tendências – aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **A ação civil pública por dano ao ambiente**. In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do judiciário no controle da administração pública**. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.30. São Paulo: RT, abr/jun2003.

_____. A Noção de poluidor na lei nº 6.938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). **Aspectos Processuais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

_____. **Fundamentos do direito ambiental no Brasil**. São Paulo, RT, v.706, 1994.

_____. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente**. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.15. São Paulo: RT, julh/set 1999.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais**. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 77. São Paulo: out-dez/2011.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade, e NERY JÚNIOR, Nelson. **O Ministério Público e a responsabilidade civil por dano ambiental.** *Justitia*161. São Paulo, jan-mar/1993.

PASSOS, Lidia Helena da Costa. **Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do poder judiciário nas ações civis públicas.** In: Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do STF.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PORFIRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental.** São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIQUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações.** In: Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição do retrocesso em matéria ambiental.** In: Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, n.35. São Paulo: Magister Editora, Abr-Maio-2011.

_____. **A natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental.** In: *Revista de Direito Ambiental*, n.67. São Paulo: RT, julh-set/2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Leônio José Alves da. **Omissão administrativa e disfunção social da propriedade urbana: o dirigismo urbanístico e a efetivação do direito social à moradia.** Olinda: Livro Rápido, 2011.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOFFIATI, Arthur. **A natureza no pensamento liberal clássico.** In: *Revista de Direito Ambiental*, n.20. São Paulo: RT, out-dez/2000.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TOPAN, Luiz Renato. **O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativos.** *Revista Justitia*, 56 (165). São Paulo, 1995.

VAZ, Anderson Rosa. **A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.** In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. N.66. São Paulo: jan-mar/2009.

NOTAS:

[1]JÚNIOR, Diley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 586.

[2]SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **A natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental**. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.67. São Paulo: RT, julh-set/2012, p.16.

[3]SOFFIATI, Arthur. **A natureza no pensamento liberal clássico**. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.20. São Paulo: RT, out-dez/2000, p.161.

[4]*Ibidem*, p. 176.

[5]BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 34 e 35.

[6]São algumas destas mudanças: os desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência; a inexistência da garantia do justo preço, do justo salário e justo lucro, diante da concentração de capitais e do capitalismo de grupos.

[7]JÚNIOR, Diley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. Ob. cit., p.587.

[8]SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p.292.

[9]BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Ob. cit., p.39.

[10]Silva, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 70.

[11]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 13, 81 e 93, respectivamente. Apud, BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a**

determinação da responsabilidade civil por dano ambiental.
Ob. cit., p. 41 e 42.

[12] MARQUES, Angélica Bauer. **A cidadania ambiental e a construção do Estado de direito do meio ambiente.** In: FERREIRA, Heline Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Estado de direito ambiental: tendências – aspectos constitucionais e diagnósticos.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 180.

[13] CAOTILHO, José Joaquim Gomes. **O direito ao ambiente como direito subjetivo.** In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.188. Apud SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição do retrocesso em matéria ambiental.** In: Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, n.35. São Paulo: Magister Editora, Abr-Maio/2011, p. 20 e 21.

[14] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição do retrocesso em matéria ambiental.** Ob. cit., p. 20.

[15] Dentre os princípios destaco: Princípio 1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

[16] Silva, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2008. p. 44.

[17] *Ibidem*, p.45.

[18] BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61-62.

[19] *Ibidem*, p. 69-81.

[20] “os comandos constitucionais reduzem a discricionariedade da Administração Pública, pois impõem ao administrador o permanente dever de levar em conta o meio ambiente e de, direta e positivamente, protegê-lo, bem como exigir seu respeito pelos demais membros da comunidade, abrindo ao cidadão a possibilidade de questionar ações administrativas que de forma significativa prejudiquem os sistemas naturais e a biodiversidade”. *Ibidem*, p. 75.

[21] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.151.

[22] *Ibidem*.

[23] *Ibidem*.

[24] *Ibidem*.

[25] *Ibidem*.

[26] *Ibidem*.

[27] *Ibidem*.

[28] *Ibidem*.

[29] *Ibidem*.

[30] *Ibidem*.

[31] Silva, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. Ob. cit., p.46 e 47.

[32] *Ibidem*. p.52

[33] O *caput* do art. 255 dispõe: 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.

[34] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Fundamentos do direito ambiental no Brasil**. São Paulo, RT, v.706, 1994. p.13.

[35] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.120.

[36] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. Ob. cit., p. 157.

[37] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição do retrocesso em matéria ambiental**. Ob. cit., p. 19 e 20.

[38] Art. 225, § 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.”

[39] *Ibidem*. p. 22.

[40] Milaré também destaca a ideia de um “dever estatal geral de defesa e preservação do meio ambiente”, o qual se encontra fragmentado em deveres específicos, igualmente constitucionalizados. MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. Ob. cit., p.157 e ss.

[41] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição do retrocesso em matéria ambiental**. Ob. cit., p. 24.

[42] *Ibidem*. p.24 e 25.

[43] Os conceitos de degradação ambiental e poluição ambiental podem ser visto no Art. 3, inc. II e III, vejamos: 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; (grifos nossos)

[44] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.09. São Paulo: RT, jan-mar-1998, p. 49.

[45] LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: RT, 2003. p. 94.

[46] *Ibidem*. p. 94.

[47] *Ibidem.* p.104.

[48] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental.** Ob. cit., p. 14.

[49] CRUZ, Branca Martins da. **Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas.** In: *Revista de Direito Ambiental*, n.05. São Paulo: RT, jan-mar-1997, p. 29.

[50] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental.** Ob. cit., p. 12.

[51] *Ibidem.* p. 37.

[52] CRUZ, Branca Martins da. **Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas.** Ob. cit., p. 29.

[53] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental.** Ob. cit., p. 13.

[54] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental.** Ob. cit., p. 8.

[55] *Ibidem*, p. 20 e 21.

[56] LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** Ob. cit., p. 121.

[57] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental.** Ob. cit., p. 19.

[58] LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** Ob. cit., p. 129.

[59] Art. 14 – (omissis) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da 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.(grifos nossos)

[60] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Ob. cit., p. 42 e 43.

[61] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Ob. cit., p. 44.

[62] GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código civil comentado**. Barueri: Manole, 2008. p. 857.

[63] MILARÉ, Édis. **A ação civil pública por dano ao ambiente**. In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 155.

[64] Há aqueles que admitem as excludentes, já que elas seriam a verdadeira causa do dano, razão pela qual haveria uma ruptura do nexo de causalidade entre a atividade do agente e o resultado. “Se o dano foi causado por uma fato da natureza, como uma tempestade, abalo sísmico, etc; a força maior, assim manifestada, exclui, a toda evidência, o nexo causal entre o prejuízo e a ação ou omissão da pessoa a quem se atribuiu a responsabilidade pelo prejuízo. O dano (...) foi produzido, só e só, pela tempestade, pelo abalo sísmico, etc.” PORTO, Mário Moacyr. **Pluralidade de causas do dano e redução da indenização: força maior e dano ao meio ambiente**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 638, p. 07-09, dez. 1988. p.9. *Apud* STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: As dimensões ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 181.

Existe, ainda, uma posição intermediária, a qual é defendida por Annelise Monteiro Steigleder “ que admite apenas a força maior e o fato de terceiro como causas excludentes, eis que consistem em fatos externos, desvinculados ao empreendimento, nada tendo a ver com os riscos intrínsecos ao estabelecimento ou atividade. E desde que não se trate de empresa exploradora de atividade de risco e que sua atuação não possa ser considerada causa indireta do dano.” *Ibidem*, p. 182.

[65] FERRAZ, Sérgio. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. Revista de Direito Público, v.49-50. São Paulo: 1979. p. 38.

[66] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. São Paulo: RT, 1994. p. 176. Apud LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: RT, 2003. p. 200.

[67] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Ob. cit., p. 19.

[68] PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993. p. 454. Apud José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: RT, 2003. p. 201.

[69] Nesse sentido, além dos já citados: Édis Milaré. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. ob. cit., p. 961; José Afonso da Silva. **Direito ambiental constitucional**. Ob. cit., p. 316-317; Antônio Herman V. Benjamin. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Ob. cit., p.41; José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Ob. cit., p. 199 a 202.

[70] LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. ob. cit., p. 199.

[71] Nesse sentido é do entendimento do Min. Luiz Fux, conforme julgado do STJ, Resp 442.586-SP:

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXECUÇÃO FISCAL. (...)

4. Depreende-se do texto legal a sua responsabilidade pelo risco integral, por isso que em demanda infensa a administração, poderá, inter partes, discutir a culpa e o regresso pelo evento. (...)

[72] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Ob. cit., p. 22.

[73] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Ob. cit., p. 340.

[74] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 110.

[75] Excerto de sentença proferida, em ação civil pública, da 2.^a Vara da Comarca de Sertãozinho-SP, pelo Juiz Álvaro Luiz Valery Mirra, publicada na *Revista de Direito Ambiental*, n.01. São Paulo: RT, 1996. p.238-259.

[76] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. Ob. cit., p. 114-115.

[77] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Ob. cit., p.44.

[78] CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.262.

[79] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. Ob. cit., p. 318.

[80] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Ob. cit., p.45.

[81] Segundo LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Ob. cit., p.185. A legislação alemã de 10 de dezembro de 1990 estabelece, em seu art. 6º uma presunção de causalidade do dano ambiental, no caso em que uma instalação, dada as circunstâncias de sua particularidade, estará apta a produzir dano, pois presume-se que o dano foi causado por esta instalação.

[82] LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Ob. cit., p.185.

[83] CRUZ, Branca Martins da. **Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas**. Ob. cit., p.31.

[84] LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Ob. cit., p.182. Aponta que a Convenção de Lugano, em seu art. 10, já acolhe esta perspectiva, ao determinar que o juiz deva levar em conta, no nexo de causalidade, “o risco acrescido de causar danos inerentes às atividades perigosas”. Tratando-se, isso, da aplicação da verossimilhança, pois a Convenção de Lugano incita o juiz a mostra-se menos exigente em matéria de causalidade de atividades de risco.

[85] NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade, e NERY JÚNIOR, Nelson. **O Ministério Público e a responsabilidade civil por dano ambiental**. *Justitia*161. São Paulo, jan-mar/1993. p. 63.

[86] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. Ob. cit., p. 318.

[87] PORFIRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 57.

[88] BARROSO, Ricardo Cavalcante. **A responsabilidade civil do Estado por omissão em face do dano ambiental**. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.63. São Paulo: RT, jul-set/2011, p.215.

[89] BETIOL, Luciana Stoco. **Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.181.

[90] LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Ob. cit., p. 186.

[91] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p.983.

[92] *Ibidem*, p. 989.

[93]ALMEIDA, Maria Tereza Perez de. **O Estado e a responsabilidade civil por omissão na proteção do ambiente.** Recife: Ed. do autor, 2003. p. 46.

[94]BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** Ob. Cit., p. 991.

[95] O caso versou acerca do atropelamento da menina Angès Blanco, atropelada pelo vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo da França. Seu pai moveu ação perante os tribunais civis contra o Prefeito do Departamento, sob o fundamento de que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros em decorrência da ação danosa dos seus agentes.

[96]PORFIRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental.** Ob. cit., p. 19.

[97] *Ibidem*, p. 19.

[98]MILARÉ, Édis. **A ação civil pública por dano ao ambiente.** In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.153.

[99]PORFIRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental.** Ob. Cit., p.19 e 20.

[100]ALMEIDA, Maria Tereza Perez de. **O Estado e a responsabilidade civil por omissão na proteção do ambiente.** p. 55.

[101]PORFIRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental.** Ob. Cit., p.20.

[102] *Ibidem*.p. 23.

[103]MIRRA, Álvaro Luiz Valery Mirra. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente.** In: *Revista de Direito Ambiental* , n.15. São Paulo: RT, julh/set 1999, p.61.

[104]PORFIRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas.**Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental**. Ob. cit., p. 69.

[105]BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. Ob. cit., p.1002-1003.

[106]PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 156-157.

[107]FREITAS, Juarez. **A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão**. In: Revista de direito administrativo, n. 241. Rio de Janeiro: 2005. p. 184.

[108]PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do STF**. Ob. cit., p. 168.

[109]MIRRA, Alvaro Luiz Valery . **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do judiciário no controle da administração pública**. In: *Revista de Direito Ambiental* , n.30. São Paulo: RT, abr/jun2003, p.36.

[110]LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Snadra. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.149.

[111]PORFIRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas.**Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental**. Ob. cit. p. 70.

[112]BARROSO, Ricardo Cavalcante. **A responsabilidade civil do Estado por omissão em face do dano ambiental**. In: *Revista de Direito Ambiental* , n.63. São Paulo: RT, jul-set/2011, p.227. Este autor defende, por outro lado, que a responsabilidade civil objetiva pode ser aplicada se há omissão do Estado em promover as devidas exigências para o licenciamento ambiental, já que nesses casos a omissão decorre do descumprimento direto do dever legal, o qual condiciona a emissão de licença ambiental à realização das avaliações de impacto ambiental e/ou adoção de medidas mitigadoras.

[113] Nesse sentido, veja-se a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp 647.493/SC, Segunda Turma, do Ministro Relator João Otávio de Noronha, j. em 22.05.2007, o qual trata de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União, Nova Próspera S.A. e outras companhias de extração de carvão, bem como seus sócios. A Companhia Siderurgia Nacional (CSN) e o Estado de Santa Catarina passaram a compor o pólo passivo ao longo dos trâmites processuais. O intuito de tal ação era a recuperação da região sul do Estado de Santa Catarina atingida pela poluição causada pelas empresas mineradoras. Vejamos o Acórdão:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.

2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna. (...)

[114] MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994 p.72-73.

[115] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. Ob. cit., p. 966-967.

[116] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Ob. cit., p. 340-342.

[117]SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. Ob. cit., p. 318.

[118]MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A Noção de poluidor na lei nº 6.938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). **Aspectos Processuais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 8.

[119]STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: As dimensões ambiental no direito brasileiro**. Ob. cit., p. 195.

[120] Além deste julgado, cito outros do Superior Tribunal de Justiça, o que nos faz perceber que ele vem admitindo, reiteradamente, a responsabilidade objetiva do Estado, em matéria ambiental, por omissão no seu dever de controle e fiscalização, são eles: O REsp 604.725/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 22/08/2005, em que consigna em sua ementa o seguinte teor: “5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão,nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).”; O REsp 28222/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 21/06/2005, DJ 15/10/2001 “I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Cairito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n. ° 8.987 de 13.02.95), mas

objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, §1º da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.”

[121]ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do ambiente da União Europeia, In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.31.

[122]MILARÉ, Édis. **A ação civil pública por dano ao ambiente**. Ob. cit., p.166.

[123]MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente**. Ob. Cit., p. 62.

[124]BENJAMIN, Antônio Herman V. **O estado teatral e a implementação do direito ambiental**. p. 48 e 49. Disponível em: <http://bdjur.sjt.org.br>

[125]CAVALCANTE, Francisco Queiroz B. **Breves considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional**. Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da UFPE, n. 8, Recife, 1997, p. 98s. Apud KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: em estudo comparativo**. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p.51.

[126]BENJAMIN, Antônio Herman V. **O estado teatral e a implementação do direito ambiental**. p. 7. Disponível em: <http://bdjur.sjt.org.br>

[127]MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do judiciário no controle da Administração Pública**. Ob. cit., p.36.

[128]SILVA, Leônio José Alves da. **Omissão administrativa e disfunção social da propriedade urbana: o dirigismo urbanístico e a efetivação do direito social à moradia**. Olinda: Livro Rápido, 2011. p. 123.

[129]*Ibidem*, p. 126.

[130]MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas**. In: Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.780.

[131]PASSOS, Lidia Helena da Costa. **Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do poder judiciário nas ações civis públicas**. In: Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 506.

[132]Essa interação e complementariedade pode ser vista, no ordenamento jurídico brasileiro, pois: compete ao Poder Legislativo julgar o Presidente, o Vice-Presidente da República e os ministros do STF por crimes de responsabilidade (Art. 52, I e II, da CF); o Poder Executivo legisla quando edita medidas provisórias (art. 59, V, e art. 62, ambos da CF); bem como, o Poder Judiciário administra quando promove a organização dos seus servidores (art. 96 e art. 125, ambos da CF).

[133]FERREIRA, Ximena Cardozo. **Possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.47. São Paulo: RT, julh/set 2007, p. 159.

[134]MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. Ob. cit., p. 409.

[135]MIRRA, Álvaro Luiz Valery Mirra. **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do judiciário no controle da Administração Pública**. Ob. cit., p.39.

[136] Cândido Rangel Dinamarco, citado por Álvaro Mirra, ensina que, modernamente, processo efetivo é aquele que cumpre sua *função jurídica*, de realizar o direito, sua *função social*, de eliminar as insatisfações com a justiça e de educar as pessoas ao exercício e respeito aos direitos, bem como sua *função política*, que é de servir como canal de participação dos cidadãos no destino da sociedade. .DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1987. p. 379 e ss. Apud MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do judiciário no controle da Administração Pública**. Ob. cit., p.40.

[137] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do judiciário no controle da Administração Pública**. Ob. cit., p. 40.

[138] *Ibidem*, p. 40-41.

[139] Com base nos ensinamentos de Maria Sylvia Z. Di Pietro, podemos afirmar, embora seja impossível definir todas as situações em que a discricionariedade se faz presente, que, em regra, ela se apresenta quando: 1. a lei expressamente a confere à administração; 2. a lei é insuficiente, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação; 3. a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; 4. a lei usa certos conceitos indeterminados, como “interesse público”, “valor histórico e paisagístico”, “degradação ambiental”, “impacto ecológico significativo”, entre outros. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 75 e 76.

[140] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 186s. Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. Ob. cit., p. 130.

[141] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.13-16.

[142] *Ibidem*, p.14.

[143] *Ibidem*, p.15.

[144] *Ibidem*, p.35.

[145] *Ibidem*, p.32-33.

[146] *Ibidem*, p.37.

[147] Acerca dos vícios da discricionariedade, Andreas J. Krell, com base na doutrina e jurisprudência Alemã, identifica três tipos de vícios: 1) *transgressão dos limites do poder discricionário* - em que a autoridade escolhe uma consequência não prevista ou pressupõe erroneamente a existência de fatos, os quais possibilitariam o exercício discricionário; 2) *não exercício do poder discricionário* - seria o vício da inoperância, quando o administrador deveria ter se utilizado de uma escolha, mas não o fez; 3) *abuso ou desvio do poder discricionário* - ocorre quando a autoridade se afasta da finalidade prescrita ou viola direitos fundamentais ou princípios administrativos gerais, como a igualdade e a proporcionalidade. O autor ensina, ainda, que existe “a teoria da “redução da discricionariedade a zero”: quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso em concreto eliminam a possibilidade de escolha entre as diversas opções, tornando-se juridicamente viável somente uma única solução. (...) As circunstâncias de fato, a prática administrativa e, sobretudo, os direitos fundamentais, representam uma base para essa redução da discricionariedade.” KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: em estudo comparativo**. Ob. cit., p.55.

[148] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. Ob. cit., p. 233.

[149] FERREIRA, Ximena Cardozo. **Possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. Ob. cit., p. 163.

[150]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.**Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. Ob. cit., p. 234.

[151]Nesse sentido leciona FERREIRA, Ximena Cardozo. **Possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. Ob. cit., p.165. e ALVES, Sérgio Osborne Moreira. **A discricionariedade dos atos administrativos na proteção do meio ambiente em um estado socioambiental de direito**. In: Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, n.35. São Paulo: Magister Editora, Abr-Maio-2011, p. 95.

[152]FERREIRA, Ximena Cardozo. **Possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. Ob. cit., p.164.

[153]KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: em estudo comparativo**. Ob. cit., p.85.

[154]KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Antonio Fabris, 2002. p.85.

[155] Esta, segundo Ingo Sarlet, é uma das dimensões da assim designada reserva do possível, a qual corresponde “a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.287. Dentro desta perspectiva, a impraticabilidade do controle Judicial, para os que assim entendem, reside na impossibilidade de se exigir uma escolha que não foi feita no momento oportuno, já que caberia ao

Poder Legislativo a atribuição de definir prioridades dentre as múltiplas demandas existentes em um contexto de limitação de recursos públicos. Desse modo, sendo inexistente previsão orçamentária, não caberia ao Poder Judiciário ordenar a alocação ou sequestro de verbas necessárias a realização de uma prestação, já que estaria assim desconsiderando as escolhas realizadas em um contexto de escassez de recursos e de infinitas demandas, em violação às competências constitucionais.

[156] FERREIRA, Ximena Cardozo. **Possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente.** Ob. cit., p.168.

[157] *Ibidem*, p. 169.

[158] TOPAN, Luiz Renato. **O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativos.** *Revista Justitia*, 56 (165). São Paulo, 1995. p. 54.

[159] SARLET, Ingo Wolfgang e FIQUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações.** In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2010. P. 32.

[160] MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais.** In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 77. São Paulo: out-dez/2011. P. 167.

[161] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Ob. Cit., p. 359.

[162] VAZ, Anderson Rosa. **A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.** In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. N.66. São Paulo: jan-mar/2009. P. 34-37.

[163] *Ibidem*, p. 34.

[164] *Ibidem*, p.34.

[165]MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente**. Ob. cit., p. 73.

[166]MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Ob. cit., p. 324.

[167]MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do judiciário no controle da Administração Pública**. Ob. cit., p. 42.

[168]MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**.Ob. cit., p. 371.

[169]*Ibidem*, p. 371.

[170]Alguns autores, como Nelson de Freitas Porfirio Júnior, entendem que tal distinção é desnecessária, já que a noção de precaução está contida no conceito de prevenção. PORFIRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas.**Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental**. Ob. cit., p. 38. Por outro lado, autores como Morato Leite fazem distinção. “Comparando-se o princípio da precaução com o da atuação preventiva, observa-se que o segundo exige que os perigos comprovados sejam eliminados. Já o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao meio ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta.” LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Ob. cit., p. 47.

[171]STEIGLEDER, Annelise Monteiro.**Responsabilidade civil ambiental: As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Ob. cit., p.163.

[172]CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p.348. Apud LEITE, José Rubens Morato. **Dano**

ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Ob. cit., p. 50.

[173] Também pode ser citado o Resp. 493.811-SP, DJU 15.03.2004, rel. Min. Eliana Calmon, o qual não tratava de temática ambiental, mas sim acerca da possibilidade de compelir a Prefeitura Municipal de Santos a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, assim ementado: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.