

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

MARIA JOSÉ NICOLI

**O CONTROLE JUDICIAL DAS LESÕES AO MEIO AMBIENTE
RESULTANTES DA OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO
PELO PODER EXECUTIVO**

VITÓRIA
2017

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

MARIA JOSÉ NICOLI

**O CONTROLE JUDICIAL DAS LESÕES AO MEIO AMBIENTE
RESULTANTES DA OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO
PELO PODER EXECUTIVO**

Artigo científico apresentado ao curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Ambiental

Orientador: Prof. Alessandro Camargo Silveiras

VITÓRIA

2017

O CONTROLE JUDICIAL DAS LESÕES AO MEIO AMBIENTE RESULTANTES DA OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO

Maria José Nicoli¹

Prof. Orientador de Conteúdo: Alexsandro Camargo Silveiras²

Profª. Orientadora de Conteúdo e Metodologia: Marianne Rios de Souza Martins³

RESUMO

O presente trabalho visa investigar como o Poder Judiciário tem se posicionado ante a ocorrência de omissão por parte do próprio Estado – Poder Executivo - quanto à fiscalização, de que decorre dano ou lesão ao meio ambiente, mediante a legislação vigente e da produção doutrinária pátria pertinentes à matéria. Verifica-se que a despeito de algumas controvérsias doutrinárias e das arguições em contrário, sobretudo quanto à discricionariedade atribuída à Administração Pública e ao Princípio da Separação dos Poderes, o Poder Judiciário tem se posicionado no sentido de determinar o cumprimento pelo Estado da obrigação em matéria de Direito ambiental, cabendo, inclusive, a responsabilidade civil solidária.

Palavras-chave: Dano ambiental; Omissão na fiscalização; Princípio do meio ambiente saudável; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present work aims to investigate how the judiciary has positioned itself before the occurrence of omission by the state itself – executive power – as to the supervision, that there is damage or injury to the environment, through the current legislation and the doctrinal production Country pertaining to the matter. In spite of some doctrinal controversies and arguições, in particular the discretion attributed to the public administration and the principle of separation of powers, the judiciary has been positioned to determine the Compliance with the State of the obligation in the field of environmental law, including civil liability for solidarity.

Keywords: Environmental damage; Omission in supervision; Healthy environment principle; Judicial power

¹ Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória - ES. E-mail: maria.nicoli11@gmail.com

² Advogado, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Previdenciário e Especialista em direito Processual Civil e Direito Público. Professor Universitário. Email: alexcsilveiras@hotmail.com

³ Advogada, Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela FDV. Professora Universitária. Email: mriosmartins@terra.com.br

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 O ESTADO E A TUTELA EM MATÉRIA AMBIENTAL	
1.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE.....	4
1.2 PRINCÍPIO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL.....	7
1.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	9
2 A PRECARIZAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO DO ESTADO EM MATÉRIA AMBIENTAL	
2.1 DEFINIÇÃO DE DANO OU LESÃO AMBIENTAL.....	11
2.2 A PRECARIIDADE DE FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO RESULTANDO EM DANO AMBIENTAL.....	13
3 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE AMBIENTAL EM FACE DAS OMISSÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL – DELINEAMENTOS.....	18
3.2 O CONTROLE JUDICIAL DAS LESÕES AO MEIO AMBIENTE POR OMISSÃO DO DEVER DE FISCALIZAR DO ESTADO.....	19
CONCLUSÃO	26
REFERÊNCIAS	27

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de assunto de grande relevância na atualidade: a proteção jurídica ao meio ambiente. Dada a relevância do bem jurídico, o meio ambiente não poderia deixar de ser tutelado pelo Direito, estando insculpido no artigo 225 da Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, considerado hoje, pelo Supremo Tribunal Federal - STF, Princípio que precede a todos os demais.

O cerne da pesquisa nada mais é do que a investigação de como o Poder Judiciário tem se posicionado ante a ocorrência de omissão estatal quanto à fiscalização continuada de projetos aprovados, de que decorre lesão ao meio ambiente, uma vez que não garantidas as condições inicialmente pactuadas junto aos órgãos competentes que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama. Para tanto, foram analisadas decisões jurisprudenciais e posições doutrinárias atinentes ao tema.

A fim de se atingir os objetivos, esse artigo utilizou a pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista que foram abordados conceitos doutrinários e jurisprudenciais visando equacionar o problema apresentado.

As áreas de conhecimento abrangidas pela presente pesquisa apresentam caráter multidisciplinar, com incidência de investigações contidas entre ramos diversos do Direito, como o Direito Ambiental, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Assim, o primeiro capítulo trata do papel do Estado brasileiro no tocante a tutela ambiental, a partir do que foi estabelecido pelo constituinte originário na Carta Magna de 1988, chamada também de Constituição Verde. Também será abordado o Princípio do Direito Fundamental ao meio ambiente saudável e a repercussão desse *status* nas obrigações do Estado e de toda a sociedade. Por fim, se adentrará na questão da hermenêutica constitucional, como ferramentas para a melhor interpretação das normas constitucionais a hermenêutica clássica das normas e a nova hermenêutica baseada na técnica da ponderação.

O segundo capítulo trata de delinear a omissão estatal em matéria ambiental e definir dano ou lesão ao meio ambiente, identificando tratar-se de conceito jurídico indeterminado, e, ainda, pontuar a precariedade de fiscalização pelo Estado, ensejadora de tal dano.

O terceiro e último capítulo trata da atribuição constitucional do Ministério Público em se tratando de direito difuso. Trata ainda da intervenção do Poder Judiciário, a partir do gatilho disparado pelo Ministério Público por meio da Ação Civil Pública, no sentido de realizar o controle judicial nos casos em que a ação fiscalizatória do Estado em matéria ambiental enseja a lesão.

1 O ESTADO E A TUTELA EM MATÉRIA AMBIENTAL

É sabido que hodiernamente a temática do meio ambiente insere-se em todos os meios, gerando obrigações para toda a sociedade, abrangendo as esferas do público ao privado, do indivíduo à coletividade.

Este capítulo explanará como a Carta Magna de 1988 inovou ao tratar o tema, inserindo como princípio constitucionalmente protegido o Direito Fundamental ao meio ambiente saudável, descrever as implicações correlatas, assim como dispor acerca da hermenêutica aplicada à norma constitucional.

1.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal de 1988 é tratada por muitos doutrinadores como “Constituição Verde”. Isso se deve ao fato de ter sido a primeira Carta Magna a reservar ao assunto tamanha importância.

Paulo Affonso Leme Machado (2009, p.126) aduz que “A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a primeira Constituição Brasileira em que a expressão “meio ambiente” é mencionada.”. Antes disso, segundo o autor, apenas a expressão “ecológico” foi utilizada na Emenda Constitucional nº 1/1969, pela primeira vez em um

texto constitucional, dizendo em seu artigo 172: “A lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola das terras sujeitas a intempéries e calamidades (...)”.

Assim sendo, trata-se de uma Carta inovadora em relação às demais no tocante à matéria do meio ambiente, restando nítida a preocupação do constituinte originário em conferir-lhe efetiva tutela a partir de então.

Corroborando, afirma, José Afonso da Silva (2003, p. 43), que “a Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental: Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista”. E, comparando com outros diplomas, afirma ainda:

O ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recentes. Entre nelas deliberadamente como direito fundamental da pessoa humana, não como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria em Constituições mais antigas (SILVA, 2003, p. 43).

Ao inserir no Texto de 1988 o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, o constituinte originário elevou tal direito ao nível de direito fundamental. O artigo 225, *caput*, do Texto Constitucional, assim prescreve:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

O legislador ordinário, nesse caso, tratou de criar a tutela e de determinar os sujeitos a quem a norma obriga, de modo que foi concedido um direito consubstanciado na fruição de um meio ambiente sadio e equilibrado a todo cidadão, ao tempo em que é imposto, também a todos, o dever de defendê-lo.

A respeito do uso da expressão “bem de uso comum do povo” no texto constitucional ao se referir ao meio ambiente, aduz Edis Milaré:

Ao proclamar o meio ambiente como “bem de uso comum do povo” foi reconhecida a sua natureza de “direito público subjetivo”, vale dizer, exigível

e exercitável em face do próprio Estado, que tem também a missão de protegê-lo." (MILARÉ, 2015, p.162)

Assim, o homem, na condição de cidadão, torna-se detentor do direito a um meio ambiente saudável e equilibrado e também sujeito ativo do Dever Fundamental de proteção do meio ambiente.

Não resta dúvida, entretanto, de que o dever de proteção se estende desde a esfera privada à pública, ou seja, é imposto ao Poder Público e a cada cidadão e, ainda, a todos ao mesmo tempo, sendo titulares deste direito a geração atual e, ainda, as futuras gerações.

Nesse sentido afirma Paulo Affonso Leme Machado:

O uso do pronome indefinido — "todos" - alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja.

O meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo. O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo "transindividual". Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada. Enquadra-se o direito ao meio ambiente na "problemática dos novos direitos, sobretudo a sua característica de 'direito de maior dimensão', que contém seja uma dimensão subjetiva como coletiva, que tem relação com um conjunto de utilidades" — assevera o Prof. Domenico Amirante.

A locução "todos têm direito" cria um direito subjetivo, oponível erga omnes, que é completado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental (art. 52, LXXIII, da CF). (MACHADO, 2009, p.127)

A despeito de não ter sido o tema constitucionalmente tratado antes de 1988, Édis Milaré (2015, p. 162) aduz que não estava esquecida pelo ordenamento pátrio a questão, ressaltando que, ainda que sem previsão constitucional expressa, diversos países, inclusive o nosso, promulgaram (e promulgam) leis e regulamentos de proteção do meio ambiente. Isso acontecia porque o legislador se baseava no poder geral que lhe cabia para proteger a "saúde humana". Aí está, historicamente, o primeiro fundamento para a tutela ambiental, ou seja, a saúde humana, tendo como pressuposto, explícito ou implícito, a saúde ambiental, conclui o autor.

Assim, adveio importantíssimo diploma anterior a CF DE 1988, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (BRASIL, 1981), que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, já estabelecendo, em seu art. 2º, I, como princípio dessa política o meio ambiente

como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido tendo em vista o uso coletivo.

Pelo exposto, pode-se concluir que, no contexto atual, o Direito Ambiental abriga uma ampla gama de possibilidades de participação social em defesa do bem jurídico, dada sua relevância. Estão legalmente incluídos nesse grupo, a comunidade em geral e todo o aparelho do poder estatal, inclusive Ministério Público, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, de todas as esferas de atuação.

Por fim, resta pertinente a colocação de que o direito ao meio ambiente saudável, não se exaure em si mesmo, visto que se constitui essencial à vida em sua manifestação maior, que abrange todos os seres vivos, dimensão também imprescindível à vida humana e, por consequência, à dignidade dessa.

1.2 PRINCÍPIO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

Conforme já assentado, a Constituição Federal de 1988 inovou em relação a suas antecessoras, ao trazer o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevando tal direito a princípio constitucional, na esteira de uma tendência mundial das constituições sociais.

Nesse sentido, Antônio Herman Benjamin (2007, p. 66-67) afirma que há traços comuns entre os modelos constitucionais ambientais comparados, com mínimas variações, destacando similitudes entre elas:

- a) adoção de uma compreensão sistêmica e legalmente autônoma do meio ambiente;
- b) compromisso ético de não empobrecer a terra e sua biodiversidade;
- c) estimulação da atualização do direito de propriedade para adequá-lo à proteção ambiental;
- d) opção por processos decisórios abertos, transparentes, bem-informados e democráticos (devido processo ambiental);
- e) preocupação com a implementação de normas constitucionais ambientais, trazendo as constituições instrumentos de efetivação.

Para Paulo Affonso Leme Machado, elevar, pois, a princípio constitucional o direito ao meio ambiente equilibrado, expressa o alerta do ordenamento jurídico quanto à possibilidade da eventual condição contrária:

A especial característica do princípio é a de que o desequilíbrio ecológico não é indiferente ao Direito, pois o Direito Ambiental realiza-se somente numa sociedade equilibrada ecologicamente. Cada ser humano só fluirá plenamente de um estado de bem-estar e de equidade se lhe for assegurado o direito fundamental de viver num ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição do Brasil, além de afirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determina que incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, interditando as práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que provoquem a extinção de espécies (art. 225, caput e seu par. 1º, VII). (MACHADO, 2009, p.59)

Frederico Amado (2016, p. 24), por sua vez, aduz que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é formalmente e materialmente fundamental, pois além de estar previsto na lei Maior (aspecto formal), é condição indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana (aspecto material), fonte da qual provêm todos os direitos fundamentais.

Também a correlacionar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado com o da dignidade da pessoa humana, Édís Milaré aduz:

O caráter fundamental do direito à vida torna inadequados enfoques restritos do mesmo em nossos dias; sob o direito à vida, em seu sentido próprio e moderno, não só se mantém a proteção contra qualquer privação arbitrária da vida, mas além disso encontram-se os Estados no dever de buscar diretrizes destinadas a assegurar o acesso aos meios de sobrevivência a todos os indivíduos e todos os povos. Nesse propósito, têm os Estados a obrigação de evitar riscos ambientais sérios à vida.

Por tais razões, a adoção do princípio pela nossa Carta Maior passou, no dizer de Ivette Senise Ferreira, “a nortear toda a legislação subjacente, e a dar uma nova conotação a todas as leis em vigor, no sentido de favorecer uma interpretação coerente com a orientação político-institucional então inaugurada”. (MILARÉ, 2015, p. 259-260)

Pode-se concluir, assim, a inegável força conferida ao comando de tutela do bem “meio ambiente” a partir de sua constitucionalização, além de fortalecer outros princípios basilares dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos como o do direito à vida e o da dignidade da pessoa humana.

1.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Partindo do pressuposto que as normas constitucionais são normas jurídicas - condição essa conquistada após longo processo histórico em que essa deixou de ser meramente documento político - a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica.

Para BARROSO, os elementos clássicos da interpretação jurídica (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), não podem operar isoladamente, eis que a interpretação é fruto da combinação e do controle recíproco entre tais métodos, devendo-se, portanto, levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (i. sistemática), sua finalidade (i. teleológica) e aspectos do seu processo de criação (i. histórica). (BARROSO, 2010, p. 291)

Para Uadi Lammêgo Bulos (2015, p.455) a exegese clássica como ferramenta não satisfaz totalmente as necessidades no campo da interpretação da norma constitucional:

Os métodos clássicos, entretanto, se efetivaram mediante subsunção, que é processo silogístico pelo qual o juiz trilha o seguinte roteiro: a norma constitucional é a premissa maior e o fato, a premissa menor. A sentença é o resultado da aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Assim sendo, o magistrado examina a norma em cotejo com os fatos para depois, então, decidir.

Assim, a exegese clássica das normas constitucionais, útil em diversas situações, não satisfaz, totalmente, os reclames de justiça, a ponto de solver à unanimidade os problemas interpretativos das constituições contemporâneas.

Por outro turno, Luís Roberto Barroso leciona acerca da necessidade de aplicação da ponderação na interpretação constitucional:

Sendo a Constituição um documento dialético, fruto de debate e da composição política, abriga em seu corpo, como consequência, valores e interesse contrapostos, os quais colidem em determinadas situações fáticas, como, por exemplo, o princípio da livre iniciativa e a proteção do consumidor, o princípio do meio ambiente saudável e do desenvolvimento econômico, o princípio da separação dos poderes e do dever de intervenção do Estado na proteção ao meio ambiente, podem entrar em rota de colisão. Nesses casos, os métodos tradicionais de interpretação não beneficiam de maneira significativa a solução dos conflitos, haja vista a inexistência de hierarquia entre as normas.

Portanto, na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um. Em algumas situações precisará recorrer a categorias como a teoria dos limites imanentes: os direitos de uns têm de ser compatíveis com os direitos de outros. E em muitas situações, inexoravelmente, terá de fazer ponderações, com concessões recíprocas e escolhas”. (BARROSO, 2010, p. 229 a 230)

No mesmo sentido, também aduz Uadi Lammêgo Bulos:

(...) a técnica de ponderação de valores ou interesses é o recurso colocado ao dispor do intérprete para que ele avalie qual o bem constitucional que deve prevalecer perante situações de conflito (...)

Como os bens constitucionais não são superiores uns aos outros, afinal integram um mesmo texto magno, e foram procriados pelo mesmo poder constituinte, apenas pelo estudo do caso concreto saberemos qual deve preponderar (...)

O exegeta faz concessões recíprocas, sacrificando determinado princípio a fim de priorizar o interesse mais racional para reger o caso concreto. (BULOS, 2015, p. 463)

Acerca da aplicação da técnica da ponderação ensina Luís Roberto Barroso (2010, p. 335-336) que a técnica é realizada em três etapas, sendo que na terceira é que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção, pois, como é sabido, os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade.

O referido autor assevera o autor: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de forma a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar em cada caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Assim é que, diante de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, em aparente colisão entre si, em determinado caso concreto, como no caso da concretização dos

princípios da separação dos poderes e do direito ao meio ambiente saudável, o intérprete pode construir a solução constitucionalmente e socialmente mais adequada a partir do sopesamento dos valores e dos reflexos da medida adotada, em curto, médio e longo prazos, aplicando a técnica da ponderação.

2 A PRECARIZAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Em face de a Constituição Federal de 1988 ter elegido o meio ambiente como bem jurídico a ser tutelado, elevando-o a princípio constitucional, sua proteção passou a obrigar a todos, inclusive ao Poder Público. Constata-se, entretanto, que esse, por vezes, no desenvolvimento de suas várias atribuições, tomando por base a discricionariedade que lhe é conferida, relega tal mandamento, ao priorizar outras iniciativas em detrimento de investimentos no aparato fiscalizatório capaz de verificar, caso a caso, a manutenção das condições para o cumprimento do mandamento constitucional em matéria ambiental, e ensejando a ocorrência de lesão ao meio ambiente.

2.1 DEFINIÇÃO DE DANO OU LESÃO AMBIENTAL

A lesão ao meio ambiente ou o dano ambiental não foram objeto de conceituação jurídica pelo legislador constituinte originário de 1988, tampouco o legislador infraconstitucional encerrou tal conceito.

A lei nº 6.938/81 (BRASIL,1981), que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente tendo “por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”, no art. 3º, II, define que “entende-se por degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente”.

De toda sorte, pode-se inferir da leitura da referida Lei que dano ambiental é espécie de dano causado ao “meio ambiente”, definido, este, no art. 3º, I, do mesmo diploma legal, como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo assevera que o conceito de dano em matéria ambiental se coaduna com lesão a um bem jurídico e aduz:

Ocorrendo lesão a um bem ambiental, resultante da atividade praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, não só haverá a caracterização deste como a identificação do poluidor, aquele que terá o dever de indenizá-lo. (FIORILLO, 2013, p. 94)

Por sua vez, ao tratar o tema, Maria Luiza Machado Granziera (2011, p.676) defende que a legislação não exige que se deixe intacta a natureza, mas que a interferência humana e as atividades econômicas desenvolvidas pela humanidade sejam norteadas pelo direito ambiental. E, nessa linha de raciocínio contextualiza a definição de dano ambiental:

Analisando o conteúdo das leis e regulamentos que regem tanto a apropriação quanto os recursos ambientais, verifica-se que seu objetivo precípuo é manter o equilíbrio entre os meios físicos e bióticos, conceito subjacente à própria definição de meio ambiente, conservando esses elementos equilibrados para as futuras gerações. Mas não se deixa de licenciar novas atividades e empreendimentos, desde que se cumpram a legislação protetora e as obrigações individualmente fixadas, com vistas a minimizar os efeitos deletérios e compensar os danos eventuais.

O objetivo perseguido pelo ordenamento jurídico é, pois, garantir a permanência da vida sobre a Terra, assegurando às gerações futuras a possibilidade de também se apropriar e utilizar os recursos naturais.

A legislação impõe compensações e a mitigação dos impactos quando da implantação de uma nova atividade, com base no princípio da prevenção. Se não houver certeza quanto aos efeitos deletérios que poderão ocorrer no futuro, durante a operação da atividade, aplica-se o princípio da precaução. Todavia, sempre haverá algum impacto. A corroborar essa ideia, a Lei nº 9.985/2000 exige do empreendedor o pagamento de um percentual do custo do empreendimento, a ser aplicado na implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral, como forma de compensar a perda difusa da biodiversidade causada pelo novo empreendimento.

Essa compensação, já examinada pelo STF, não tem uma conexão direta com algum dano específico, ocorrido ou a ocorrer no futuro. Apenas visa aplicar o **princípio da reparação integral**, sob a argumentação de que as exigências relativas ao licenciamento ambiental, por sua necessária objetividade, não abrangem a perda de biodiversidade que ocorre a cada empreendimento instalado.

A **definição de dano ambiental** equilibra-se, pois, entre essas duas vertentes: se por um lado, não se trata de retorno à natureza intacta pelo homem; por outro, estabelece regras para que as atividades do homem não venham a causar prejuízo ambiental. Sem dúvida, essa equação não possui

solução única. Há inúmeros fatores de ordem física, química e biótica que interferem no conceito de dano. (grifo nosso)
Ou seja, a perda ou dano sempre ocorrem. A questão é definir quando a intensidade do dano é tal que efetivamente coloque em risco o equilíbrio ambiental, objeto de tutela jurídica, implicando a imposição de responsabilidade ao autor da ação. (GRANZIERA, 2011, p. 676)

Assim, observa-se que, a despeito da dificuldade do empreendimento, vez que o constituinte originário não elaborou uma definição técnico-jurídica de meio ambiente, a doutrina vem suprindo o referido conceito. Na análise de Paulo de Bessa Antunes:

Como se vê, **cuida-se de um conceito abstrato** que não se confunde com os bens materiais que lhe dão suporte. Embora uma árvore seja um recurso ambiental, não é o meio ambiente. Dano ambiental, portanto, é a ação ou omissão que prejudique as diversas condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permita, abrigue e reja a vida, em quaisquer de suas formas. (grifo nosso) (ANTUNES, 2015, p. 523)

Segundo Édis Milaré (2015, p.318), se o próprio conceito de meio ambiente é aberto, sujeito a ser preenchido casuisticamente, de acordo com cada realidade concreta que se apresente ao intérprete, o mesmo entrave ocorre quanto à formulação do conceito de dano ambiental.

A abertura do conceito de meio ambiente, que a primeira vista pode remeter a uma atecnia, pelo contrário, parece ter sido resultado de louvável técnica legislativa, vez que não estando limitado o conceito, pode ser preenchido pelo aplicador do direito ao longo do tempo e de acordo com a dinâmica social, resultando em eficácia duradoura da norma.

Para efeitos deste trabalho, ater-se-á ao dano ou lesão ao meio ambiente resultante da fragilidade do aparato estatal responsável por fiscalizar a manutenção das condições ideais e pré-estabelecidas pela Administração Pública com base no aparato jurídico vigente no momento da liberação de atividades e empreendimentos.

2.2 A PRECARIIDADE DA FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO RESULTANDO EM DANO AMBIENTAL

A ação estatal em matéria ambiental no ordenamento jurídico pátrio foi delineada no texto constitucional de 1988, porém, como já dito, a Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981), foi recepcionada pela constituição, de maneira que a tutela acabou por ser reforçada após a matéria ter sido constitucionalizada.

A referida lei, com as devidas alterações, está ainda em vigor e já havia, então, instituído a Política Nacional do Meio Ambiente criando, em seu art. 6º, o SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente - e estruturando-o:

I - órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

III - órgão central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

IV - órgãos executores: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, com a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências; (grifo nosso)

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental; (grifo nosso)

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições; (grifo nosso)

§ 1º - Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA.

§ 2º Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.

§ 3º Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada.

§ 4º De acordo com a legislação em vigor, é o Poder Executivo autorizado a criar uma Fundação de apoio técnico científico às atividades do IBAMA. (BRASIL, 1981)

Como se pode verificar da leitura dos dispositivos, foi prevista a participação de toda uma cadeia de entes e órgãos, cada qual com atribuições definidas, abarcando, dentre elas, o poder de polícia inerente à Administração Pública.

Acerca do poder de polícia aplicado à matéria ambiental leciona Paulo Affonso Leme Machado (2009, p. 332):

Poder de polícia ambiental é a atividade da administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício das atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

Importante manifestação do poder de polícia no ramo ambiental, se consubstancia na atribuição de fiscalizar dada à Administração pela Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981), nos incisos V e VI, para os Estados e Municípios, e no inciso IV, para a tutela de competência da União, de acordo com a Lei nº 7.735/89, que criou o IBAMA, com as alterações dadas pela Lei nº 11.516/2007, tendo esta, ainda, criado o Instituto Chico Mendes, conforme os seguintes excertos:

Lei nº 7.735/89

Art. 2º É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

I - **exercer o poder de polícia ambiental**; (grifo nosso)

II - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à **fiscalização**, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e (grifo nosso)

III - executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente. (BRASIL, 1989)

Lei nº 11.516/2007

Art. 1º Fica criado o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

I - executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, **fiscalização** e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União; (grifo nosso)

II - executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União;

III - fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e de educação ambiental;
 IV - **exercer o poder de polícia ambiental** para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União; e (grifo nosso)
 V - promover e executar, em articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos, programas recreacionais, de uso público e de ecoturismo nas unidades de conservação, onde estas atividades sejam permitidas. (BRASIL, 2007)

A Lei nº 6.938/81, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 que, nos incisos do parágrafo 1º, do art. 225, também preconiza uma série de obrigações positivas ao Poder Público, visando dar efetividade a tutela do meio ambiente:

§ 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. (BRASIL, 1988)

No ensinamento de José Rubens Morato Leite, o status que uma Constituição confere ao meio ambiente pode denotar ou não maior proximidade do Estado em relação à realidade propugnada pelo conceito de Estado de Direito Ambiental. Sintetiza, o autor, cinco funções fundamentais do Estado de Direito Ambiental:

1) O Estado deve buscar a gestão dos riscos tentando evitar a irresponsabilidade organizada; 2) Juridicizar instrumentos preventivos e precaucionais; 3) A defesa do ambiente depende de considerações multitemáticas, em que se considere sua característica de macrobem; 4) Buscar a formação da consciência ambiental para o exercício da responsabilidade compartilhada e da participação popular como forma de gestão de riscos; e 5) Compreender o bem ambiental como um conceito aberto, envolvendo sempre novas conformações, como as novas tecnologias. (LEITE, 2007, p. 153)

Para Paulo de Bessa Antunes (2013, p. 174) a fiscalização ambiental é uma das atividades mais relevantes para a proteção do meio ambiente, pois é por meio dela que danos ambientais podem ser evitados e, se consumados, reprimidos.

Gilson Jacobsen e João Batista Lazzari (2012, p. 25) também ressaltam que a proteção dada pela norma deve ser efetivada, carecendo de ação concreta da Administração para tanto:

Para além da norma de proteção editada pelo Poder Público, faz-se também necessário o controle ou a fiscalização estatal, pois é evidente que o dever do Estado não para na realização da norma. Isso porque, ao lado de uma norma de proteção, pode ser necessária – e normalmente é – a atuação concreta da Administração Pública.

Entretanto, não é incomum que quando o Estado tenha o dever de pôr em prática a atribuição de fiscalização ocorra a omissão da qual pode resultar uma lesão ou dano ambiental.

De acordo com Álvaro Mirra (MIRRA, 2000), a duplicidade de papéis desempenhados pelo Estado, gera dificuldades na compreensão das atribuições do Poder Público em matéria ambiental, isso porque na maioria das vezes quando o Estado age ou se omite em matéria ambiental e disso decorre alguma lesão, ele o faz com base no interesse público ou sob o argumento de que persegue a satisfação dos interesses ou necessidades imediatas da coletividade, dando a falsa impressão de não haver alternativa a não ser a postergação da proteção ambiental, até que sejam cumpridas exigências diversas de ordem econômica e social.

É o que se presencia sempre que os investimentos públicos são carregados para a execução de políticas públicas diversas em detrimento do investimento em pessoal e estrutura fiscalizatória, atividades essas próprias do Poder Executivo.

As liberações para execução de empreendimentos como loteamentos a margem de cursos de rios ou de áreas verdes, instalação de empresas potencialmente poluidoras, obras de construção civil de grande vulto e finalidades diversas, dentre muitos outros, são exemplos em que, invariavelmente, o Poder Público tem a prerrogativa de fiscalizar e o dever de deter aparato técnico e de pessoal para, previamente à

autorização de realização e posteriormente à execução, de posse dos dados de impactos potenciais, fazer aplicar ao caso todas as regras constantes da legislação para minimiza-los ou extingui-los.

3 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE AMBIENTAL EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A construção do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito resulta dos valores validados pela sociedade, que passam a regulá-la, visando à manutenção da paz social e ao alcance da dignidade da vida humana, por meio de direitos e obrigações que advém do ordenamento, o qual também dispõe sobre os meios para o alcance dos direitos pelos seus titulares, assim como os meios para compelir a sociedade a cumprir as obrigações a si impostas, nos casos em que a obediência não for espontânea.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL – DELINEAMENTOS

O ordenamento jurídico pátrio, em matéria de responsabilidade civil, prevê o dever de reparação por parte daquele que causar dano a outrem. A regra do Código Civil é a da responsabilidade subjetiva, ou seja, com a perquirição da culpa do agente.

Segundo o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), na regra inserta no art. 942, caput, 2ª parte, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Em matéria ambiental, de acordo com o art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81, o sujeito responsável pela danosidade ambiental é o poluidor, qual seja, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental.

O art. 14 do mesmo diploma legal prevê ainda:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à

preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 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 (BRASIL, 1981)

Assim, da leitura combinada dos dispositivos, conclui-se, que a responsabilidade civil no âmbito do direito ambiental é objetiva; que, em caso de dano ambiental, o poluidor, considerado como tal quem tenha contribuído de maneira direta ou indireta para o dano, estará obrigado a indenizar ou reparar, e, por último, que as pessoas jurídicas de direito público podem também ser responsabilizadas em matéria ambiental.

Segundo ensina Edis Milaré (2015, p.442), as pessoas jurídicas de direito público interno podem ser responsabilizadas pelas lesões que causarem ao meio ambiente, não só como agentes poluidores, mas também quando se omitem do dever constitucional de proteger o meio ambiente (por exemplo, falta de fiscalização, inobservância das regras informadoras dos processos de licenciamento, inércia quanto à instalação de sistemas de disposição de lixo e tratamento de esgotos).

Pode-se concluir, portanto, pela possibilidade de o Estado – Administração Pública pode figurar no polo passivo de demanda que tenha por objeto a reparação de lesão ambiental e a indenização correlata.

3.2. O CONTROLE JUDICIAL DAS LESÕES AO MEIO AMBIENTE POR OMISSÃO DO DEVER DE FISCALIZAR DO ESTADO

A construção do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito resulta dos valores validados pela sociedade, que passam a regulá-la, visando à manutenção da paz social e ao alcance da dignidade da vida humana. No caso de ameaça ou violação de direito, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, dirimir o conflito por meio da prestação da tutela jurisdicional.

Em termos de tutela ambiental, aduz Paulo Affonso Leme Machado (2009, p. 373-374) que a presença do Poder Judiciário para dirimir os conflitos ambientais, pode-se

afirmar, sem exagero, é uma das conquistas sociais do último século, abrangendo países desenvolvidos e em desenvolvimento.

O acesso ao Judiciário, continua o mesmo autor, poderá ser percorrido por diversas vias judiciais: procedimento sumário, procedimento ordinário, o processo cautelar e o processo de execução dentre outros. Na acepção constitucional de defesa do meio ambiente, os principais meios disponíveis são a ação popular e a ação civil pública.

A previsão constitucional encontra-se nos artigos 5º, LXXIII (ação popular) e 129, III (ação civil pública) da Constituição Federal de 1988, cuja redação é bastante elucidativa:

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, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, **ao meio ambiente** e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(..)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

Assim, no caso de lesão ambiental, o conflito é levado ao Judiciário em grande parte das vezes pelo Ministério Público, que passou a desempenhar um tipo de advocacia *pro bono* quando acionado por pessoas e associações preocupadas com os problemas ambientais (ANTUNES, 2015, p. 1228)

Conforme concluído no item anterior, pode o Estado figurar como sujeito passivo em ação de responsabilidade civil por lesão ao meio ambiente. Entretanto, urge a discussão acerca da discricionariedade administrativa, na qual parte da doutrina admite a intervenção do Judiciário sobre os atos da Administração Pública apenas sob o aspecto da legalidade e considera a adoção de certas medidas na seara ambiental como de conveniência e oportunidade, de modo a não se admitir a

condenação do Executivo em obrigação de fazer. Nesse sentido ensina Seabra Fagundes:

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão.

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem que levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.

Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc, de cada procedimento administrativo.

Esses aspectos, muitos autores o resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles interesses e não direitos. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, 'fará obra de administrador, violando, destarte, o princípio da separação e independência dos poderes'. (FAGUNDES, 2006, p. 179-182)

A partir dessa posição doutrinária, se formou, também em matéria ambiental, corrente jurisprudencial no sentido de não admitir a possibilidade de o Judiciário condenar o Executivo em obrigação de fazer, nos casos de medidas de proteção ao meio ambiente.

A exemplo, cita-se a seguinte ementa emanado do Tribunal de Justiça/RS:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABANDONO E MAUS-TRATOS DE ANIMAIS. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER A ENTE PÚBLICO. POLÍTICAS PÚBLICAS E PODER DISCRICIONÁRIO. DESCABIMENTO DE INTERVENÇÃO JUDICIAL. Afigura-se descabida intervenção judicial tendente à imposição de obrigações de fazer a ente público, com vistas a fazer frente ao abandono e maus-tratos de animais, por competir à municipalidade a definição das políticas públicas que pretende implementar, no exercício do seu poder discricionário, mediante juízo de conveniência e oportunidade, não fosse a óbvia repercussão no orçamento de tais determinações judiciais, em ofensa ao princípio da independência e harmonia entre os poderes. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70050136134, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 14/11/2012). (TJ-RS - REEX: 70050136134 RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 14/11/2012, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/12/2012).

Pode-se destacar dois pontos centrais aduzidos na decisão *supra*, que via de regra são arguidos pela Administração quando chamada à demanda ambiental: o da discricionariedade da Administração e o do Princípio da Separação dos poderes.

Atualmente, entretanto, há forte corrente doutrinária no sentido de que as decisões quanto a iniciativas em matéria ambiental não são prerrogativa privativa da Administração, com base na consagração do direito fundamental ao meio ambiental saudável e ecologicamente equilibrado.

Hugo de Nigro Mazzilli se posiciona acerca da Administração Pública figurar no pólo passivo da ação civil pública, para a adoção de medidas preventivas (em que SE entende estar incluída a fiscalização):

A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do exercício de suas funções no zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição (MAZZILLI, 2014, p.141).

A União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal podem ser legitimados passivos para a ação civil pública ou coletiva, pois que, quando não parta deles o ato lesivo, muitas vezes para estes concorrem quando licenciam ou permitem a atividade nociva, ou então deixam de coibi-la, embora obrigados a tanto (MAZZILLI, 2014, p. 386).

Assim, os Tribunais vêm se posicionando cada vez mais no sentido de que não pode restar à discricionariedade da Administração, deixando ao critério do administrador, o momento oportuno para a decisão quanto à adoção de medidas que estão constitucionalmente e legalmente previstas como preventivas para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente saudável. A exemplo, a seguinte ementa:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO. AFASTADA. PRAZO QUINQUENAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. CONSTRUÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL PERMANENTE. LEITO DE RIO. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OMISSÃO. DEMOLIÇÃO DO IMÓVEL. MEDIDA NECESSÁRIA. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Constatada a omissão do município em permitir a existência de imóvel em área de preservação ambiental, mantendo-a durante tanto tempo, sem qualquer fiscalização e sem se atentar para os danos ambientais ali causados Recurso conhecido e improvido.
(TJ-AM - APL: 02589305620118040001 AM 0258930-56.2011.8.04.0001, Relator: Sabino da Silva Marques, Data de Julgamento: 31/08/2015, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 03/09/2015)

O Superior Tribunal de Justiça – STJ (ANTUNES, 2013, p. 1242), na competência a si atribuída de guardião da legislação federal infraconstitucional, normalmente tratando a matéria ambiental em nível recursal, em demandas provenientes dos

Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça do Estados também tem se posicionado nesse sentido.

Na jurisprudência a seguir colacionada, fica demonstrado referido posicionamento em Recurso Especial, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra acórdão que manteve sentença de 1º grau, que condenou apenas a proprietária de imóvel construído dentro de área de Unidade de Conservação e não responsabilizou solidariamente o Estado, assim ementado:

AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO.

1. Já não se dúvida, sobretudo à luz da Constituição Federal de 1988, que ao Estado a ordem jurídica abona, mais na fórmula de dever do que de direito ou faculdade, a função de implementar a letra e o espírito das determinações legais, inclusive contra si próprio ou interesses imediatos ou pessoais do Administrador. Seria mesmo um despropósito que o ordenamento constrangesse os particulares a cumprir a lei e atribuísse ao servidor a possibilidade, conforme a **conveniência ou oportunidade do momento, de por ela zelar ou abandoná-la à própria sorte**, de nela se inspirar ou, frontal ou indiretamente, contradizê-la, de buscar realizar as suas finalidades públicas ou ignorá-las em prol de interesses outros.

2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado 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 (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

3. A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de proteção da Natureza. Por isso, em nada resolve, freia ou mitiga a crise da biodiversidade diretamente associada à insustentável e veloz destruição de habitat natural, se não vier acompanhada do compromisso estatal de, sincera e eficazmente, zelar pela sua integridade físico-ecológica e providenciar os meios para sua gestão técnica, transparente e democrática. A ser diferente, nada além de um sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão como autorização implícita para o desmatamento, a exploração predatória e a ocupação ilícita.

4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do favor *debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da

prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ.

(...)

11. O conceito de poluidor, no Direito Ambiental brasileiro, é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o de degradador da qualidade ambiental, isto é, toda e qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental (art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981, grifo adicionado).

12. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem.

13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa.

14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência).

15. A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações 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 – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados.

17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial.

18. Recurso Especial provido.

Ressalta-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, com base nesse e em outros julgados, publicou em 18 de março de 2015 o "Jurisprudência em Teses" de número 30, contendo 11 teses elaboradas pela Secretaria de Jurisprudência, mediante pesquisa na base de decisões do Tribunal, exclusivamente em matéria ambiental, ante a carência de decisões vinculantes nesta área (VIEGAS, 2016).

Na Tese nº 8, o STJ assim se posiciona acerca da matéria em tela:

8) Em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado.

Como se lê, já no tópico 1 da ementa seria um despropósito a lei constranger o particular a cumprir a lei, e conceder ao próprio Estado a faculdade de cumprí-la de acordo com a conveniência.

No tópico 13 do voto, o STJ se pronuncia sobre a solidariedade da Administração por dano decorrente da sua omissão no dever de controlar e fiscalizar, contribuindo para a ocorrência, o agravamento, a consolidação ou a perpetuação do dano.

Quanto à arguição de violação ao princípio da separação dos poderes quando do exercício do controle pelo Poder Judiciário sobre as ações ou omissões do Poder Executivo, o tema também foi enfrentado pela doutrina prevalecendo entendimento de que o sistema de freios e contrapesos adotado em nosso ordenamento permite a eventual interferência de um Poder noutro, a fim de corrigir distorções tendentes a comprometer o atendimento de direitos fundamentais.

De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (SILVA, 2005, p. 106).

No mesmo sentido, verificam-se precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos quais destaca-se:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA. AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO. OMISSÃO DO ESTADO QUE FRUSTA DIREITOS FUNDAMENTAIS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22.10.2007. (...) O acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes. Precedentes. O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido (BRASIL, STF, 2014).

Assim, a partir de todas as considerações doutrinárias e jurisprudências apresentadas, fica demonstrado que o Poder Judiciário tem se posicionado no sentido de exercer o controle das omissões da Administração Pública – Poder Executivo das

quais resultam dano ao meio ambiente, no sentido de condenar solidariamente em obrigação de fazer, para reparar o dano causado, além de indenizar.

A solidariedade, nesses casos, em que o ente público é condenado, segundo Édis Milaré (2015, p. 446), citando a advertência do Ministro do STJ Herman Benjamin, contida no item 15 da ementa do Nº 1.071.741 - SP (2008/0146043-5) acima colacionado, se trata de responsabilidade solidária de execução subsidiária. É que, com fundamento no princípio do poluidor-pagador, urge que o foco da responsabilização recaia, quando não exclusivamente, prioritariamente sobre o empreendedor-particular que atua com especial e única dedicação para obter lucros e apenas acidentalmente preservando e protegendo o meio ambiente.

CONCLUSÃO

No Brasil, o direito ao meio ambiente saudável foi elevado ao nível de Princípio Fundamental, constitucionalmente previsto na Carta Magna do Brasil de 1988, e o nosso ordenamento possui ainda uma rica legislação infraconstitucional que regula a matéria.

Tal tutela trouxe consigo uma série de obrigações a serem observadas por todos os indivíduos e entes componentes da sociedade, abrangendo as esferas do privado e do público.

A despeito de todo o aparato jurídico vigente, a ocorrência de lesão ao meio ambiente não é incomum e, parte das vezes, o próprio Estado, a quem é atribuído o poder-dever de proteção a tal bem jurídico, por omissão na obrigação de fiscalizar, acaba por contribuir para o dano.

Assim sendo, para dar efetividade ao Princípio do Direito Fundamental ao meio ambiente saudável e, por consequência, realizar também o Princípio da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário é invocado a agir. Entretanto, nos casos de lesões em que o próprio Estado figure como poluidor direto ou indireto existe a discussão

acerca da possibilidade de o Judiciário condenar o Executivo em obrigação de fazer, interferindo dessa forma na Administração Pública.

Durante algum tempo predominou o entendimento de que não caberia ao Judiciário interferir de adoção de políticas públicas pelo Executivo, com amparo na discricionariedade e no Princípio da Separação dos Poderes.

Hoje, entretanto, o entendimento predominante e mais acertado é o de que o Judiciário pode e deve exercer esse controle, sempre que com a justificativa da conveniência e oportunidade o Executivo, priorizando outras políticas, se abster de adotar medidas administrativas, sobretudo as que proporcionem o exercício do poder de polícia, de modo a acarretar dano ao meio ambiente.

Não se trata de o Judiciário criar política pública ou administrar pelo Executivo, mas sim de fazer cumprir a obrigação constitucionalmente e legalmente prevista em matéria ambiental, muitas vezes relegada a segundo plano, por uma visão deturpada que não correlaciona o meio ambiente saudável com a efetivação da própria dignidade da pessoa humana, priorizando dessa forma outras políticas.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17.ed. São Paulo: Atlas. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.071.741/SP. Ministério Público do Estado de São Paulo e Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outros. Ministro Herman Benjamin. Brasília, 24 mar. 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq>

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. Salvador: Juspodium, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIEGAS, Eduardo Coral. *Teses mostram jurisprudência ambiental consolidada no STJ*, 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jul-09/ambiente-juridico-teses-mostram-jurisprudencia-ambiental-consolidada-stj> >. Acesso em 08 de nov. 2017.