



Universidade Católica de Santos

**O PROCESSO JUDICIAL ESTRUTURAL E SUA EFICÁCIA FRENTE À
DESESTRUTURAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL**

Santos-SP

2022

Waldir Viana Ribeiro Júnior

**O PROCESSO JUDICIAL ESTRUTURAL E SUA EFICÁCIA FRENTE À
DESESTRUTURAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da Universidade Católica de Santos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito
Internacional dos Direitos Humanos.

Orientador: Professor Doutor Wallace
Paiva Martins Junior.

Santos-SP

2022

R484p Ribeiro Junior, Waldir Viana
O processo judicial estrutural e sua eficácia frente
à desestruturação da polícia administrativa ambiental
/ Waldir Viana Ribeiro Júnior ; orientador Wallace
Paiva Martins Junior. -- 2022.
239 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de
Santos, Programa de Pós-Graduação stricto sensu em
Direito Internacional dos Direitos Humanos, 2022
Inclui bibliografia

1. Ação estrutural ambiental. 2. Litígio estrutural
ambiental. 3. Dever estatal de implementação ambiental.
4. Correção judicial de políticas públicas ambientais
I. Martins Júnior, Wallace Paiva. II. Título.

CDU: Ed. 1997 -- 34(043.3)

RESUMO

Este trabalho tem como Tema a ação judicial coletiva estrutural ambiental. Como Objetivo Geral, propõe-se a analisar a ação estrutural ambiental como possível instrumento processual para os legitimados ativos para a tutela processual coletiva do meio ambiente obterem, através do Poder Judiciário, a estruturação dos instrumentos jurídicos administrativos de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como Objetivos Específicos, almeja apresentar os elementos caracterizadores de um litígio coletivo estrutural; analisar o conceito de litígio coletivo estrutural, correlacionando-o com a modalidade processual denominada ação estrutural; e enquadrar a questão da desestruturação crônica e duradoura dos instrumentos jurídicos destinados ao exercício do poder de polícia administrativa do Meio ambiente, pelo poder público em geral. São abordadas questões relacionadas: à constitucionalização do Direito Ambiental; à natureza jurídica da norma contida no Art. 225, da CF/88; ao caráter vinculante das políticas públicas ambientais; ao controle judicial; ao poder de polícia ou polícia administrativa em sentido amplo; à competência material ou de implementação comum e solitária em matéria ambiental; à proteção judicial coletiva do meio ambiente no Brasil; às violações de políticas públicas ambientais e a litígios coletivos estruturais: às características do processo ambiental estrutural; ao procedimento coletivo estrutural ambiental; à competência para as ações coletivas estruturais ambientais: à legitimidade ativa e passiva das ações estruturais ambientais : a causas de pedir nas ações estruturais ambientais e instrumentos jurídicos de tutela administrativa do ambiente: ao pedido estrutural ambiental; e à sentença estrutural ambiental.

Palavras-chave: Ação estrutural ambiental; Litígio estrutural ambiental; Dever estatal de implementação ambiental; Correção judicial de políticas públicas ambientais.

ABSTRACT

The structural judicial process and its effectiveness in front of the disstructuring of the environmental administrative police

This work focuses on the environmental structural collective lawsuit. Its General Objective is to analyze the environmental structural action as a possible procedural instrument for the legitimate protection of the collective interest in the environment, by obtaining through the Judiciary the structuring of administrative legal instruments for the protection of the ecologically balanced environment. Its Specific Objectives are to present the elements that characterize a structural collective litigation, to analyze the concept of structural collective litigation by correlating it with the procedural modality called structural action, and to frame the issue of the chronic and lasting dismantling of legal instruments that are intended to exercise administrative police power over the environment by the public power in general. Related issues addressed in this work include the constitutionalization of Environmental Law, the legal nature of the norm contained in Art. 225 of CF/88, the binding nature of environmental public policies, judicial control, the power of police or administrative police in the broad sense, material competence or common and solitary implementation in environmental matters, collective judicial protection of the environment in Brazil, violations of environmental public policies and structural collective litigation, characteristics of the structural environmental process, environmental structural collective procedure, competence for environmental structural collective actions, active and passive legitimacy of environmental structural actions, causes for requesting environmental structural actions, legal instruments for administrative protection of the environment, environmental structural request, and environmental structural sentence.

Keywords: Environmental structural action, Environmental structural litigation, State duty of environmental implementation, Judicial correction of environmental public policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO AMBIENTAL NA CONSTITUCIONALÍSTICA CONTEMPORÂNEA	13
1.1 Constitucionalização do direito ambiental: breves considerações	13
1.2 Classificação tríade das normas constitucionais e a possibilidade de aplicação imediata	14
1.2.1 Outras classificações das normas constitucionais a partir do potencial de aplicação imediata.....	22
1.3 Normas constitucionais de conteúdo programático e seus efeitos concretos.....	23
1.4 Normas, regras, princípios constitucionais e meio ambiente	27
1.5 Distinção entre princípios e regras constitucionais	28
1.5.1 Princípios e regras constitucionais: Estrutura normativa, aplicação e conflitos	30
1.5.2 Princípios constitucionais formais.....	33
1.6 Natureza jurídica da norma contida no Art. 225 da Constituição Federal.	35
2 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS VINCULANTES, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E PODER JUDICIÁRIO	41
2.1 Orçamento público.....	43
2.2 Controle judicial das políticas públicas	45
2.3 Reserva do possível.....	48
2.4 Mínimo existencial.....	58
3 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL	66
3.1 “Atividade de Polícia Administrativa” ou “Polícia Administrativa em Sentido Estrito” e “Poder De Polícia” ou “Polícia Administrativa em Sentido Ampla”	70
3.2 Competência material, executiva, ou de implementação comum e solidária em material ambiental	73

3.3 Princípios da eficiência, prevenção e precaução, na atividade de polícia administrativa ambiental	75
4 PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL AMBIENTAL.....	79
4.1 O histórico dos processos estruturais e a sua matriz no Direito Norte-Americano	79
4.2 Surgimento e evolução da proteção judicial coletiva do meio ambiente no Brasil	85
4.3 Limitações das formas atuais do microssistema coletivo frente ao problema da desestruturação das políticas públicas ambientais.....	91
4.3.1 Os problemas da legitimação extraordinária ou substituição processual	92
4.4 Sociedade de massas, conflitos ambientais e insuficiência do microssistema processual coletivo.....	97
4.5 Violações de políticas públicas ambientais e litígios coletivos estruturais	100
4.6 Atuais espécies de tutela judicial (objetos imediatos e mediatos) frente aos problemas estruturais ambientais.....	101
5 LITÍGIOS COLETIVOS ESTRUTURAIS E PROCESSOS ESTRUTURAIS	108
5.1 Características do processo estrutural: dinamicidade, continuidade, desestruturação, transindividualidade e multifatorialidade	109
5.2 Caráter prospectivo do Processo Estrutural.....	111
5.3 Procedimento dos processos coletivos estruturais ambientais – diálogos entre as fontes: microssistema coletivo, sistema geral de tutelas individuais e leis especiais	112
5.4 Aspectos fundamentais para delineamento e dedução de ações estruturais ambientais.....	117
5.4.1 Art. 81 do CDC – O problema da classificação legal dos direitos supraindividuais, frente os litígios estruturais: indivisibilidade <i>versus</i> complexidade e conflituosidade.....	118
5.4.2 Teoria dos litígios irradiados	119
5.5 Competência adequada nas ações estruturais ambientais.....	123
5.5.1 Incongruência entre o critério do art. 3º da LACP (local do dano) e o caráter prospectivo das ações estruturais	124
5.5.2 Incongruência entre o critério do art. 93, I e II do CDC (extensão territorial do dano) e o caráter prospectivo das ações estruturais	126

5.5.3 Competência para ações coletivas estatuída no ECA – Solução analógica para as ações estruturais ambientais	127
5.5.4 Ações estruturais ambientais e Justiça competente: federal, estadual e especializada trabalhista.....	128
5.6 Legitimidade ativa <i>ad causam</i> nas ações estruturais ambientais.....	130
5.7 Legitimidade passiva <i>ad causam</i> nas ações estruturais ambientais	135
5.7.1 Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais.....	149
5.7.2 Entes Constitucionais, Autarquias e Fundações Públicas Ambientais.....	153
5.8 Intervenção de terceiros e <i>amicus curiae</i> nas ações estruturais ambientais.....	155
5.8.1 Natureza jurídica do <i>amicus curiae</i>	158
5.8.2 Interesse institucional <i>versus</i> interesse jurídico	163
5.8.3 Transindividualidade – relevância da matéria e repercussão social da controvérsia	169
5.8.4 O risco de interpretação equivocada do instituto do <i>amicus curiae</i> para a tutela coletiva do meio ambiente	170
5.9 Causa de pedir nas ações estruturais ambientais.....	172
5.10 Instrumentos jurídicos de tutela do meio ambiente e causa de pedir nas ações estruturais ambientais	175
5.10.1 Espaços Territoriais especialmente protegidos.....	177
5.10.2 Zoneamento Ambiental	180
5.10.3 Estudo prévio do impacto ambiental – EPIA	182
5.10.4 Licenciamento ambiental	185
5.10.5 Fiscalização ambiental e sancionamento administrativo das infrações ambientais	190
5.10.6 Do Pedido Estrutural Ambiental.....	196
5.10.7 Conciliação Estrutural Ambiental.....	207
5.11 Sentença estrutural ambiental.....	207
CONSIDERAÇÕES FINAIS	220
REFERÊNCIAS.....	230

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante, CF/88, erigiu o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado ao status de bem jurídico autônomo, destinando-lhe um capítulo próprio (Capítulo VI, do Título VIII), que sintetiza, num único artigo, o 225, o conteúdo formal (*caput*) e as obrigações positivas (§1º, I a VII) gerais impostas ao poder público, tanto legislativas como executivas. Também definiu, desde logo, as espécies que compõem o gênero ambiental (§§ 2º a 6º).

A técnica legislativa adotada não deixa dúvida da opção do constituinte pelo preestabelecimento de uma política pública constitucional de Estado (não de governo), vinculante a todos os entes federativos.

Seus poderes, órgãos e agentes não podem se abster de implementar tais prescrições, nem o fazer aquém de um patamar compatível com os primados da eficiência (CF, art. 7º, *caput*) e da eficácia (CF, art. 170, VI).

Tocante ao controle das “prioridades cogentes da Carta”, a enunciação e implementação de certas políticas públicas, que desfrutam de um tratamento diferenciado no texto constitucional, não podem ser relegados ao juízo de discricionariedade ampla dos agentes públicos, os quais ficam adstritos somente a avaliar a forma mais eficiente e eficaz de fazê-lo, o que significa obter as melhores consequências possíveis dos seus atos, com os meios disponíveis.¹ É o que se dá com o poder de polícia ambiental, uma lídima política pública constitucional do Estado brasileiro.

A imposição de deveres constitucionais de implementação de certas políticas públicas de relevantíssimo interesse social, soma-se às disposições da Lei 13.655/2018 (alterou a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), que limitou a discricionariedade dos gestores públicos, exigindo que atos decisórios fundados em conceitos jurídicos abstratos sejam dotados de fundamentação idônea a demonstrar a vantagem da escolha, dentre as outras opções legais possíveis (art. 23), fazendo com que as injunções judiciais sejam cada vez mais frequentes nas atividades

¹ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de pós-graduação da UFC**, v. 35, 2015. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11494/2/As_politicas_publicas_e_o_direito_fundamental_a_boa_administracao.pdf>. Acesso em: 02 maio 2021.

legislativas e executivas.

Não se desconhece que os processos judiciais estruturais tenham aplicabilidade também em instituições privadas, cuja importância e abrangência de suas atuações não permite serem simplesmente dissolvidas pelo poder público, em caso de desestruturação crônica (por exemplo, grandes grupos econômicos que exerçam atividades sujeitas à autorização especial do Estado).

Contudo, via de regra, é no âmago dos entes e organismos estatais é que quase sempre são constatadas situações concretas de desconformidade (“situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção reestruturante”) consolidada, passíveis de causar lesões a direitos fundamentais difusos, afetando em larga escala toda a coletividade, embora possam variar as formas e graus de intensidade desta afetação.

A estrutura burocratizada arraigada na Administração Pública Brasileira favorece a perpetuação de estados de desconformidade crônica, lesivos a valores fundamentais, na medida em que suas atividades impactam indeterminadamente as pessoas, máxime quando envolvem não só uma instituição, mas um conjunto de instituições públicas, como se apraz na questão do poder de polícia ambiental.²

A omissão sistemática e reiterada dos diversos atores encarregados de concretizar políticas públicas adequadas a uma eficaz proteção do ambiente é causa de verdadeira angústia dos estudiosos do tema, como resta perceptível de Milaré³:

Não basta, entretanto, apenas legislar. É fundamental que todos se lancem ao trabalho de tirar as formulações legislativas do limbo da teoria para a vida real; na verdade, o maior dos problemas ambientais brasileiros é o desrespeito generalizado, impunido ou impunível, à legislação vigente. É preciso, numa palavra, ultrapassar a ineficaz retórica ecológica – tão inócua quanto aborrecida – e chega às ações concretas em favor do ambiente e da vida. Do contrário, e sem qualquer exagero, uma nova modalidade de poluição – a “poluição regulamentar” – passará a ocupar o centro de nossas atenções.

O problema da desconformidade perpetuada numa estrutura, em suas nuances legislativa, normativa e organizacional necessárias ao exercício eficiente do poder de polícia administrativa do meio ambiente, extrapola a moldura legal das

² VITORELI, Edilson. **Processo civil estrutural** – Teoria e prática. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 56.

³ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2020. p. 168.

formas tradicionais de tutela judicial de interesses coletivos do processo civil brasileiro, marcadas pela delimitação precisa dos fatos constitutivos do direito deduzido, que silogisticamente conduzem à precisão dos pedidos de tutelas específicas, que por sua vez desaguam na limitação dos provimentos judiciais.

Estes não podem se desviar ou ultrapassar aqueles, ainda que se mostrem menos eficientes que outros provimentos que pudessem ser deferidos, sob cominação de nulidade dos julgamentos *extra* ou *ultra petita*, por ofensa à inércia da jurisdição.

É preciso romper a estrutura processual convencional “direito-obrigação-violação-reparação”, ineficaz para concretizar a contento os interesses públicos fundamentais difusos e impedir a reiteração continuada de novas violações ao bem jurídico. Carecem ser encontradas formas de cessar a situação de desconformidade crônica que leva à violação.

O processo estrutural surge como possível alternativa que permita a reforma da instituição pela via judicial, para que ela possa promover sua finalidade legal de bem zelar pelo interesse fundamental que lhe foi confiado.⁴

Característica marcante do processo estrutural é a “multipolaridade”. Para além de espelhar um processo coletivo, cujo polo ativo figurem como centros de interesses comuns grupos indeterminados de pessoas, em razão do largo espectro de impacto que decorre da reestruturação de uma instituição ou política pública, quase sempre surgirão vários subgrupos afetados de formas e em intensidades distintas, dentro do mesmo processo, ora em posições convergentes quanto a certos pontos, ora completamente antagônicas.

Não basta para assegurar a representatividade de todos os grupos afetados pela decisão de um processo estrutural a clássica forma da substituição processual ou legitimidade extraordinária, em que a lei confere a determinadas instituições, como o Ministério Público, Defensoria Pública, entes constitucionais etc. “representar” os interessados, sem que estes possam intervir pessoalmente na relação processual.

Em razão do caráter multifacetário dos processos estruturais, dos vários interesses distintos e as inúmeras formas de composição e distensão entre eles, é

⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. In: VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 331.

imperioso assegurar a todos que demonstrem interesse na solução, poderem intervir e fornecer ao Juízo elementos para a defesa de suas posições respectivas, de forma democrática e legitimadora da formulação de políticas públicas pelo Judiciário, algo admitido apenas excepcionalmente no constitucionalismo pátrio.

Embora admitida a forma de participação representativa, é preferível na medida do possível a participação direta dos grupos detentores de interesses, inclusive contribuindo amplamente para soluções coletivas eficazes, legitimando a decisão judicial estrutural.

Essa participatividade aberta pode ser assegurada com uso de mecanismos convencionais de intervenção de terceiros, somados a instrumentos processuais modernos, como incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 976 e ss.), incidente de assunção de competência (CPC, art. 947), cooperação judicial (CPC, art. 69, §2º), audiências públicas (Lei 9.868/1999, art. 9º, §1º), dentre outras.

A definição de um processo como estrutural parte da constatação de um problema estrutural. Portanto, a causa de pedir remota, os fatos que fundamentam o pedido de intervenção judicial estruturadora, será a existência de uma situação concreta de desconformidade estrutural, um estado de coisas que desrespeita os deveres constitucionais de implementação impostos ao poder público pela Constituição e exige uma intervenção estruturante ou reestruturante do Judiciário.

Ante o estado de desconformidade crônica, não basta a mera declaração da irregularidade, seguida da simples imposição de uma obrigação de fazer algo. É necessária uma intervenção complexa e duradoura, um acompanhamento contínuo que promova a mudança na organização interna do ente público.

A decisão judicial estrutural é de conteúdo complexo, contém uma norma jurídica (para o caso concreto) aberta, principiológica, ao declarar como diretriz um estado de coisas ideal a ser buscado. Também contém uma norma-regra, ao enunciar os modos, as etapas e os instrumentos para o alcance de tal desiderato.⁵

Especialmente na seara de políticas públicas ambientais, a complexidade técnica e a multiplicidade dos campos da ciência que circundam o macrobem jurídico, difuso meio ambiente ecologicamente equilibrado, tornam inconcebível presumir que o juiz possa resolver, numa só sentença, desde logo, todas as

⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, jan./mar. 2020, p. 429.

nuances e as peculiaridades necessárias à reorganização institucional perquirida.

Também resta evidente que não se pode exigir do julgador toda a gama de conhecimentos extrajurídicos necessários ao bom termo da ação estrutural ambiental.

Imprescindível que a decisão estrutural lance mão de “técnicas processuais heterodoxas”, fracionando sua cognição e seu provimento numa sentença diretriz geral, a partir de um enfoque global da problemática, complementada, paulatinamente, por uma série de “decisões em cascata” que resolvam as circunstâncias que se revelarem no curso da fase de implementação, postergando ou antecipando-as, conforme o momento mais oportuno, a partir de uma interpretação flexível dos Arts. 354, 356 e 512, do CPC. Também é possível ao juiz delegar atividades administrativas de implementação e monitoramento a terceiros, inclusive particulares, com capacitação técnica e científica nas questões ambientais, os quais atuarão nos limites da delegação e sob a supervisão da autoridade judicial.⁶

⁶ VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Novas técnicas decisórias nos processos estruturais**. In: ARENHART, Sérgio Cruz et al. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2021. p. 390-397.

1 O DIREITO AMBIENTAL NA CONSTITUCIONALÍSTICA CONTEMPORÂNEA

No Brasil, vigorou um longo período marcado pela influência do constitucionalismo europeu clássico, com primazia no caráter orgânico ou organizacional dos textos constitucionais (normas relativas à formatação da estrutura política, como forma e sistema de governo, regime político, divisão de competências entre os Poderes, suas organizações e funcionamento etc.).

As Constituições brasileiras anteriores não estatuíam o meio ambiente como um bem jurídico material a ser tutelado *per se*, sequer faziam menção a tal substantivo.

As Constituições de 1934 (Arts. 5º, XIV, “j” e 10, III e 148), 1946 (Arts. 5º, XV, “l” e 175) e 1967 (Arts. 8º, XII, “h” e 172) tão só estabeleciam a competência da União para legislar sobre águas, florestas, caça, pesca e patrimônio histórico, paisagístico e cultural.

A Carta outorgada de 1969 inovou, ainda que timidamente, ao dispor no seu art. 172 sobre a sujeição do “aproveitamento agrícola das terras sujeitas intempéries e calamidades” ao “prévio levantamento ecológico”.⁷

A partir da década de 1970 passou a tomar corpo uma crescente preocupação mundial com a questão do equilíbrio do ecossistema do planeta, sobretudo após a Conferência da ONU de Estocolmo sobre Meio Ambiente em 1972, que resultou na sua positivação no Direito Internacional Público.

Nos anos 1980, ganhou força entre nós a “doutrina da efetividade das normas constitucionais”. Enquanto norma jurídica, a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata, não só vinculando aplicadores e intérpretes do Direito, mas legitimando postulações diretas ao Estado, inclusive através do Judiciário, sobretudo os direitos fundamentais.⁸

1.1 Constitucionalização do direito ambiental: breves considerações

A Constituição de 1988 foi elaborada sobre forte influência dessa doutrina da efetividade das normas constitucionais, consagrando, desde a sua promulgação, dois aspectos fundamentais que marcaram profundamente nosso Direito

⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 165-166.

⁸ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 200-216.

Constitucional, afirmando e ampliando seu objeto de estudo.

Do ponto de vista normativo, consolidou-se a tendência de imediata aplicação e plenitude de eficácia do bloco constitucional, como fonte direta de direitos e obrigações jurídicas.

Sob o enfoque institucional, houve uma ascensão do Judiciário, contemplado com a relevante missão de contribuir, diretamente, na concretização dos valores jurídicos fundamentais.

Com isso, a inclusão do meio ambiente ecologicamente equilibrado no art. 225 do texto constitucional de outubro de 1988, como um direito fundamental difuso, resultou num sólido fundamento para o desenvolvimento de um novo ramo do Direito Público, o Direito Ambiental, com a missão de tutelar esse bem da vida, do qual depende a perpetuação da humanidade.

1.2 Classificação tríade das normas constitucionais e a possibilidade de aplicação imediata

Tendo este trabalho como foco a questão do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inserto no art. 225, da CF, não se pode ignorar uma das classificações dos direitos fundamentais largamente encontrada na doutrina, que parte da abrangência, da largura de seu espectro subjetivo, em diferentes dimensões (embora também seja usualmente adotado o termo “gerações”, que considera o momento histórico do surgimento e reconhecimento na consciência jurídica dos povos, mas que incorre no equívoco de sugerir uma sobreposição, que inexistente, entre as categorias).

Por esse critério da extensão da largura subjetiva, perfazem as três categorias de direitos fundamentais, em perspectiva crescente, os direitos de liberdade, os direitos sociais e os direitos de solidariedade. Estes últimos, trazem consigo uma abrangência tamanha a ponto de exigir a atuação, de forma coordenada e cooperativa, entre os vários Estados no plano internacional, merecendo as nomenclaturas de boa parte da doutrina de “direito dos povos” e “direitos de solidariedade”, como se extrai de Canotilho⁹:

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. São Paulo: Almedina, 2003. p. 386-387.

Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento e o direito ao patrimônio comum da humanidade pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos.

[...]

A discussão internacional em torno do problema da autodeterminação, da nova ordem económica internacional, da participação no património comum, da nova ordem de informação, acabou por gerar a ideia de direitos de terceira (ou de quarta geração): direito à autodeterminação, direito ao património comum da humanidade, direito a um ambiente saudável e sustentável, direito à comunicação, direito à paz e direito ao desenvolvimento.

[...]

Nesse sentido se fala de *solidarity rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão “indimensionável” dos direitos económicos, sociais e culturais.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais traz como principal traço distintivo a transindividualidade ou difusão, sua titularidade é mais do que indeterminada, é indeterminável.

A constitucionalização desses valores constitui uma evolução do estado social de direito (caracterizado pelo reconhecimento e tutela dos direitos fundamentais de segunda dimensão, de espectro coletivo), para fazer frente aos “novos enfrentamentos históricos de natureza existencial”, garantindo uma existência humana digna, inclusive às futuras gerações, justificando a usual menção aos termos “direitos de solidariedade ou fraternidade”¹⁰.

No tocante à relevância do reconhecimento desses valores dispersos por todo o organismo social e fundamentais à humanidade, com especial destaque aqui ao meio ambiente, é interessante a seguinte assertiva de Moraes¹¹:

Por fim, modernamente, protege-se constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

No atual estágio de desenvolvimento do Direito Constitucional brasileiro, não há dúvida de que os direitos fundamentais de terceira dimensão, denominados

¹⁰ INGO, Wolfgang Sarlet; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 226-232.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** [livro digital]. São Paulo: Atlas, 2020.

direitos difusos, a despeito da dispersão da titularidade, são também dotados de força normativa para aplicabilidade imediata às situações fáticas que lhe sejam próprias.

Invocando-se, diretamente, preceitos constitucionais que elencam direitos supraindividuais é possível exigir do poder público *stricto sensu*, enquanto destinatário passivo dessas normas, que promova implementação razoável e proteção suficiente de tais valores. Não mais se admite o lacônico argumento da discricionariedade administrativa ou legislativa, para escusar serem negligenciados ou sonegados. Afinal, trata-se de valores de vital relevância a todo o corpo social, indistintamente.

Prevalece, por isso, a interpretação de que o §1º, do art. 5º da CF (que preconiza aplicabilidade imediata às normas que definem direitos e garantias fundamentais) não é adstrito àqueles incisos contidos no rol do próprio art. 5º, que elenca direitos e garantias fundamentais individuais (1ª dimensão). Contempla, igualmente, tanto os direitos fundamentais políticos e sociais (segunda dimensão), como também os direitos fundamentais de caráter difuso (3ª dimensão).

Não há qualquer espaço para limitações a certas espécies de uma categoria, quando o próprio Constituinte (soberano e ilimitado) contemplou todo o gênero. Como bem observam Dimoulis e Martins ao tratarem dos efeitos vinculantes dos direitos fundamentais, inclusive os coletivos e difusos:

Essa segunda situação não significa, portanto, que os respectivos direitos não sejam de aplicabilidade plena, imediata e irrestrita. Ao contrário, significa tão somente que eles apresentam essas características na forma como a Constituição desejou configurá-los. Isso indica que, mesmo no caso dos direitos sociais e difusos, seria equivocado concluir tratar-se de simples “desideratos” ou normas programáticas. Sua aplicação imediata consiste, primeiro, na obrigação do legislador de cumprir imediatamente seus deveres de regulamentação e, eventualmente, suprir sua deficiência por controle de constitucionalidade (inconstitucionalidade por omissão legislativa).¹²

Contudo, não se pode deixar de concordar que, quanto aos direitos fundamentais coletivos (segunda dimensão) e difusos (terceira dimensão), com considerável frequência apresentam maior grau de dificuldade de serem autoaplicados, dependendo sua eficácia total de complementações infraconstitucionais. Embora a dimensão do direito fundamental em muitos casos

¹² DIMOULIS, Dimitri; MERTINS, LEONARDO. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p.127-128.

possa influir na aplicabilidade de preceitos constitucionais, esse não é o critério determinante.

À medida que todas as normas inseridas no texto da Constituição emanam igualmente do Poder Constituinte, maior expressão da soberania política de um povo, destoaria da própria concepção de Estado Democrático de Direito relegar aos poderes constituídos (subconstitucionais) a prerrogativa de determinar exclusões de algumas, ainda que por meio de omissões deliberadas. Como assevera Afonso da Silva: “São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular”.¹³

Esse aspecto da inafastabilidade da pronta eficácia de todos os preceitos inseridos no texto constitucional, porquanto resultantes da soberania popular, não passou ao largo da atenta análise de Rui Barbosa:

Não há, numa Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral dos conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõe [...].¹⁴

Naquilo que dispõe, sobretudo, direitos fundamentais, não importará a dimensão do conteúdo, se enuncia um direito individual (primeira dimensão), político ou social (segunda dimensão) ou um bem jurídico de natureza difusa (terceira dimensão). Todas as normas dessa natureza investem os destinatários no direito subjetivo de exigir, tanto do Estado como de outros particulares, que satisfaçam as pretensões que lhes são devidas.¹⁵

Todas as dimensões de direitos fundamentais gozam de idêntico valor e merecem igual tratamento, em termos de eficácia e possibilidade de aplicação ou não *prima facie*, não existindo hierarquia ou preferência pré-definida entre os direitos fundamentais.

A doutrina que trata dos Direitos Humanos nomina essa isonomia dimensional dos direitos fundamentais como “indivisibilidade” ou “interdependência”, uma característica própria, pela qual não é possível proteger apenas alguns desses

¹³AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 184.

¹⁴ BARBOSA, RUI. Comentários à Constituição Federal Brasileira, v. II, p. 489 (*apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 236).

¹⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 200-216.

valores, em detrimento de outros, posto que todos são igualmente indispensáveis à vida humana digna.¹⁶

Fundamental a esse respeito foi conclusão de Alexy sobre a conexão entre dois temas jurídicos até então bem distintos, direitos fundamentais e direitos subjetivos, ao detectar na estrutura das normas definidoras de direitos fundamentais, uma dupla feição. A primeira substancial, na qual reside o próprio conteúdo finalístico do direito fundamental, a vantagem garantida ao seu destinatário ativo. A segunda é formal, a proteção jurídica desse direito, por meio de ação judicial.

Para o doutrinador alemão, normas que definem direitos fundamentais a algo estabelecem, sempre, relações “triádicas” entre um titular, um destinatário e um objeto. Mesmo quando, por razões de simplificação, o constituinte formula o enunciado da norma apenas declarando um direito fundamental, essa estrutura triádica estará implícita e permitirá extrair-se um enunciado protetivo, justamente o direito subjetivo de ação judicial para sua tutela.¹⁷

Para Bobbio, essa forma de interação, em que os súditos possuem também direitos perante o Estado, como o poder de exigir sua satisfação – “direitos públicos subjetivos” – constitui fator de caracterização dos estados de direito, distinguindo-os dos estados despóticos, donde os indivíduos possuem apenas deveres, e dos estados absolutos, pois nestes os indivíduos possuem apenas direitos privados.¹⁸

Em que pese o teor do §1º, do art. 5º, da CF, a aplicabilidade imediata das normas enunciativas de direitos fundamentais dependerá, no plano concreto, em muitos casos, de ter o Constituinte, no momento da elaboração, dotado de uma densidade normativa suficiente, capaz de permitir aos poderes constituídos compreenderem seu conteúdo material e respectivos contornos básicos, de modo que possam estabelecer as formas e instrumentos necessários tanto à implementação como à tutela do bem jurídico. “Há normas constitucionais relativas a direitos fundamentais que não são autoaplicáveis. Carecem de interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos”.¹⁹

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Saraiva. São Paulo: 2019. p. 230.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (Tradução de Virgínio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2011. p.193-194.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 58.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro digital]. Saraiva. São Paulo: 2020.

Em referencial artigo sobre o tema, Ferreira Filho ressalta que os direitos de “solidariedade” (difusos) discrepam da noção clássica de direitos fundamentais, estes centrados e desenvolvidos sobre os atributos da pessoa humana de *per si*, não da coletividade dispersa. Propôs, então, como fundamento da recepção constitucional dos direitos difusos, o fato de possibilitarem uma legitimação processual aberta, para a tutela judicial satisfatória desses valores fundamentais.

Sobre eventual incompletude do conteúdo material de norma constitucional impedir sua plena aplicação, não se trata de poder discricionário do legislador infraconstitucional. “Ao contrário, previu até uma ação específica para reclamar do Judiciário (art. §2º). E, no caso de direitos fundamentais, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI).”²⁰

A bem demonstrar que a autoaplicabilidade repousa no grau de densidade, na carga normativa atribuída pelo Constituinte ao formular um dado preceito constitucional definidor de direito fundamental, Mendes e Branco exemplificam que, de nada adiantaria o art. 5º, XXXVIII, ter instituído a garantia fundamental do Tribunal do Júri, se tal instituto não contasse com regulamentação na legislação processual penal. A baixa densidade normativa deste preceito constitucional certamente inviabilizaria aos Juízes aplicarem-no automaticamente.

Colacionam, ainda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem “pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope.”²¹

A capacidade de uma norma constitucional definidora de direitos fundamentais ser passível de aplicação imediata aos fatos correlatos repousa, como se nota, é na densidade do conteúdo material dispensado pelo Constituinte na redação.

Dessa conclusão incorre que é de vital relevo ao deslinde do tema em estudo (reestruturação judicial do aparato de polícia administrativa ambiental) uma incursão detalhada em duas sendas distintas, porém interligadas, do constitucionalismo moderno: a distinção das normas quanto ao conteúdo e a “classificação tricotômica”,

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Direitos Fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46686/46645/96524>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** [livro digital]. São Paulo: Saraiva, 2020.

quanto à eficácia das normas da Constituição.

Em primeiro lugar, não se deve confundir a “eficácia imediata” das normas constitucionais com “aplicabilidade ou executividade imediata”. Todas as normas inseridas no bloco constitucional, independente da sua natureza, são dotadas de eficácia imediata, pois entraram em vigor no ordenamento positivo no momento em que promulgadas, ou pela Assembleia Nacional Constituinte (quando fruto do Poder Constituinte Originário) ou pelo Congresso Nacional (quando fruto do Poder Constituinte Derivado).

Coisa bem diversa é o momento potencial para aplicação ou execução das normas constitucionais, podendo este instante variar, a depender do grau de completude de seu conteúdo material.

O tema da distinção das normas constitucionais em espécies, a partir do momento potencial para operarem plenamente seus efeitos, passou a merecer maior atenção na segunda metade do século XX, após a segunda guerra mundial, como consequência da tendência internacional de reconhecimento de novos direitos fundamentais.²²

Além das clássicas liberdades individuais consolidadas desde as revoluções liberais do final do século XVIII (primeira dimensão), verificou-se profícua difusão e consolidação de novos valores, indissociáveis não mais da pessoa humana individualmente considerada, mas sob a óptica de grupos sociais, mais ou menos dispersos (direitos coletivos *stricto sensu*), ou totalmente indistintos (direitos difusos ou coletivos *lato sensu*).

Aos constitucionalistas europeus daquela época coube a tarefa de estudar esses novos direitos fundamentais enunciados, sem embargo do conhecimento aurido até então, sobre os sistemas jurídicos componentes do *civil law*, caracterizado pela pelas constituições expressadas em documentos escritos, comuns dos sistemas continentais.

Um dos percussores da classificação tripartida das normas constitucionais, segundo o potencial de aplicação direta ou imediata, teria sido Pierandrei. Adepto do constitucionalismo clássico, ante o novo contexto jurídico que resultou na ampliação da gama de direitos fundamentais, o jurista italiano “alargou e melhorou sua classificação, aderindo aos esquemas de tripartição, de que veio a resultar: normas

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 242-243.

constitucionais de eficácia imediata, normas constitutivas de eficácia diferida e normas programáticas”.²³

No Brasil, foi o professor José Afonso da Silva quem mais contribuiu para a consolidação dessa classificação tripartida das normas constitucionais, por conta da edição de *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, obra profunda e exaustiva sobre o tema.

Após detida e crítica análise das diversas propostas, classificou os preceitos constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, sujeitas, porém, à restrição e às normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (estas subdivididas em definidoras de princípio institutivo e definidoras de princípio programático).²⁴

As normas constitucionais de eficácia plena são as que comportam aplicação imediata e direta às situações fáticas a que visam regular, sem necessidade de legislação posterior que as regulamente ou complemente, assim operando de forma plena todos os seus efeitos, dispensando qualquer intermediação infraconstitucional. Um bom exemplo de norma constitucional de eficácia plena está no art. 1º da Constituição, “A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, embora permitam aplicabilidade imediata aos fatos a que visam, seu âmbito de incidência pode ser restringido por norma infraconstitucional que as regulamente ou complemente. É o caso do art. 5º, inciso XXX da Constituição, pois, embora garanta o direito de herança, este sofre limitações pelas disposições do Código Civil que regulamentam o tema.

Normas constitucionais de eficácia limitada são as que necessitam de complementação infraconstitucional para serem aplicadas às situações de fato a que se destinam, carecendo de intermediação infraconstitucional para adquirirem eficácia plena e operarem todos os seus efeitos. Subdividem-se em duas espécies: a) as de eficácia limitada de princípios institutivos fixam diretrizes a serem observadas pelo legislador ao estruturar instituições, entidades, órgãos e políticas públicas (por exemplo o art. 33, da Constituição, ao determinar as balizas para serem seguidas na lei que cria os Territórios); b) Desde princípios programáticos,

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 243.

²⁴ Op. cit., p. 245.

aquelas através das quais o Constituinte fixou os objetivos da República, com a finalidade de concretizar os valores maiores da sociedade brasileira (por exemplo, o art. 3º, da Constituição).

Em que pesem algumas variações terminológicas dentre os autores brasileiros, é notória a prevalência da racionalidade empregada por José Afonso em sua classificação tríade, em nossa moderna doutrina constitucional.²⁵

É o que se observa, a exemplo, da proposição formulada por Diniz, que, no tocante à produção de efeitos concretos, divide as normas constitucionais em “eficácia plena” (dotadas dos elementos bastantes para serem aplicadas desde a edição), “de eficácia relativa restringível” (imediatamente aplicáveis em toda a extensão, mas esta poderá ser reduzida por lei infraconstitucional posterior) e “com eficácia relativa dependente de complementação legislativa” (a aplicação integral só poderá se dar de forma mediata, a depender da edição de norma infraconstitucional que defina os elementos necessários para tanto; entretanto, parte de seus efeitos se operam desde logo).²⁶

1.2.1. Outras classificações das normas constitucionais a partir do potencial de aplicação imediata

Ferreira Filho distingue as normas constitucionais, quanto ao momento de potencial aplicação, apenas em autoexecutáveis (“completas, definidas quanto à hipótese e à disposição, bastam por si mesmas e assim podem e devem ser aplicadas de imediato”) e não autoexecutáveis (“não podem ter aplicação imediata, porque dependem de regra ulterior que as complemente”). Porém, desdobra as últimas em três subespécies: “incompletas” (são insuficientemente definidas ou quanto à hipótese fática de incidência ou ao comando normativo subjacente), “condicionadas” (têm hipótese e comando suficientemente determinados para imediata aplicação, entretanto o constituinte expressamente predeterminou a edição de lei reguladora) e “programáticas” (indicam programas governamentais futuros que devem ser implementados, imprescindendo sua execução além da edição e lei regulamentadora, também de atos administrativos de execução).²⁷

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 115-127

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.12

Este autor criticou a tríade classificação das normas constitucionais, a partir da aplicabilidade, por não ver razão na separação entre “de eficácia plena” e “de eficácia contida”, porquanto ambas são, igualmente, passíveis de imediata aplicação. Tal diferenciação somente poderia ser dada a partir de outro critério, na possibilidade de serem restringidas por lei posterior, e não na aplicabilidade.²⁸

Por seu turno, Bastos se refere ao “imediatismo” da aplicabilidade dos preceitos constitucionais, para distingui-los entre normas “de aplicação” ou “de integração”. As normas de aplicação são subdivididas em “regulamentáveis” (são imediatamente aplicáveis, pois dotadas de elementos suficientes para isso, mas admitem regulamentação infraconstitucional, que torne mais fácil ou torne mais precisa sua execução) e “irregulamentáveis” (não carecem e nem admitem regulamentação em nível infraconstitucional).

1.3 Normas constitucionais de conteúdo programático e seus efeitos concretos

Ainda no campo da aplicabilidade, é nas normas constitucionais programáticas (ou instituidoras de princípios programáticos) que residem os debates mais controversos e acirrados acerca do seu conteúdo característico, a potencialidade para operam seus efeitos, e em que extensão estes podem ser, efetivamente, executados.

Tais controvérsias exsurtem da vagueza de seu conteúdo material e da grande amplitude de objeto de incidência, traços próprios e que as tornam “normas incompletas que demandam operações integrativas”.²⁹

As normas programáticas surgiram como desdobramento natural da evolução histórica dos direitos fundamentais, movimento que tomou maior impulso no período subsequente ao final da segunda grande guerra, na segunda metade do século XX, quando floresceram nas consciências jurídicas das nações novas aspirações sociais, econômicas e políticas, focadas na pessoa humana universalmente considerada, livre de distinções de qualquer espécie. Surgiriam, então, nas constituições de diversos países, novos princípios, relativos a esses modernos direitos coletivos.

²⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 204.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 244.

A vastidão dessas novas dimensões de direitos fundamentais, capazes de abranger os mais diversos aspectos da vida em sociedade, inaugurou no constitucionalismo moderno as normas programáticas, excessivamente abstratas, genéricas e indeterminadas, quando comparadas aos clássicos preceitos definidores dos direitos individuais, por isso mais difíceis de serem convertidas em direitos subjetivos (judiciabilidade).

De fato, o alto grau de abstração, a generalidade e a indeterminação do conteúdo que marcam as normas programáticas, resultam numa baixa normatividade, no sentido de não operarem, direta e imediatamente, todos os efeitos jurídicos a que se destinam. Isso levou à relutância, por longo período, em admitir-se nas normas programáticas efeitos jurídicos imediatos, capazes de impor aos seus destinatários deveres passíveis de serem exigidos pelos respectivos beneficiários, isto é, de serem elas fontes de direitos subjetivos.

Ainda que não afirme expressamente, Moraes parece não discordar de Jorge Miranda quando, sem tecer objeções, colaciona *in litteris* o escol do jurista português, para quem as normas programáticas:³⁰

[...] não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos.

Programático é adjetivo relativo a programa.³¹ Está relacionado com a elaboração escrita de um plano de atividades para a realização de alguma coisa. Sugere, pela própria etimologia da palavra, que as normas que se convencionou nominar programáticas seriam insuscetíveis de impor deveres ativos, de fazer algo, de realizar determinados comportamentos, de gerar aos beneficiários o direito subjetivo de exigir sua execução por intermédio do Poder Judiciário.

Uma crescente corrente constitucionalista mais progressista lança críticas contundentes àqueles que objetam a aplicação imediata das normas programáticas, conquanto estariam coimando ineficazes normas verdadeiramente constitucionais, material e formalmente, vulnerando a própria lei fundamental.

³⁰ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional [livro digital]**. Atlas. São Paulo: 2020.

³¹ MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa** [livro digital]. Disponível em: <[www.https://michaelis.uol.com.br/busca/?r=0&f=0&t=0&palavra=programático](https://michaelis.uol.com.br/busca/?r=0&f=0&t=0&palavra=programático)>. Acesso em: 16 ago. 2021.

Num sistema de rigidez constitucional como o nosso, que impõe processo legislativo mais rigoroso para emendar a Constituição, frente àquele exigido para alterar a legislação infraconstitucional, os dispositivos que integram a Constituição possuem, todos eles, primazia hierárquica no ordenamento positivado. Concepção diversa põe em xeque a seriedade e a racionalidade do sistema.³² Apregoam, estes últimos, que “o Estado de Direito do constitucionalismo social precisa absorver a programaticidade das normas constitucionais”.³³

A despeito da vagueza e indefinição que lhe são peculiares, estas não podem ser, no entanto, interpretadas em extremos que arredem o potencial de operarem, imediatamente, ao menos alguns dos seus efeitos.

Sob olhares da hermenêutica constitucional, as interpretações histórica e teleológica das normas programáticas são imprescindíveis, eis que revelam os valores dominantes numa dada sociedade, num dado período, com grande valia no estabelecimento de conteúdos e extensões dos direitos fundamentais, perfazendo uma espécie de elo que une as funções política e jurídica das Constituições.³⁴

Já do ponto de vista da efetividade, apresentam dificuldades de pronto emprego, pela indefinição de seus espectros, não havendo consenso dos estudiosos do tema.

No Brasil, Bonavides traçou com maestria a juridicidade que emana dessas normas constitucionais, ditas programáticas. Não têm como destinatários os particulares ou a sociedade de um modo geral, mas tão somente o poder público, principalmente o legislador (e por vezes executor e julgador).

Também não tem por desiderato disciplinar, de forma direta e imediata, matérias fáticas especificadas, fazendo-o, tão somente, de forma indireta ou mediata, pois disciplinam a atuação do legislador infraconstitucional, ao qual incumbirá disciplinar as matérias fáticas abarcadas por seu largo espectro. Nessa atividade, estará adstrito a legislar em sintonia com as regras gerais hierarquicamente superiores insertas nos preceitos de cunho programático.³⁵

Desta última assertiva, podem-se extrair, ainda, dois efeitos concretos e imediatos que resultam das normas programáticas. A não recepção da legislação

³² TAVARES, ANDRÉ Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 204-205.

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 236-241.

³⁴ Op. cit., p. 251.

³⁵ Op. cit., p. 251-254.

infraconstitucional que se encontre em vigor, quando da promulgação do texto constitucional e a limitação imposta aos Poderes Legislativo e Executivo, coimando de inconstitucionalidade material, leis (também emendas) e atos administrativos editados em contrariedade aos comandos gerais predeterminados pelo Constituinte.

Ganha força assim a concepção de que as normas constitucionais programáticas são também dotadas, ao menos em alguma medida, de eficácia jurídica imediata, ingressando no ápice do ordenamento positivado desde o momento da promulgação. “Para o constitucionalismo atual, todas as normas constitucionais são executáveis por si mesmas, até onde possam sê-lo.”³⁶

Tornam-se mais rarefeitas concepções que outrora prevaleceram, noutros momentos e estágios pretéritos de desenvolvimento do constitucionalismo, quando as normas programáticas eram tidas como meras diretrizes ao poder político, no sentido de perseguir certos valores éticos e morais desejados pela sociedade, mais filosóficos do que jurídicos.³⁷

A par e passo, ganha força proporcional o debate em torno da extensão desses efeitos que delas decorrem, seja quanto aos poderes, órgãos e autoridades estatais, seja no que tocam todo o arcabouço jurídico em vigor.

Deveras elucidativa ao deslinde das potencialidades e limitações das normas programáticas para gerarem efeitos imediatos é a lição de Mendes, ao observar que, além de clamarem por integração legislativa (tal como se dá com as de eficácia limitada), imprescindem também de providências materiais, a cargo do poder público (administração), para alcançarem executividade, tais como previsão orçamentária, estruturação de órgãos, seleção de servidores, aquisição de bens etc., posto que³⁸:

Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos constituição. [...]

O dever de agir decorrente dessas normas marca-se, caracteristicamente, pela margem de discricionariedade dilatada, reconhecida aos poderes públicos para satisfazê-las em concreto, estando a sua eficiência dependente não apenas de fatores jurídicos, mas também de fatores econômicos e sociais.

Algumas normas programáticas obrigam ou se desenvolvem por meio de edição de leis. Outras exigem uma atividade material dos poderes públicos. Muitas vezes serão necessários esforços materiais e produção legislativa.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional [livro digital]. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 254.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** [livro digital]. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

Em suma, numa democracia constitucional como a brasileira, cabe à Constituição transpor as decisões políticas do povo (caráter político da Constituição) para o plano jurídico-normativo (caráter jurídico da Constituição). Algo como uma espécie de “pedra de gênese”, a partir da qual brotam e se desenvolvem todas as demais espécies normativas admitidas nela própria e que a ela devem se conformar.

Normas abertas, desprovidas de conteúdo preciso, como as programáticas, são necessárias e desejáveis para bem acomodar as tensões resultantes dos vários interesses contrapostos na dialética social. “Modernamente, já se sustenta a operatividade positiva de tais normas, no caso de repercutirem sobre direitos materialmente fundamentais, como por exemplo os que se referem ao mínimo existencial”.³⁹

1.4 Normas, regras, princípios constitucionais e meio ambiente

Não dissentem os autores, no âmbito da ciência jurídica. Norma, perfaz um gênero, que comporta duas espécies distintas, princípios e regras. Cada qual desempenha funções distintas num ordenamento jurídico, principalmente quando se trata de normas constitucionais, produtos da soberania popular, representada pelo Constituinte.

A distinção das normas entre regras e princípios é de proeminente relevância quando estão em voga direitos fundamentais, dela dependendo a racionalidade das soluções de problemas, como a possibilidade e a extensão de limitações e restrições a eles impostas, nas hipóteses de conflitos surgidos no convívio social cotidiano.⁴⁰

No campo do Direito Constitucional, é usual o emprego dos termos “princípios constitucionais” e “regras constitucionais”, sempre que se faz necessária a distinção dentre ambas as espécies normativas inseridas no bloco constitucional, para melhor compreensão de um determinado assunto que esteja em pauta.

Dantes se seguir com a distinção em testilha, parece de bom alvitre lembrar da crítica de José Afonso que, não discordando da distinção em si, chama atenção para a necessidade de uma conceituação precisa das expressões “normas” e “regras”.⁴¹

³⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 202-205.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** (Tradução: Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 95-96.

Normas constitucionais são preceitos instituidores de “situações subjetivas de vantagens ou de vínculos”, que outorgam a alguém o poder de realizar determinadas faculdades ou desfrutar de certas vantagens e, de outra face, impõem a outrem obrigações de submissão àquelas faculdades, ora bastando não interferir, ora devendo colaborar (direitos subjetivos).

Princípios constitucionais consistem em valores nucleares, “células matrizes” em torno e em função dos quais se formam e irradiam os demais mandamentos constitucionais que formam a ordem positivada, assegurando a coerência de todo o sistema. Por isso, “mais adequado seria chamá-las de normas fundamentais, de que as normas particulares são meros desdobramento analítico”.⁴²

Ainda segundo Afonso, distinguir-se-ão os princípios entre “constitucionais fundamentais” (relativos às decisões fundamentais de caráter político do Constituinte) e “gerais de direito constitucional” (conceitos gerais, a partir dos quais é desenvolvida a toda a dogmática do direito constitucional, por derivação). “Tais princípios se cruzam, com frequência, com os princípios fundamentais, na medida em que estes possam ser positivamente daqueles”.⁴³

1.5 Distinção entre princípios e regras constitucionais

A concordância doutrinária acerca da relação generalidade-especialidade não se repete no que é pertinente aos critérios usados para fins de classificação dessas duas espécies normativas. Muito pelo contrário, os critérios distintivos entre regras e princípios variam bastante dentre os estudiosos da constitucionalística.

Deveras interessante se mostra a proposição de Canotilho, pressupondo cinco pontos fundamentais para se estabelecer uma determinada norma constitucional como princípio ou regra. Destes, alguns se repetem noutras doutrinas, outros não (em que pese não ter enumerado expressa e sequencialmente no rol, poucas linhas após parece elencar um sexto critério, a função normativa de cada um no ordenamento: princípios operam como mandados de otimização, que comportam variados níveis de concretização; regras comandam imediatamente obrigações positivas, negativas ou permissões). Vejamos:⁴⁴

⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.

⁴³ Op. Cit., p. 98.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra:

a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida;

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz) enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

<<Proximidade>> da *ideia de direito*: os *princípios* são <<standards>> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<ideia de direito>> (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de *regras* jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Discorda Alexy desse rol, embora aceite por grande parte da doutrina, pois ao seu ver há uma primazia de aspectos quantitativos daqueles critérios, aferidos em graus de incidência, que embora indicativos, não são decisivos para a diferenciação pretendida. Reputa mais correta a constatação de uma “diferença qualitativa” entre regras e princípios.

Embora os princípios determinem que algo deva ser feito na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (“mandados de otimização”), a medida da satisfação, no caso concreto, dependerá tanto das possibilidades fáticas deparadas, como das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas serão aferidas ao cotejo das colisões de princípios e das regras incidentes.

As regras são diferentes, pois já trazem contidas as “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Incidem, ou não incidem, e, incidindo, dever ser feito exatamente seu mandamento, “nem mais, nem menos”.⁴⁵

Para efeitos pedagógicos parece interessante a simplificação proposta por Barroso, que distingue suficientemente entre princípios e regras, a partir de três critérios a saber: conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação.⁴⁶

Almedina, 2003. p. 1160-1161.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Tradução: Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2011. p. 89-92.

⁴⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 207-209.

No que é pertinente ao conteúdo da norma, os princípios jurídicos expressam valores ideais elevados, de cunho ético e moral, que emergem do consenso social e devem ser buscados progressivamente pelo Estado (por exemplo a dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza, desenvolvimento econômico etc.), ou expressam as suas decisões políticas fundamentais (por exemplo, forma republicana, regime presidencialista, organização federativa, pluralismo político etc.).

O conteúdo das regras jurídicas consiste em comandos descritivos de condutas, ativas ou passivas, impostas pela vontade majoritária, representada pelo constituinte. As regras estatuem as formas de concretizar aqueles valores preciosos, indicados pelos princípios. “Em suma: princípios são normas predominantemente finalísticas, e as regras são normas predominantemente descritivas”.

1.5.1 Princípios e regras constitucionais: Estrutura normativa, aplicação e conflitos

Tendo-se por foco a estrutura normativa de cada uma das espécies, os princípios se limitam a indicar um estado ideal de coisas desejado, sem indicar, contudo, os caminhos, as formas e os instrumentos que devem ser utilizados. As nuances a eles intrínsecos mais perceptíveis são, exatamente, essa indeterminação instrumental e a admissibilidade de várias formas possíveis *prima facie* de satisfação, pois possibilitam acomodações consensuais das diferentes forças políticas existentes na malha social.

Bem diferente é a estrutura normativa das regras, eis que prescrevem expressamente condutas, obrigatórias ou facultativas, (ações ou abstenções) de forma hipotética, seja um dever ou dever ser, seja ou poder ou não poder ser. Trazem uma estrutura binária, ao passo em que indicam, de forma expressiva ou implícita, os efeitos jurídicos que exurgirão da concretização das condutas descritas em abstrato.

Quanto ao modo de aplicação, “a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras”.⁴⁷

Dada à sua estrutura redacional descritiva de condutas, as regras são aplicáveis por “subsunção”. Verificada a concretização do fato descrito

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Tradução: Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2011. p. 89.

abstratamente no preceito normativo, ela incidirá, necessariamente, no caso concreto (exceto se padecer de inconstitucionalidade) e gerará os efeitos jurídicos nela previstos, expressa ou implicitamente.

Eventuais conflitos entre regras são expugnados por técnicas de hermenêutica jurídica já muito bem estudadas e definidas, como os critérios da anterioridade, da especialidade e da generalidade. Uma vez definida qual das regras aparentemente conflitantes deve efetivamente incidir na hipótese concreta, há exclusão total das demais.

Alexy afirma que o fundamental num conflito de regras é que: “a decisão é uma decisão sobre validade”. Para o jurista alemão, que nomina como “cláusulas de exceção” os critérios de hermenêutica comumente utilizados para solução de conflitos aparentes de regras, se não for possível por meios deles estabelecer qual dentre as regras é a válida para um determinado caso concreto, deverão então, necessariamente, serem aferidas as validades ou nulidades dos preceitos conflitantes, pois somente um deles poderá ser tido como hígido. Os demais padecem de nulidade, ainda que apenas para o caso em análise. Vejamos⁴⁸:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em forma de regras, uma cláusula de exceção que elimine conflito, ou se pelo menos uma delas for declarada inválida.

[...]

Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico.

[...]

Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser considerada inválida.

Essa necessária exclusão ou invalidade de duas ou mais regras, aparentemente conflitantes em casos concretos, não pode sequer ser cogitada pelo intérprete, quando se tratar de colisões entre normas principiológicas, caso em que deverá conduzir à compatibilização das tensões, atendo-se às particularidades dos casos concretos, de modo que um possa prevalecer, sem que implique na total exclusão do outro.

⁴⁸ Op. Cit., p. 92.

Pelo alto grau de generalidade e abstração que apresentam, os princípios permitem aos aplicadores uma considerável margem de valoração, implicando em maior grau de subjetividade no estabelecimento do sentido e alcance da norma, inclusive porque admitem diferentes formas de interpretação válida *prima facie*. Contrastam nesse aspecto com as regras, cujo conteúdo muito mais preciso e definido reduz sensivelmente (nunca de forma total) o espaço para valoração subjetiva do aplicador.

Tendo-se que os princípios indicam os valores maiores norteadores da sociedade, numa ordem democrática e pluralista como a brasileira, cujas diversidades são asseguradas, “a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando infinitas possibilidades de tensões entre eles.”⁴⁹

E como todos os princípios desfrutam de idêntica hierarquia jurídica, devem conviver, em harmonia, no sistema, sem que haja qualquer relação de precedência entre eles, ao menos no plano abstrato. Pelo mesmo motivo, não é possível a declaração de nulidade de qualquer deles, e assim a sua conseqüente exclusão do sistema.

Por não comportarem soluções unívocas e pré-definidas, ante inevitáveis entrechoques entre princípios, deve o intérprete balizar, em cada caso concreto, ante às peculiaridades fáticas e jurídicas postas, qual dos princípios conflitantes deve prevalecer, bem como em qual medida deve exatamente se dar tal prevalência, jamais podendo qualquer um dos valores fundamentais em tensão ser totalmente desprezado. Pode-se dizer “que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro”.⁵⁰

Interessante silogismo construído por Alexy procura justificar racionalmente essa operação de “sopesamento” dos valores subjacentes aos princípios em colisão, identificando as circunstâncias peculiares relevantes do caso concreto, por meio de uma atribuição de “pesos”, para que ao final da operação possa o intérprete extrair, dentre as soluções possíveis *prima facie*, a mais razoável possível. A solução definida é denominada de “lei de colisão”, uma regra construída, pelo intérprete, para aquele caso concreto específico.⁵¹

⁴⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 209.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Tradução: Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2011. p. 96.

⁵¹ Op. cit., p. 95.

Prossegue o constitucionalista alemão, argumentando que essa relação de precedência, no caso concreto, é uma “relação condicionada”, ou de “precedência concreta ou relativa”, pois se num determinado contexto de circunstância fáticas e jurídicas um determinado princípio deve prevalecer, noutra caso, alteradas as circunstâncias, a solução poderá ser inversa.

Depois das peculiaridades suficientemente constatadas e sopesadas, restará no caso concreto, estabelecido um “enunciado de preferência” entre os princípios tensionantes. E desse enunciado decorrerá um o efeito jurídico do princípio prevalente, que Alexy chama de “lei de colisão”, uma espécie de norma extraída pelo intérprete, para aquele caso concreto específico examinado.⁵²

Curiosamente, “essa lei de colisão” (formulada pelo intérprete, para o caso concreto, a partir da solução das tensões entre normas principiológicas), apresenta estrutura de regra, na medida que prescreverá uma conduta que deverá ser seguida, a obrigação (de fazer ou não fazer) a ser satisfeita, ou uma permissão para que se faça ou se deixe de fazer algo.

1.5.2 Princípios constitucionais formais

A escorreita compreensão dos diferentes modos de aplicação dentre regras e princípios, no intuito de distinguir tais espécies normativas, não dispensa o conhecimento e apreensão da importante subespécie dos “princípios formais”.

Foi visto que as regras permitem, desde logo, compreensão da extensão de seu conteúdo (*prima facie*), pois trazem contidas nas estruturas redacionais determinações explícitas, descrevendo tanto seus limites fáticos, como os efeitos jurídicos resultantes das incidências, sendo, portanto, recobertas de uma definitividade que só cede ante a nulidade.

Princípios, ao contrário, não guardam definitividade em seus mandamentos, pois a extensão de seus efeitos pode ser limitada, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas momentâneas, por outro princípio colidente.

Também se examinou que os princípios “são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante”, enunciando valores jurídicos norteadores do sistema, que vão desdobrar inúmeras regras.

⁵² Op. cit., p. 94-104.

Este fortíssimo aspecto, que é o caráter *prima facie* das regras, concernente à obrigatoriedade de sua incidência, e dos exatos efeitos por ela determinados, somente é possível em sistemas constitucionais que, como o brasileiro, contemplem normas que assegurem que, uma vez emanadas da autoridade constitucionalmente investida na função elaborá-las, elas somente poderão ser superadas em caso de nulidade, efetivamente demonstrada.

Essas normas constitucionais que estabelecem, peremptoriamente, essa obrigatoriedade da incidência das regras, caso verificada a subsunção dos fatos concretos às limitações fáticas intrínsecas nas suas estruturas, bem como dos efeitos jurídicos por elas fixados perfazem exatamente os tais “princípios formais”. Estes, segundo Alexy⁵³:

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem se denominados “princípios *formais*”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* das regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípio – o que teria consequência o fim da validade das regras enquanto regras- é que regras e princípios passam a ter mesmo caráter *prima facie*.

A elevada indeterminação do espectro dos princípios, tendentes a indicar um estado de coisas ideal a ser perseguido, faz com que as aplicações, no plano real, tanto pelo Legislativo como pelo Judiciário, deem causa a inevitáveis conflitos e tensões.

Princípios e regras constitucionais desfrutam de idêntica hierarquia jurídica, pois “a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte”. Por isso, as regras desempenham “dupla função”, além de concretizarem princípios, têm importantíssimo papel de preestabelecer juízos de ponderações entre princípios contrapostos, porquanto nelas o próprio texto da Constituição insere os suportes fáticos de delimitam suas incidências e os efeitos jurídicos que advirão. “Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios”.⁵⁴

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Tradução: Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Tradução: Virgílio Afonso da Silva). São

Tais ponderações deverão ser observadas, tanto pelo legislador infraconstitucional, como pelos Juízes, na exata medida do quanto forem suficientes. Apenas haverá espaço ao legislador infraconstitucional regular os temas dentro das balizas traçadas nas regras constitucionais, conforme se mostrar necessário para possibilitar suas escorreitas aplicações, no plano material.

A opção do Constituinte em cada passagem do texto constitucional, por uma das duas espécies normativas, é sempre fruto de intrincadas operações de racionalidade, pautadas pelas funções diferentes que cada uma delas exercerá no sistema positivado.

Optar pela enunciação de um princípio, sem desdobrá-lo, sequencialmente, em regras que circundem seu aspecto nuclear, evidencia a intenção de delegar aos poderes constituídos (legislador infraconstitucional, executor e julgador) uma liberdade relativamente ampla de concretização, uma flexibilidade para estabelecerem, cada um no âmbito de suas competências, os caminhos, os meios e as formas para fazê-lo.

Optar por estabelecer regras sobre um dado tema, deixa claro o desejo do Constituinte de reduzir, limitar o campo de atuação futura dos poderes constituídos, que não poderão se desviar dos instrumentos e formas de concretização desde logo impostos por aquele que representa, na expressão máxima, a soberania popular.

Neste sentido o escol de Barroso⁵⁵:

Ao utilizar a estrutura das regras, o constituinte cria condutas específicas, obrigatórias, e, conseqüentemente, limites claros à atuação dos poderes políticos. Os princípios, diversamente, indicam um sentido geral e demarcam um espaço dentro do qual as maiorias políticas poderão legitimamente fazer suas escolhas.

Em suma, as regras constitucionais implicam inexorável redução da discricionariedade do legislador infraconstitucional, do administrador e também do Judiciário, em suas respectivas funções de concretizar o texto da Constituição.

1.6 Natureza jurídica da norma contida no Art. 225 da Constituição Federal

Superadas algumas questões quanto à eficácia das normas constitucionais e suas espécies, além da classificação histórica ou dimensional dos direitos

Paulo: Malheiros, 2011. p. 139-141.

⁵⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 211.

fundamentais, primordiais à demarcação matriz constitucional do poder de polícia administrativa ambiental, é chegado o momento da análise dos preceitos específicos que tratam do meio ambiente ecologicamente equilibrado, insertos no texto fundamental.

O Constituinte de 1988 enunciou o meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de um direito fundamental autônomo, inaugurando a constitucionalização do Direito Ambiental, em que pese haver no plano infraconstitucional diplomas anteriores dedicados ao tema, como as Leis 6.938/81 (Política Nacional do meio Ambiente – PNAMA) e 7.347/85 (Ação Civil Pública).⁵⁶

Dentro do Título VIII, que trata da Ordem Social, o Constituinte dedicou todo o Capítulo VI ao bem jurídico ambiental, residindo no *caput* do seu Art. 225 a “norma matriz”, desdobrada em sete parágrafos, contendo o §1º sete incisos.

Nas regras há uma densidade normativa sólida, com definição do objeto tutelado (bem da vida), seus titulares e os destinatários do dever jurídico de subordinação, chegando a classificar a categoria jurídica de pertencimento, bem (público) de uso comum do povo.

Agregados ao *caput*, os parágrafos elencam os instrumentos, as formas jurídicas que deverão ser empregadas para concretização do direito, verdadeiras tarefas a cargo dos entes estatais, além de antecipar-se à esfera infraconstitucional e tratar de determinados bens e atividades, especialmente sensíveis.

A densidade normativa e a sistematização do regramento constitucional contido no capítulo concernente ao meio ambiente mereceram especial atenção de Silva⁵⁷:

O contexto interno do dispositivo revela um esquema normativo rico em manifestações ecológicas, distribuídas em três conjuntos de normas: (a) o primeiro se acha no *caput*, onde se inscreve a regra básica, substancialmente reveladora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; (b) o segundo se encontra no §1º, com seus incisos, que estatui sobre os instrumentos de garantia da efetividade do direito enunciado no “*caput*”; mas não se trata de normas simplesmente processuais, meramente formais, pois, nelas, aspectos normativos integradores do princípio revelado no *caput* se manifestam através de sua instrumentalidade. São normas instrumentais da eficácia do princípio, mas também são normas que outorgam direitos e impõem deveres relativamente ao setor ou ao recurso ambiental que constitui seu objeto; (c) o terceiro conjunto, finalmente, caracteriza um conjunto de determinações particulares, em relação a objetos e setores, referidos nos §§ 2º a 6º, notadamente o §4º, nos quais a incidência do princípio contido no *caput* se

⁵⁶ INGO, Wolfgang Sarlet; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 216-222.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 53-55.

revela de primordial exigência e urgência, dado que são elementos sensíveis que requerem imediata proteção e direta regulamentação constitucional, a fim de que sua utilização, necessária talvez ao progresso, se faça sem prejuízo ao meio ambiente; e porque são áreas e situações de elevado conteúdo ecológico é que a constituição entendeu que mereciam, desde logo, proteção constitucional.

Não é só naquele capítulo se encontram as normas destinadas à tutela constitucional do meio ambiente, as quais se postam espalhadas em várias outras passagens do texto constitucional, “alcança inúmeros outros regramentos insertos ao longo do texto nos mais diversos títulos e capítulos, decorrentes do conteúdo multidisciplinar da matéria”.⁵⁸

Advertindo que uma acurada leitura do texto constitucional permite serem encontradas também diversas referências implícitas ao meio ambiente, SILVA destaca as menções explícitas em preceitos atinentes a temas de inquestionável relevância na configuração política, administrativa e jurídica da Nação: garantias individuais (art. 5º, LXXIII); bens públicos (art. 20, II); competências executivas (art. 23); competências legislativas (art. 24, VI, VII e VIII); Ministério Público (art. 129, III); ordem econômica (art. 170, VI); garimpos (art. 174, §3º); função social da propriedade (art. 186, II); saúde (art. 200, VIII); comunicação social (art. 220, §3º, II) e indígenas (art. 231, §1º).⁵⁹

Na expressão de Sarlet e Fensterseifer, ao configurar o meio ambiente sadio como Direito Fundamental autônomo, a CF sistematizou racionalmente todo o sistema legislativo infraconstitucional e também o infralegal, orientando e vinculando a edição de leis e atos normativos pertinentes à matéria, coimando de não recepção aqueles que se encontravam em vigor antes à promulgação que se mostrem incompatíveis com a nova ordem, vejamos *in litteris*:

A Constituição passou a ser o grande vértice normativo axiológico da proteção jurídica do ambiente, de modo a irradiar a sua normatividade para todo o corpo legislativo infraconstitucional anterior e posterior à sua promulgação, bem como não recepcionando os textos legislativos anteriores no que estivessem em desacordo com as suas disposições.⁶⁰

Outro aspecto traçado pelo Constituinte não pode ser olvidado numa abordagem mais profunda do Poder de Polícia Administrativa do Meio Ambiente são

⁵⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 167

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 50-53.

⁶⁰ INGO, Wolfgang Sarlet; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 219.

os subjetivos, tanto os titulares como os destinatários desse objeto, que é o bem jurídico material ecológico, classificado um “novíssimo direito fundamental”, de “terceira dimensão”.

Ao estatuir que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, a Constituição explicitou inequivocamente a transindividualidade desse direito fundamental, do modo mais amplo e abrangente possível, refutando exclusões por nacionalidade, raça, religião, status social, econômico etc.

Segundo escol de Machado, “o uso do prenome 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”.⁶¹

A total dispersão que exsurge da asserção de “todos”, como titulares do bem da vida, conduz à inexorável conclusão de que os sujeitos ativos desse Direito constituem um grupo não só indeterminado, mas totalmente indeterminável de pessoas, pertinente a cada um de nós e, ao mesmo tempo, a toda a coletividade. “Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para toda a coletividade, indeterminada”.⁶²

O viés distintivo da metaindividualidade é adotado pelo Supremo Tribunal Federal, como se nota de paradigmático aresto, cujo voto condutor emanou do Min. Celso de Mello, tendo por tema de fundo a tutela do meio ambiente (desapropriação de imóvel rural no pantanal mato-grossense, como sanção por descumprimento da função socioambiental da propriedade privada – CF, Arts. 184, 186, II e 225, §4º)⁶³:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos)- que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade, os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

⁶¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 159.

⁶² Op. cit., p. 159.

⁶³ **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Pleno, MS n.º 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 17/11/1995, p. 69.206.

Ainda na senda da titularidade, Sarlet e Fensterseifer chamam atenção para o fato de que o Constituinte outorgou “a dupla perspectiva subjetiva e objetiva do direito fundamental ao meio ambiente.”⁶⁴

Para os autores, a perspectiva objetiva está na própria difusão que lhe é característica, na sua transcendência total, a inviabilizar a delimitação em grupos de interessados. O poder público, a quem compete naturalmente o zelo dos interesses da sociedade, coletivamente considerados, não poderia deixar de ser destinatário do “poder-dever” de promover a concretização do direito fundamental difuso, no multicitado art. 225, *caput*, que vincula as funções estatais legislativa, administrativa e judicial.

Noutro giro, o *caput* do art. 225, dispôs: “impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo”. Com isso, concedeu também aos particulares, na condição de integrantes do todo coletivo, o poder de exigirem a proteção do meio ambiente, inclusive perante o Poder Judiciário, em caso de ameaça ou lesão (nota-se uma racionalização entre a regra do art. 225, *caput* e o princípio do art. 5º, XXIXV – inafastabilidade da jurisdição).

A *priori*, todos são potenciais tutores do equilíbrio ambiental, dispondo, para tanto, dos diversos instrumentos processuais existentes, compatíveis com a natureza jurídica transindividual, como a ação popular, de uso exclusivo do cidadão, individualmente (CF, art. 5º, LXXIII), ou de forma coletiva, organizados em associações constituídas para defesa ambiental (CF, art. 129, *caput*, III e § 1º, c/c, Lei 7.347/1985, Arts. 1º, I, e 5º, V, “a”).

Desse poder atribuído aos particulares, de promoverem a reivindicação judicial da tutela do direito difuso ao meio ambiente, inclusive contra ações e omissões do poder público, decorre, segundo os mesmos autores, seu *status* constitucional de direito subjetivo.

A possibilidade de tutela judicial ambiental, tanto na esfera privada (faceta subjetiva) como na institucional (faceta objetiva), não caracteriza qualquer antonímia. Pelo contrário, trata-se de uma positiva complementação, um regime jurídico de corresponsabilidade entre cidadão e Estado. Segundo Milaré⁶⁵:

⁶⁴ INGO, Wolfgang Sarlet; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 239-241.

⁶⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 208-209.

Sendo o meio ambiente um bem de uso comum do povo, não suscetível de apropriação por quem quer que seja, não basta apenas erigir-se cada cidadão em um fiscal da natureza, para provocar a iniciativa tutelar do Ministério Público; é de rigor assegurar-se o efetivo acesso ao Judiciário dos grupos sociais intermediários e do próprio cidadão para a sua defesa.

O Constituinte Federal não fez ouvidos de mercador ao reclamo, dando largos passos no ordenamento jurídico brasileiro para a instrumentalização da tutela jurisdicional do meio ambiente. Assim, prescreveu mecanismos capazes de assegurar à cidadania a defesa judicial do meio ambiente, como: a ação civil pública (art. 129, III, c/c o §1º); a ação popular constitucional (art. 5º, LXXIII); o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) etc.

Interessante a observação de Machado, acerca da potencialização da proteção jurídica decorrente da dupla feição dada ao meio ambiente, revelando “que os constituintes fizeram um chamamento à ação dos grupos sociais em prol do meio ambiente. [...] A presença e atuação da sociedade civil na defesa do meio ambiente revela-se como uma das marcas inconfundíveis do novo Direito Ambiental”.⁶⁶

⁶⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 164-166.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS VINCULANTES, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E PODER JUDICIÁRIO

Embora não se discuta a que a Constituição tem força normativa própria e direta, contando os direitos fundamentais com a regra da aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º), isso não significa que possam todos eles serem totalmente concretizados em suas totalidades, mormente os de segunda e terceira dimensão, que carecem de prestações positivas do poder público.

Essa concretização somente é possível de ser feita paulatinamente, com programas governamentais de longo, médio e curto prazo, com a participação cooperativa de todos os Poderes, de forma coordena e organizada, mirando os valores basilares do Estado Democrático de Direito. Como afirma Jacob⁶⁷:

Mormente o avanço doutrinário e jurisprudencial no tocante ao reconhecimento da proteção ecológica como direito fundamental, a grande problemática de ambos os sistemas nacionais e internacionais de tutela ecológica e dos direitos fundamentais, de modo geral, resulta na sua implementação. Apesar de belas constituições, legislações, declarações e documentos internacionais que exaltam a importância máxima dos direitos fundamentais, no momento da sua efetivação, os seus conteúdos se esvaziam e não saem do plano formal (literalmente, do papel!). Há grande déficit de efetivação do regime jurídico-constitucional ecológico no contexto brasileiro.

Embora se trate de um termo polissêmico e não haja unicidade sobre o conceito de política pública, é possível verificar alguns pontos comuns nas várias conceituações, permitindo com isso a extração de alguns de seus elementos essenciais: 1) objetivos; 2) os meios predispostos à realização destes; 3) as metas ou resultados esperados.” Todos são elementos mensuráveis, a tornar viável uma adequada fiscalização por parte da sociedade e dos órgãos de controle.

Constituindo o Judiciário um dos Poderes da República, desfruta da mesma força institucional que o Legislativo e Executivo, com os quais compõe um sistema de “freios e contrapesos” recíprocos, que visa evitar abusos e arbítrio por qualquer deles.

Na medida em que o Legislativo e o Executivo representam o pensamento da vontade da maioria circunstancial e momentânea que os elege, torna-se necessário zelar pelos direitos fundamentais das minorias, bem como pela incolumidade do

⁶⁷ JACOB, Cesar Augusti Alckmin. **A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba.** In: O controle jurisdicional de políticas públicas. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 242.

núcleo intangível da Constituição, as “cláusulas pétreas”.

Essa função limitadora dos demais Poderes, que por vezes exige que o Judiciário atue em contrário à vontade da maioria, tem como principal instrumento o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos. Quando exerce tal competência, atua como agente político, interferindo nos negócios públicos.

Além de novos instrumentos de controle de constitucionalidade, a Constituição vigente instituiu grande quantidade de direitos fundamentais, máxime de cunho coletivo e difuso. Conquanto estes últimos exijam do Estado atuações positivas deliberadas para concretizá-los, é correto afirmar que “essas balizas levam a concluir que a relação entre o Poder Judiciário e as políticas públicas é indissociável e previsível”.⁶⁸

O recrudescimento do senso democrático na consciência comum levou ao fenômeno da constitucionalização dos vários ramos do Direito, passando suas disposições infraconstitucionais a serem interpretadas efetivamente a partir da Lei Maior, entendendo-se a estrita legalidade administrativa como a necessidade do poder público obedecer, primeiramente, à Constituição, norma fundante de todo o arcabouço jurídico.

A legalidade estrita dos atos administrativos impescinde de prévia constitucionalidade, pois ainda que esteja escorado em lei, estará maculada de invalidade, se a própria disposição legal invocada como fundamento contrariar a Constituição. Em suma, qualquer ato emanado de autoridade pública deve ser “inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida aos próprios termos postos pelas leis”.⁶⁹

A amplitude contemporânea do conceito de legalidade da administração, que emana da sindicabilidade de seus atos diretamente à luz da Constituição, sem exclusão da possibilidade de ser cotejado frente à legislação ordinária, torna insuficiente a clássica distinção doutrinária em atos vinculados e discricionários.

O que há são diferentes graus de vinculação dos atos administrativos, a depender da opção política do constituinte e do legislador, acerca da maior ou menor margem para decisão discricionária da gestão.

⁶⁸ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: **um olhar a partir da ciência política** – O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). p. 4-15. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁶⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 10-11.

Estando a função administrativa vinculada ao sistema jurídico num todo, por maior que seja a discricção recebida do legislador, a decisão dos casos concretos estará limitada ao menos às quatro premissas: finalidade coletiva (ou geral); direitos fundamentais; princípios constitucionais; e princípios dos ramos do Direito Público.

Portanto, no contexto atual inexistem atos da administração que não se sujeitem ao controle de sua adequação às disposições legislativas, em alguma medida.⁷⁰

A única invariável entre a total vinculação normativa do gestor e sua total liberdade decisória é que nenhum dos dois extremos é possível.

2.1 Orçamento público

Como acertadamente adverte Daniel, é no campo da implementação estrutural dos direitos fundamentais prestacionais (políticas públicas) que a discussão acerca da discricionariedade administrativa encontra seu ápice, como produto da conjunção de vários fatores, dentre os quais:

a) direitos fundamentais costumam ser tratados por normas constitucionais abertas, bastante amplas e indeterminadas no conteúdo (comportando ou recomendando grande dose de densificação e tratamento infra);

b) o Poder Legislativo, embora contenha representantes de diversos segmentos sociais, costuma apresentar uma maioria que corresponde aos mesmos segmentos dominantes elegem o Executivo (mesmas prioridades políticas);

c) implementação e execução de políticas públicas são financeiramente custosas ao erário, demandam gastos elevados, que impactam sensivelmente o orçamento do ente responsável.

Por fim, conclui precisamente a mesma autora⁷¹:

A situação agrava-se à medida que a discricionariedade do agente público na tomada de decisões é analisada à luz dos direitos sociais e sua implementação através de políticas públicas, sobretudo nos países em desenvolvimento, cuja insuficiência estrutural atinge principalmente os direitos fundamentais dos cidadãos, deixando evidente a carência de instrumentos para a efetividade dos direitos previstos na Constituição

⁷⁰ BURGO, Vitor. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário** – O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 74-75.

⁷¹ DANIEL, Juliana Maria. **Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas** – O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 93-114.

Federal.

[...]

Não é difícil prever que a maior ocorrência de omissões arbitrárias dá-se exatamente no campo das políticas públicas, cuja implementação exige um dever prestacional por parte do Estado-Administração e, como tal, impacta nos cofres públicos.

Prosseguindo-se na esteira, não há como se falar em política pública sem adentrar, com o devido destaque, à crucial questão dos orçamentos públicos.

Segundo Daniel⁷²:

É a peça orçamentária que permite a existência e o manejo dos recursos necessários à efetivação máxima das políticas públicas. Daí porque toda e qualquer discussão de omissão administrativa na implementação de políticas públicas recai sobre o orçamento, sobretudo à luz do limite da 'reserva do possível', tão invocado pela administração para afastar o controle pelo Judiciário de sua conduta omissiva.

A questão do controle de discricionariedade em sede de políticas públicas passa, necessariamente, também pela discussão sobre a possibilidade de controle dos orçamentos estatais, suas formas e limites.

Se de um lado não se pode negar a vinculação do Executivo às prioridades constitucionais cogentes, de outro não se pode desconsiderar que se trata de um gestor democraticamente eleito (cabendo-lhe a primazia nas escolhas). E mais, é quem melhor detém as informações sobre as demandas reais da população e melhor conhece a realidade econômica que dispõe.

Da mesma maneira e com a mesma intensidade, não se pode admitir que o Estado ignore imposições constitucionais de certas políticas públicas que visam concretizar direitos fundamentais.

Cabe rechaçar intervenções desproporcionais, irrazoáveis e injustificadas, que tolham o exercício de quaisquer das funções estatais, subjugando um Poder pelo outro.

Não é tarefa fácil definir as formas e sobretudo os limites da intervenção do Poder Judiciário na esfera das políticas públicas, tema tão complexo quanto importante na atualidade da vida jurídica nacional, aguçando os debates tanto no campo acadêmico como jurisdicional.

⁷² Op. cit., p. 116.

2.2 Controle judicial das políticas públicas

Lembra Grinover que duas passagens trazidas pela Constituição de 1988 foram especialmente fundamentais para mudar os rumos dos debates sobre a questão. O inciso LXXIII, do art. 5º, não só erigiu a ação popular (existente desde 1965) à condição de garantia fundamental, mas ampliou seu objeto para abarcar a “moralidade administrativa”, enquanto o art. 3º fixou os objetivos fundamentais da República, em quatro incisos, que sintetizam a promoção do bem coletivo, através da elevação contínua dos patamares socioeconômicos. Desde então⁷³:

O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sobre o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do poder público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.

O Estado é uno, todo o seu poder advém da mesma fonte, a Constituição Federal. Esta apenas separa as funções fundamentais em três, para fins de racionalidade do sistema, estando todas vinculadas a trabalhar harmonicamente, para a consecução das finalidades constitucionais, cada uma na sua esfera de atribuições. Logo, “o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.”⁷⁴ Tanto que foi este o escopo do Constituinte originário, inseriu no texto instrumentos processuais para aferir a conformação de leis e atos do poder público, ainda que abstratamente, independente da alegação de algum dano concreto. São as ações objetivas de controle concentrado de constitucionalidade.

Também diante de omissão dos outros Poderes frente a deveres de implementação constitucionalmente obrigatórios, deverá o Judiciário intervir, se provocado na forma dos instrumentos previstos no ordenamento. Como se viu, a discricionariedade não autoriza inações nesses casos, caracterizando arbitrariedade por omissão, passível de correção jurisdicional.⁷⁵

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas** – O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-129.

⁷⁴ WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis – O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 213-216.

⁷⁵ DANIEL, Juliana Maria. **Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas** – O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 108-109.

Interessante é a colocação de Zaneti Jr. sobre a divisão das funções essenciais no estado constitucional e democrático, em que o poder é uno e emana do povo, em “funções de governo e funções de garantia”.⁷⁶

As funções de governo são as exercidas pelo Legislativo e Executivo, legitimados no sufrágio universal, cuja condição de mandatários populares outorga-lhes inegável prerrogativa de escolhas estratégicas na senda das políticas públicas, dentro das balizas constitucionais.

Já as funções garantia (ou secundárias) logram sua legitimidade na Constituição e nas leis, caso do Judiciário e de outras instituições públicas encarregadas da proteção de direitos fundamentais, como Ministério Público e Defensoria Pública, que atuam na conformação da discricionariedade das funções políticas aos limites daquilo que não lhes é dado decidir.

Concluindo tal formulação, expõe indigitado autor:

Em última análise, a autoridade do Judiciário está, em grande medida, atrelada à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente suas decisões, bem como, por evidente, em sua correspondência ao ordenamento jurídico.

Daí seu reconhecimento como função de garantia secundária, voltada a colmatar, em especial, no caso brasileiro, as lacunas contingenciais, que como reconhecido na doutrina são sempre reparáveis, pois se trata de aplicar a norma constitucional: “A inefetividade contingente é sempre reparável através da intervenção do Poder Judiciário”.

Porém, o controle judicial da discricionariedade em sede de políticas pública não pode ser ilimitado, a ponto de tolher o núcleo de atribuições constitucionais que é próprio dos poderes políticos (em sentido amplo), invadindo suas prerrogativas e comprometendo a independência apregoada na Constituição Republicana.

A definição dos limites desse controle tem ocupado o cerne das discussões entre os estudiosos do tema, na exata medida em que vem crescendo a atuação dos Juízes nessa seara.

A respeito excepcionalidade da intervenção judicial nas políticas públicas, é bastante pertinente a colação de Zufelato⁷⁷:

⁷⁶ ZANETI JR, Hermes. **A teoria da separação dos poderes e o estado democrático constitucional**: funções de governo e funções de garantia. O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 51-53.

⁷⁷ ZUFELATO, Camilo. **Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais** – O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover;

Por fim, importante destacar o fato de serem as políticas públicas judicializáveis não significa, de modo algum, que se está incentivando o uso indiscriminado do processo como meio regulador de temas políticos no Brasil. Pelo contrário. Essa intervenção judicial não é o canal ideal de fixação de tais políticas, que *a priori* permanecem como competências dos poderes essencialmente políticos. A intervenção do Judiciário nesta seara, assim sendo, embora indispensável em casos de omissão ou de desvirtuamento dos poderes políticos, deve ser sempre a *ultima ratio*.

Da mesma maneira entende Jacob, para quem “faz-se indispensável, portanto, limitar a intromissão judicial nos atos da Administração, sob pena de desequilibrar o sistema de pesos e contrafreios”.

Segue o autor asseverando que por consistirem as políticas públicas um conjunto de leis e atos coordenados visando um resultado, os quais podem ser examinadas pelo Judiciário tanto separadamente, em cada norma ou ato que a compõe, à luz dos requisitos comuns dos atos discricionários (legalidade, impessoalidade, razoabilidade, finalidade), como considerada em seu todo, se atende às finalidades constitucionais.⁷⁸

A primeira condição para intervenção judicial em políticas públicas é a demonstração de “um desvio do natural curso do interesse público, uma fuga do dever-poder que está na base do plexo de competências atribuído a cada um dos órgãos estatais, como (re)presentantes do povo brasileiro e do projeto constitucional de sociedade”, na correta observação de Zaneti Jr., que nomina tal defeito “disfunção política”.⁷⁹

Em segundo lugar, ensina Grinover, o controle judicial das políticas públicas jamais pode prescindir da incidência dos princípios da razoabilidade do e da proporcionalidade, entendimento doutrinário e jurisprudencial já sedimentado.

Proporcionalidade exprime *per se* a ideia de equilíbrio, uma justa medida entre dois ou mais fatores. Juridicamente, o princípio da proporcionalidade permite ao intérprete aferir se há um justo equilíbrio entre os meios utilizados e a finalidade pretendida pelo ato, restando-o coimado no caso de eventual descompasso.

WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 314.

⁷⁸ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. **A “reserva do possível”. Obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba** – O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 245-248.

⁷⁹ ZANETI JR, Hermes. **A teoria da separação dos poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia.** O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 47.

Especificamente no caso de controle judicial de políticas públicas, deverá o julgador aferir, no caso concreto, diante das circunstâncias materiais e normativas postas, se há equilíbrio entre os meios escolhidos pelo Legislativo e Executivo e as aspirações coletivas. Se proporcional, terá sido razoável, caso contrário restará constatada a irrazoabilidade.

“A verificação da proporcionalidade da Administração é útil na medida que o Judiciário deverá ser capaz de analisar a política pública sob o prisma do mínimo existencial, mas também da limitação orçamentária do Executivo”. Toda atuação prestacional do Estado, visando concretizar direitos fundamentais (sobretudo os metaindividuais), implica em gastos consideráveis e exigem disponibilidade financeira, devendo o Juiz sempre levar em conta que devem ser implementados paulatinamente, em “prestações” compatíveis com a realidade financeira do Ente.⁸⁰

Determinações judiciais que desconsiderem a proporcionalidade das pretensões deduzidas ante à real possibilidade financeira estatal desorganizam todo o planejamento financeiro da Administração, comprometendo a execução de outras políticas públicas e direitos fundamentais, algo deveras prejudicial à própria coletividade.

Na jurisprudência brasileira, inclusive do STF, a ponderação entre os vetores contrapostos, capacidade orçamentária dos entes públicos e pretensões de implementação de políticas públicas voltadas a direitos fundamentais, levou ao desenvolvimento dos conceitos de “reserva do possível” e “mínimo existencial”, um binômio a ser sopesado pelo julgador, considerando as realidades fáticas peculiares da demanda apresentada.⁸¹

2.3 Reserva do possível

Sob ótica administrativa, as políticas públicas são programas de ações governamentais ou processos juridicamente regulamentados, visando coordenar os meios disponíveis pelo Estado e regulação de atividades privadas, para atender aos objetivos socialmente relevantes, em termos com a legislação posta. Esses conjuntos de ações compreendem a participação de todas as três funções estatais,

⁸⁰ BURGO, Vitor. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário** – O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 88.

⁸¹ Op. Cit., p. 86-89.

atuando de forma harmônica entre si, visando a concretização dos objetos traçados pela Constituição.⁸²

Sabendo-se que a arrecadação do poder público, mediante exercício de sua atividade tributária, sofre rígidas limitações constitucionais e legais, “é notório que a Administração não tem condições de acabar com a totalidade das mazelas sociais”. Não por outro motivo, “a implementação de uma política pública depende, em primeiro lugar, de disponibilidade financeira – a chamada *reserva do possível*”.⁸³ Logo, “a 'reserva do possível' expressa a necessidade de verificação das disponibilidades financeiras para implementação de políticas públicas.”⁸⁴

Segundo Jacob, trata-se a “reserva do possível” de uma exceção, uma defesa do Estado ao ver-se diante de demandas às quais não são possíveis de serem atendidas, seja porque extrapolam a razoabilidade, seja porque não possui dotação orçamentária suficiente para fazê-lo.

O autor ressalta que a escassez dos recursos públicos frente às demandas sociais leva à discordância de argumentos no sentido de que tudo é válido e pode ser aceito, “em nome de uma tão indiscutível quanto irrefletida dignidade humana”.

Tendo como aceitável a objeção da “reserva do possível”, lembra que nela se analisam duas vertentes distintas, a fática (não há, de fato, dinheiro em caixa para cumprir a prestação) e a jurídica (não há previsão no orçamento para aquela demanda).

Diante de comprovação da impossibilidade fática ou material, se não há sequer dinheiro em caixa, não seria possível exigir a prestação do Estado. Comprovada impossibilidade jurídica, porquanto decorre de uma escolha legislativa, o Judiciário deve realizar um juízo concreto, ponderando também as circunstâncias apresentadas na defesa da Administração, além das consequências possíveis que possam advir da decisão, de forma devidamente fundamentada.

Não se ignoram os limites impostos aos entes no Sistema Tributário Nacional, que visam também garantir a razoabilidade das obrigações exigidas *ex lege* dos cidadãos. A equação é certa e inegável. Os recursos financeiros do Estado são

⁸² DANIEL, Juliana Maria. **Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas** – O controle jurisdicional de políticas públicas (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 114-115.

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas** (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138.

⁸⁴ CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. **Outros limites do controle jurisdicional de políticas públicas. O controle jurisdicional de políticas públicas** (Coord. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 291.

limitados e insuficientes para atender à infinidade das necessidades e contingências que brotam do corpo social.

O orçamento visa exatamente compatibilizar as necessidades da coletividade com as receitas previstas e as efetivamente ingressadas nos cofres públicos, impondo ao gestor agir com maior eficiência possível, definindo, com base na realidade momentânea, a ordem de prioridades a serem atendidas, buscando realizar o máximo possível dos objetivos traçados, com o mínimo gasto possível.⁸⁵

Hodiernamente, o orçamento público deve ter conteúdo programático, voltado ao futuro, inclusive no que toca à obtenção dos recursos necessários para a implantação das políticas públicas que visam dar concretude a direitos fundamentais, o “chamado orçamento programa, voltado para a realização dos fins estatais”.

Deve ser lembrado que, no passado, o orçamento público se resumia a um documento de previsão das receitas e autorização dos gastos, apenas com a finalidade de fiscalização política do Legislativo sobre o Executivo (saber o quanto pretendia arrecadar e quanto seria gasto), “com o planejamento, com objetivos a realizar, com a intervenção na economia ou com as necessidades da população”.⁸⁶

Transposto para a contemporaneidade, no Estado moderno o orçamento deixou de ser uma mera peça contábil, de controle da administração, para constituir um verdadeiro plano de ação governamental e um instrumento para satisfação das vontades e anseios da sociedade.⁸⁷

Assim, soa em sintonia com o atual Estado Democrático de Direito e com uma Constituição dirigista como a nossa, o conceito de orçamento público formulado por Paludo⁸⁸:

O orçamento público é o instrumento de gestão para viabilização do planejamento governamental e de realização das Políticas Públicas organizadas em programas, mediante a quantificação das metas e a alocação de recursos para as ações orçamentárias (projetos, atividades e operações especiais).

O mesmo autor assevera que no Brasil houve forte guinada em matéria orçamentária com o Decreto 2.828/1998 e com o primeiro Plano Plurianual – PPA 2000-2003, que instituíram como modelo oficial o “orçamento programa” ou “programático”, reforçando os aspectos de planejamento e instrumento estatal de

⁸⁵ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 78.

⁸⁶ PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, AFO e LRF**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 35-37.

⁸⁷ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 72-73.

⁸⁸ PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, AFO e LRF**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 33.

administração, indicando claramente os objetivos da nação, expressando o compromisso e as ações do governo para a sociedade:

O Orçamento Programa é um plano de trabalho que integra – numa concepção gerencial – planejamento e orçamento com objetivos e metas a alcançar. A **ênfase orçamento-programa é nas realizações** e a avaliação de resultados abrange a eficácia (alcance das metas) e a **efetividade** (análise do impacto final das ações). É a única técnica que **integra planejamento e orçamento**, e como o planejamento começa pela definição de objetivos, não há Orçamento Programa sem definição clara de objetivos. Essa integração é feita através dos “programas”, que são os “elos de união” entre planejamento e orçamento.

A partir do ano de 2000, diz-se que o Orçamento Programa **é o elo** entre planejamento, orçamento e gestão.

No que se refere à natureza jurídica, em nosso país o orçamento público constitui lei em sentido formal ou estrito, força do art. 165 da Constituição, devendo na sua elaboração ser observado todo o procedimento constitucional previsto para edição dessas espécies de atos legislativos típicos (deflagração, discussão, aprovação, sansão/veto, publicação).⁸⁹

Importante ressaltar, embora o art. 165, *caput*, se refira indistintamente a três leis diferentes (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais), e tudo dentro da seção que trata “dos orçamentos” (no plural), parece correto o entendimento colacionado por Soares, segundo o qual apenas a lei orçamentária anual “é lei no sentido técnico”. As demais são meros diplomas que dispõem sobre matéria orçamentária, já que não preveem arrecadação e nem autorizam gastos.⁹⁰

Não se pode negar que essas leis têm aspectos bem peculiares. Além das iniciativas privativas do Executivo e das temporariedades (todas têm termos certos de vigência), o constituinte fixou os prazos específicos de elaboração das propostas, “cabendo ao Presidente da República a remessa ao Congresso Nacional dos respectivos projetos de lei, nos momentos oportunos”.⁹¹

Como as ações governamentais devem necessariamente contemplar obras e serviços de duração prolongada e programas contínuos, faz-se necessária uma programação a curto, médio e longo prazo.

⁸⁹ Op. cit. p. 31-32.

⁹⁰ SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos Carvalho *et. al.* **Ação civil pública**. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 472.

⁹¹ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 87.

O Plano Plurianual – PPA é o instrumento de maior alcance, para o planejamento a médio e longo prazo, definindo as políticas públicas a serem implementadas no período de sua vigência, os respectivos objetivos (resultados que se pretende obter) e metas (níveis de alcance dos objetivos), de modo a garantir o custeio das despesas continuadas (que ultrapassem dois exercícios financeiros consecutivos), visando assegurar um desenvolvimento sustentável.⁹²

O PPA não possui operacionalidade por si só, pois não autoriza despesas. Sua execução ou implementação dependerá das Leis Orçamentárias Anuais, que estabelecerão as dotações para tanto necessárias. Contudo, “a programação traçada pelo Plano Plurianual deve ser respeitada pelo Executivo, tanto na elaboração dos projetos das leis orçamentárias anuais, como quando da sua execução”⁹³

Força do disposto no art. 35, §2º, do ADCT (que continua aplicável, porquanto ainda não editada a Lei Complementar indicada no art. 165, §9º, da CF), até o final do primeiro exercício financeiro de seu mandato (primeiro ano do mandato), o Executivo enviará ao Legislativo a proposta do PPL, cuja vigência terá início a partir do segundo exercício financeiro (segundo ano do mandato).

Há de ser notado um aspecto curioso na vigência do PPA. No primeiro ano de seu mandato, o chefe do Poder Executivo estará necessariamente adstrito às disposições legais definidas no PPA elaborado por seu antecessor no governo (exceto quando reeleito). Por outro lado, seu sucessor também governará no primeiro ano do mandato sob égide de um PPA cuja proposta não elaborou.

O segundo diploma legal sobre matéria orçamentária é a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (art. 165, II e §2º), que tem como principal objetivo adaptar o orçamento do exercício subsequente a ela, às diretrizes, objetivos e metas fixados no PPA.⁹⁴

Por diretriz orçamentária, significa que essa lei norteará o orçamento anual posterior, selecionando as contemplações orçamentárias destinadas à implementação dos programas (políticas públicas) insertos no PPA, expondo a medida da prioridade de cada um deles.⁹⁵

⁹² PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, AFO e LRF**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 129-131.

⁹³ SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos Carvalho *et. al.* **Ação civil pública**. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 474-475.

⁹⁴ SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos Carvalho *et. al.* **Ação civil pública**. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 476-478.

⁹⁵ PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, AFO e LRF**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 117-118.

Outro importante efeito que resulta da LDO é a garantia do equilíbrio orçamentário, que “exsurge da determinação de incluir as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente”. Em razão do princípio da anualidade tributária, ela deve dispor sobre eventuais alterações na legislação tributária que impliquem aumento de tributo, bem como isenções a serem concedidas, para que não resulte no orçamento seguinte desequilíbrio financeiro.

Parece correto se afirmar que a LDO perfaz a ponte, a transposição entre o PPA e o orçamento anual subsequente. Por isso, o prazo para o envio anual pelo Executivo do projeto da LDO ao Legislativo é o dia 15 de abril, tendo este até o dia 17 de julho (último dia do 1º período da legislatura) para aprová-lo.

Aprovado e promulgado, a LDO entra em vigor imediatamente, vinculando a elaboração da proposta orçamentária do exercício subsequente, que como vimos, será remetido pelo governo ao parlamento até o dia 31 de agosto.

Paludo atenta para uma peculiaridade que não deve ser confundida. Embora a vigência da LDO dure 18 meses (07 de julho de um ano a 31 de dezembro do ano seguinte), não existe qualquer conflito aparente de leis, posto que “elas não incidem sobre o mesmo PL e LOA, mas sobre PIs e LOAs diferentes: cada LDO incide sobre uma única LOA aprovada pelo Congresso nacional.”⁹⁶

A vigência da LOA perdura todo o exercício financeiro ao qual se destina, compreendendo o período entre 1º de janeiro e 31 de dezembro. Por isso, o Executivo remeterá ao Legislativo a proposta orçamentária para o exercício seguinte até 31 de agosto do exercício anterior (ADCT, art.).

Tecnicamente, a LOA é a única lei orçamentária propriamente dita, que expressamente prevê receitas, indica despesas e autoriza gastos estatais (art. 165, III e §5º), “tendo operacionalidade e propiciando o controle de sua execução”.⁹⁷

A LOA é também um instrumento de planejamento a curto prazo dos programas definidos no PPL, pois dentro da seleção e ordem de prioridades, bem como dos objetivos e metas fixados na LDO, ela definirá o que precisa ser feito no exercício financeiro e garante os recursos para fazê-lo. Por isso, é conhecida como “lei dos meios”, segundo lembrança de Paludo:

⁹⁶ PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, AFO e LRF**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 122.

⁹⁷ SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. *In*: ROCHA, João Carlos Carvalho et. al. **Ação civil pública**. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 477.

A **LOA** é o documento que define a gestão anual dos recursos públicos, e nenhuma despesa poderá ser realizada se não for por ela autorizada ou por lei de créditos adicionais. É a lei que viabiliza a realização dos programas e das Políticas Públicas com vistas a proporcionar o bem-estar da coletividade. É conhecida como a **lei dos meios** porque é um “meio” para garantir créditos orçamentários e recursos financeiros para a realização dos planos, programas, projetos e atividades dos entes governamentais.

Consoante disposição do art. 165, § 5º da CF, essa única peça orçamentária conterá três orçamentos: orçamento fiscal, orçamento de investimento (das empresas estatais independentes, assim entendidas as autossustentáveis, que não recebem nenhum recurso público para custear suas despesas, embora o Estado detenha participação no capital social, majoritária ou não) e orçamento da seguridade social (despesas relativas à saúde, previdência e assistência social).⁹⁸

Somente o orçamento fiscal guarda pertinência com o objeto (políticas públicas destinadas à implementação de uma polícia administrativa do meio ambiente, eficiente e eficaz) deste trabalho, pois é o que abrange toda a administração pública, direta e indireta, além dos Poderes Legislativo e Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública.

Mesmo assim, não se deve perder de vista que, embora elaborados separadamente, os três orçamentos serão ao final incorporados numa única peça, para que se possa acompanhar e avaliar o desempenho financeiro do ente federativo em sua totalidade (princípio da unicidade do orçamento).

Quanto ao Legislativo, Judiciário, Ministério Público e à Defensoria, o Executivo deverá repassar suas dotações anuais na forma de duodécimos, um doze avos até o dia 20 de cada mês (art. 165, §9º).

No entanto, observa-se que esses repasses deverão ter por base os valores efetivamente arrecadados pelo ente, não os projetados em perspectiva na LOA, além de dependerem dos programas expressamente inseridos pelos destinatários, não sendo admitidos repasses automáticos (princípio da programação de despesas).⁹⁹

Nosso país adota como regra o “orçamento autorizativo”, pois a LOA não determina gastos ao administrador, apenas autoriza que os realize, dentro das balizas por ela fixadas, contando ele com discricionariedade para executar o orçamento segundo juízo de oportunidade e conveniência.¹⁰⁰

⁹⁸ PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, AFO e LRF**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 87-89.

⁹⁹ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 89-90.

¹⁰⁰ PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, AFO e LRF**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 32.

As exceções ao sistema autorizativo estão expressamente previstas no texto constitucional, que impõe execução de percentuais mínimos das receitas líquidas correntes nas áreas de saúde (arts. 156, 157, 158, *caput*, I, “b”, 159, *caput*, I, “a”, II e §3º e 198, § 2º) e educação (art. 212), além da obrigatoriedade das execuções das verbas destinadas por emendas dos parlamentares aos seus estados e DF (incluída pela EC 100/2019, alterando os Arts. 165 e 166 da CF).

Em sede de controle judicial de desconformidade crônica e duradoura de órgãos e políticas públicas cogentes (com ênfase na ambiental), que evidentemente implicam ações continuadas a longo prazo, jamais se poderá perder de vista a máxima inexorável de que, no vigente regime constitucional orçamentário:

1º) “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no Plano Plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”;

2º) a LDO deverá compatibilizar as ações continuadas a longo prazo inseridas no PPA com a anualidade orçamentária, orientando que na elaboração da LOA que lhe sobrevêm sejam contempladas ações e medidas de implementação dessas políticas cogentes;

3º) a LOA garante a efetividade às políticas públicas cogentes, tornando possíveis de serem executadas ações e medidas de implementação, pois é dotada de operacionalidade, devendo nela constarem as dotações dos recursos suficientes para que o administrador possa concretizá-las.

Tanto assim, destaca-se que o art. 33, da Lei 4.320/1964, proíbe emendas à LOA para “alterar a dotação solicitada para despesas de custeio, salvo quando provada, nesse ponto, a inexatidão da proposta” (alínea “a”); conceder dotação para o início de obra cujo projeto não esteja aprovado pelos órgãos competentes” (alínea “b”); conceder dotação para instalação ou funcionamento de serviço que não esteja anteriormente criado” (alínea “c”).

Resulta das indigitadas vedações legais que, mesmo que uma determinada política pública conste do PPA e tenha sido posta como uma prioridade para o exercício seguinte na LDO, nem mesmo o Legislativo poderá instituir ou ampliar órgãos e serviços relativos ao poder de polícia administrativa ambiental (ou qualquer outro), por meio de emendas à LOA (por exemplo, contratação de pessoal, aquisição de equipamentos, construção ou reforma de prédios etc.), se não existir lei anterior do ente federativo criando ou ampliando a respectiva estrutura administrativa.

Diante do regime constitucional imposto às finanças públicas, o desempenho das atividades de arrecadação e gastos do poder público exigem do gestor um planejamento de alta complexidade técnica, envolvendo várias áreas de conhecimento, com a participação de todos os setores e auxílio de pessoal especializado, de modo a possibilitar um planejamento a curto, médio e longo prazo, mantendo sempre o equilíbrio das contas públicas, medidas sem as quais não se poderia garantir um crescimento socioeconômico sustentável da Nação.

Logicamente, “pura e simplesmente aceitar a premissa de que há direitos assegurados de maneira ilimitada a todos, considerando custarem dinheiro, implicaria, de reverso, aceitar um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais do contribuinte”.¹⁰¹

Por mais sérias sejam, as decisões judiciais não têm o condão de modificar a realidade fática, como num passe de mágica. E ninguém melhor do que um parlamento composto por representantes dos diversos seguimentos sociais e porções territoriais e do administrador auxiliado pelos titulares das pastas das respectivas áreas, seus corpos técnicos e órgãos especializados, para definir as escolhas mais eficientes possíveis, com os recursos disponíveis.

Mesmo diante de discricionariedades arbitrárias evidentes, ao procederem com o controle de constitucionalidade ou legalidade de políticas públicas, os juízes devem ter a clareza que “são inócuas determinações que desconsiderem o que efetivamente pode ser realizado em relação ao problema apresentado; decisões judiciais inexecutáveis apenas desacreditam a função jurisdicional”.¹⁰²

Não parece difícil perceber que, ao mesmo tempo que se vincula às finalidades da República, permitindo certa margem de controle pelo Judiciário, o orçamento programático se apraz extremamente complexo, por seu conduto são coordenadas todas as inúmeras formas de intervenção estatal, nas mais diversas áreas da vida pública nacional.

Injunções judiciais não suficientemente pensadas, num contexto que considere todo esse sistema, pode trazer consequências mais gravosas aos próprios direitos fundamentais, do que as lesões ou riscos pontuais que tenham por escopo sanar.

¹⁰¹ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A reserva do possível: **Obrigação de previsão orçamentária e aplicação de verba**. In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 249-254.

¹⁰² CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. **Outros limites do controle jurisdicional de políticas públicas**. In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 294-295.

A melhor solução parece estar na correta observação de Canela Junior, ao alertar que a constatação da insuficiência de recursos não pode ser usada para justificar a paralisação estatal. Deve, sim, dar início à programação da otimização dos gastos futuros, distribuindo-os com proporcionalidade.¹⁰³ Talvez esse seja o mais importante dentre os efeitos das prioridades constitucionais vinculantes.

Havendo controle judicial da discricionariedade de políticas públicas, ainda que efetivamente comprovada a indisponibilidade financeira de atender à pretensão requerida, o Juiz “determinará ao poder público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública.” Isso, claro, sem prejuízo da determinação expressa para que execute a prestação.¹⁰⁴

A possibilidade jurídica da determinação de inclusão, na proposta da lei orçamentária para o exercício seguinte, de previsão de recursos destinados à política pública propugnada, resulta de que a própria constitucionalidade dessas leis depende da consonância com as finalidades e princípios fixados pelo Constituinte, como bem coloca Antonio, remetendo à doutrina de Dirley da Cunha Junior.¹⁰⁵

Vale lembrar, tratando-se de políticas públicas destinadas a concretizar direitos fundamentais e estando todo o setor público subordinado aos princípios da legalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37), se alega insuficiência de recursos ou previsão orçamentária para cumprir a prestação (reserva do possível), deverá a Administração comprovar essa circunstância no caso concreto, não sendo admissível como escusa a mera alegação lacônica.¹⁰⁶

Como lembra Grinover, incide nesse ponto a regra processual do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável a todo o microsistema de tutela processual coletiva, com inversão do ônus da prova em favor do direito fundamental, máxime quando se tratar do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹⁰³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: **Dimensionamento no controle judicial de políticas públicas**. In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 229-233.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138.

¹⁰⁵ ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 204.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138.

Hodiernamente, essa possibilidade resta cristalizada no entendimento do STJ expressado na edição da súmula 618: “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”.¹⁰⁷

Para o STJ, a técnica processual de inversão justifica-se pela transindividualidade do bem ambiental e pela natureza pública da ação civil (e não da hipossuficiência técnica da parte vulnerável, como nas ações sobre relações de consumo). É o que se denota do seguinte julgado de agosto de 2009:

[...] Com isso, pode-se dizer que o princípio da precaução inaugura uma nova fase para o próprio Direito Ambiental. Nela já não cabe aos titulares de direitos ambientais provar efeitos negativos (= ofensividade) de empreendimentos levados à apreciação do poder público ou do Poder Judiciário, como é o caso dos instrumentos filiados ao regime de simples prevenção (p. ex., o Estudo de Impacto Ambiental); por razões várias que não podem aqui ser analisadas (a disponibilidade de informações cobertas por segredo industrial nas mãos dos empreendedores é apenas uma delas), impõe-se aos degradadores potenciais o ônus de corroborar a inofensividade de sua atividade proposta, principalmente naqueles casos em onde eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala. Noutro prisma, a precaução é o motor por trás da alteração radical que o tratamento de atividades potencialmente degradadoras vem sofrendo nos últimos anos. Firmando-se a tese inclusive no plano constitucional de que há um dever genérico e abstrato de não-degradação do meio ambiente, inverte-se, no campo dessas atividades, o regime de ilicitude, já que, nas novas bases jurídicas, esta se presume até prova em contrário. (In Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental, Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 9, ano 3, p. 17-18, jan/mar. 1998, grifei). Portanto, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio da Precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento. Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para determinar a inversão do ônus probatório, julgando prejudicada parte da impugnação por perda de objeto. (Resp 972.902 – RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, p. 14.09/2009).

A incidência da regra da inversão do ônus da prova em ações coletivas ambientais resultou da interpretação sistemática das disposições constantes dos Arts. 6º, VIII do CDC e 21 da LACP, à luz do princípio da precaução, que vigora fortemente no Direito Ambiental.

2.4 Mínimo existencial

É evidente, contudo, que a objeção da “reserva do possível” não pode ser aceita em todos os casos em que for arguida pelo Estado (e raramente deixa de

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jspx?livre=S%DAMULA+618&p=true&tp=T>>

ser), sempre que demandado. Se pudesse, seriam inócuas todas as normas constitucionais definidoras de direitos coletivos e difusos, já que dependem de programas públicos de implementação.

Isso levou ao desenvolvimento da ideia de existência de um núcleo de direitos fundamentais que o Estado nunca, jamais, poderá deixar de atender, imprescindíveis à garantia da dignidade humana num patamar minimamente aceitável. “A partir dessa ideia, haveria um mínimo existencial a ser garantido pelo Estado em toda e qualquer hipótese, cuja omissão seria inarredavelmente arbitrária”.¹⁰⁸

A demonstração objetiva de incapacidade financeira para implementar políticas públicas “é inoponível quando sua invocação tenha a potencialidade de comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, consistindo em injusto inadimplemento de deveres subjetivos públicos”, de sorte a permitir controle de parâmetros constitucionais, como da dignidade humana.¹⁰⁹

Grinover fala na existência de um “núcleo central ou núcleo duro” que nunca pode ser deixado de lado na formulação e execução de políticas públicas, suficiente a garantir a dignidade humana, o qual se nominou “mínimo existencial”. Se for descumprido, poderá o Judiciário legitimamente intervir para suprir a omissão (educação fundamental, saúde básica, saneamento básico, assistência social, tutela do meio ambiente). Na sua propedêutica, afirma¹¹⁰:

O mínimo existencial é considerado um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que exige as prestações positivas por parte do Estado: “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

Watanabe também vê o conceito de “mínimo existencial” como uma limitação da cláusula da “reserva do possível”, afastando o que possa ser invocada ilimitadamente pela Administração, em todos e quaisquer casos, o que comprometeria a garantia de uma vida humana minimamente digna. Vejamos¹¹¹:

¹⁰⁸ DANIEL, Juliana Maria. **Discricionariedade administrativa em matéria de política pública. O controle jurisdicional de políticas públicas.** In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 117.

¹⁰⁹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. As políticas públicas de igualdade e a discriminação racial.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 132-133.

¹¹¹ WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional das políticas públicas. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 218.

A adoção do conceito de “mínimo existencial” é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da “reserva do possível”.

Haverá sempre que ser considerada uma compreensão bifronte ou bivalente do “mínimo existencial”, como se pode verificar nos escritos de Watanabe, para quem¹¹²:

A adoção do conceito de “mínimo existencial” é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua realização, vale dizer, sem sujeição à cláusula da “reserva do possível”.

[...]

Admitir-se quem relação ao “mínimo existencial” possa o Estado alegar qualquer espécie de obstáculo ou dificuldade de ordem material, invocando a cláusula da “reserva do possível”, será o mesmo que admitir que alguém possa continuar vivendo em estado de indignidade, o que afrontaria um dos fundamentos da nossa Constituição, que é a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III).

De um lado, a elaboração do conceito de “mínimo existencial” tem sido de enorme valia como baliza para o Judiciário, na compreensão de seus limites ao controlar a discricção das políticas públicas, de modo a não se sobrepor àquilo que o constituinte reservou aos demais Poderes.

De outro lado, também impõe um limite à oposição, quase sempre arguida em juízo pela Administração, de que não dispõe de recursos financeiros para atender à pretensão.

O reconhecimento da “reserva do possível” e a garantia do “mínimo existencial” têm como importantíssimo efeito possibilitar a superação do princípio da separação dos poderes, o que permite uma atuação delimitada do Judiciário na seara de políticas públicas, para realizar diretamente certos direitos fundamentais, em certas circunstâncias concretas.¹¹³

O contrário também parece verdadeiro. Ainda que se tratando de direitos fundamentais, naquilo que extrapolarem o mínimo existencial “seria preciso aceitar a forma de sua implementação em conformidade com o estabelecido pelo Poder Legislativo e pelo respectivo orçamento”.¹¹⁴

¹¹² Op. Cit., p. 216-218.

¹¹³ VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. **O poder judiciário e os direitos humanos**. In: JUNIOR, Alberto do Amaral; JUBILUT, Lilitana Lyra. O STF e o direito internacional dos direitos humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 91-93.

¹¹⁴ Op. Cit.

Embora seja dever do Judiciário controlar a legalidade de inações dos demais Poderes em sede de políticas públicas vinculantes, jamais poderão os julgadores, diante de cada caso concreto, deixar de aferir: 1) a razoabilidade da pretensão deduzida em face dos entes; 2) existência de disponibilidade financeira e orçamentária para atender à prestação reclamada; 3) o limite do mínimo existencial a ser assegurado ao requerente.¹¹⁵

O contraponto do mínimo existencial ante à objeção da reserva do possível, em ações coletivas que versam sobre políticas públicas, constou da fundamentação de paradigmático acórdão do STF exarado na ADPF 45/DF, em abril de 2004. Na ocasião se impugnava veto presidencial a dispositivo da Lei Orçamentária para o exercício de 2004 (LDO 10.707/2003), que fixou valor mínimo a ser gasto com saúde, à luz da EC 29/2000. Embora tenha reconhecido o perecimento da necessidade/interesse do provimento de mérito, a Corte fez questão de frisar¹¹⁶:

[...] 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. [...] 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 sentido de essencial fundamentabilidade.

Desde então, a jurisprudência de nosso Tribunal Constitucional tem se firmado no sentido de que a reserva do possível não pode isentar o poder público quanto àquelas prestações que garantam um patamar mínimo de existência humana digna, podendo, nesses casos, o Judiciário intervir em políticas públicas, excepcionalmente, sem afronta à separação de poderes.

Essa possibilidade de atuação excepcional do Judiciário não é limitada à saúde, podendo incidir sobre outras políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais, ao menos no que tange à garantia de um mínimo existencial, como se tem visto em relação à educação infantil, sistema penitenciário e meio ambiente:

¹¹⁵ BURGO, Vitor. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 87.

¹¹⁶ BONTEMPO, Alessandra Gotti. O direito à saúde: perspectivas e possibilidades para uma proteção judicial mais exitosa. In: JUNIOR, Alberto do Amaral; JUBILUT, Liliana Lyra. **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 507-510.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos é possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.1 (RE 642539/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, p. 27/02/2013).

EMENTA: “*HABEAS CORPUS*” COLETIVO – O CASO EM JULGAMENTO – A QUESTÃO DO “*HABEAS CORPUS*” COLETIVO COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: EXPRESSÃO VISÍVEL (E LAMENTÁVEL) DE UM ANÔMALO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS (INTEGRADOS, NO CASO, POR PESSOAS QUE COMPÕEM O UNIVERSO PENITENCIÁRIO) E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, INCLUSIVE EM MATÉRIA PENITENCIÁRIA, E A RESERVA DO POSSÍVEL – ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”: UM DILEMA QUE SE RESOLVE PELA PREPONDERÂNCIA DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” – O DIREITO À SAÍDA DA CELA POR 02 (DUAS) HORAS DIÁRIAS PARA BANHO DE SOL COMO PRERROGATIVA INAFASTÁVEL DE TODOS AQUELES QUE COMPÕEM O UNIVERSO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO, MESMO EM FAVOR DAQUELES SUJEITOS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (LEP, ART. 52, IV) – CONCLUSÃO: “*HABEAS CORPUS*” CONCEDIDO DE OFÍCIO E ESTENDIDO PARA TODO O PAÍS. (HC 0023838–19.2019.1.00.0000, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, p. 01/12/2020.)¹¹⁷

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322 /2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 745745/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, p. 19/12/2014).¹¹⁸

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV , NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL – PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO “*JURA NOVIT CURIA*” – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. (ARE 639337/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, p. 15/09/2011).

CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA – PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO. (RE 482611/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello. p. 07/04/2010).¹¹⁹

Interessante sugestão de Burgos, valendo-se de ensinamento de Américo Bedê Freire Junior: se a Administração alegar indisponibilidade orçamentária, deverá também demonstrar que houve esgotamento de recursos destinados a rubricas que não perfazem direitos fundamentais. Não faltam exemplos no cotidiano de gastos com coisas de somenos importância, que poderiam ser remanejadas para políticas públicas de concretização de direitos fundamentais, como a contratação de artistas para shows, publicidade oficial etc.¹²⁰

Não se pode, a esta altura, cotejados os pontos fundamentais que permeiam a discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo na formulação e execução de políticas públicas vinculantes, os limites dessa liberdade de escolha, bem como a possibilidade de ser controlada pelo Judiciário, encontrando-se este igualmente adstrito a limites que garantem o equilíbrio e a racionalidade de todo o sistema, prescindir da colação de irretocáveis ponderações de Grinover¹²¹:

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

¹²⁰ Op Cit., p. 88.

¹²¹ Op Cit., p. 139.

Nessa visão do papel do juiz, o processo deverá obedecer a um novo modelo, com cognição ampliada que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amicus curiae*. Caberá ao juiz atentar também para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância.

A simples desconsideração pelos juízes do sistema orçamentário num todo, em prol de outras normas constitucionais, sem a necessária racionalidade (proporcionalidade, razoabilidade, “reserva do possível” e “mínimo existencial”), não contribui para a concretização dos direitos fundamentais transindividuais.

Muito pelo contrário, desorganiza todo o planejamento governamental, imprescindível a tal desiderato, porque “impossível governar com eficiência sem planejar, e planejamento pressupõe respeito às previsões de receita e despesa estipuladas nas peças orçamentárias”.¹²²

¹²² JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: **Obrigação de previsão orçamentária e aplicação de verba. O controle jurisdicional de políticas públicas**. In: PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 257.

3 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Como nenhum direito fundamental é absoluto, é indispensável que o uso das liberdades públicas e da propriedade não sejam levados a extremos que afetem o exercício de idênticos direitos, por outros membros da sociedade, ou inviabilizem interesses difusos, de toda a coletividade.

Dentro dos limites legais preestabelecidos, caberá à Administração Pública averiguar, nos casos concretos, se tais direitos estão sendo exercitados pelos administrados dentro dos contornos e limites legalmente definidos.

A polícia administrativa age tanto preventivamente (quando incide de modo a fiscalizar e prevenir uma futura conduta abusiva, que traga risco potencial de lesão ao bem comum), como age repressivamente, todas as vezes que se fizer necessária uma injunção para cessar uma conduta lesiva já iniciada (por exemplo, apreender medicamentos ou alimentos inapropriados para consumo, segunda as normas sanitárias, a interdição de estabelecimentos ou obras que exponham a risco a incolumidade pública etc.).¹²³

No atual estágio do Estado de bem-estar social, o poder de polícia adquiriu enorme complexidade, devendo cuidar de todas as atividades que possam impactar a vida do corpo social em aspectos relevantes.

Em suma, é possível se afirmar que a finalidade atual do poder de polícia é a realização e harmonização dos direitos fundamentais (de primeira, segunda e terceira dimensões), sendo os direitos dos cidadãos, ao mesmo tempo, objeto e limite dessa atuação.¹²⁴

Para tanto, o poder público expressa sua atuação de polícia administrativa por meio das três seguintes formas:¹²⁵

a) Atos Normativos: dotados de alto grau de abstração, generalidade, impessoalidade e de prospecção futura (Decretos regulamentares, Resoluções, Portarias etc.);

¹²³ RIBEIRO JUNIOR, Waldir Viana. A necessidade de criação de um subsistema de inteligência ambiental para eficiência da polícia administrativa ambiental. *In*: SOUZA, Hêndrio Inandy *et. al.* **Inteligência, segurança pública, organização criminosa**. Brasília: Movimento, 2022. p. 45-65.

¹²⁴ KLEIN, Aline Lícia. Tratado de direito administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.

Funções administrativas do Estado. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 4.

¹²⁵ RIBEIRO JUNIOR, Waldir Viana. A necessidade de criação de um subsistema de inteligência ambiental para eficiência da polícia administrativa ambiental. *In*: SOUZA, Hêndrio Inandy *et. al.* **Inteligência, segurança pública, organização criminosa**. Brasília: Movimento, 2022. p. 45-65.

b) Atos Administrativo: atos concretos, com destinatários identificados, tendo por base situações de fato já ocorridas (intimação, apreensão, fechamento, remoção de veículos ou coisas etc.);

c) Atos de Fiscalização: atuação antecipada, vistoriando, conferindo atividades potencialmente perigosas ao interesse coletivo, para que não destoem das limitações e conformações impostas pelas Normas.

Dada à ampliação dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado e a crescente complexidade das relações sociais, são criadas polícias especializadas em certos ramos da administração pública, para o exercício mais eficiente dessa gama de deveres.

As leis que criam as polícias especializadas delimitam o objeto de suas atuações, fixando suas atribuições. Todos os ramos da polícia administrativa estão adstritos, no entanto, paralelamente às normas que integram o regime jurídico geral da Administração Pública.¹²⁶

Certo é que o Direito Ambiental evoluiu nas últimas décadas, a partir da crescente conscientização mundial acerca da necessidade de se garantir um crescimento socioeconômico sustentável, evitando-se o esgotamento dos recursos naturais, que são finitos, de modo a não comprometer a existências humana, da geração presente e também das futuras.

No Brasil, a partir da edição da Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNAMA), o Direito Ambiental adquiriu contornos normativos próprios, com princípios, conceitos e institutos específicos, que o destacaram dos outros ramos do Direito Público, servindo como ponto de partida à construção de um microsistema jurídico.¹²⁷

Não obstante, foi a Constituição de 1988 que erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado ao status de “bem jurídico *per se*”, com inegável autonomia dentre os demais direitos fundamentais albergados no seu texto, instituindo o “estado de direito ambiental’ fundado em bases constitucionais”, na forma do art. 225.¹²⁸

¹²⁶ KLEIN, Aline Lícia. Tratado de direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.

Funções administrativas do Estado. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 4.

¹²⁷ SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 111.

¹²⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 158-159.

Não por outro motivo, Machado chama a atenção para a circunstância de que “a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a primeira Constituição brasileira em que a expressão 'meio ambiente' é mencionada”.¹²⁹

Ao passo que declarou no *caput* do art. 225 o meio ambiente como um direito material de caráter difuso, e atribuiu ao poder público em geral a posição de seu primeiro guardião, o próprio constituinte cuidou de estabelecer um rol de instrumentos jurídicos para o eficiente e eficaz desempenho desse *munus*, inserindo no §1º sete incisos que contém diversos institutos a serem implementados.¹³⁰

O caráter instrumental dos incisos constantes do §1º, do art. 225, vinculados ao dever estatal de tutela ambiental é asseverado por Milaré: “O dever estatal geral de defesa e proteção do meio ambiente é fragmentado em deveres específicos, igualmente constitucionalizados. Estão eles enunciados, em rol aberto, nos sete incisos que derivam do § 1º do art. 225”.¹³¹

A mesma premissa é também asseverada por Sarlet e Fensterseifer, que ainda observam que o rol de instrumentos é apenas exemplificativo, aberto a novas formas de proteção, para fazer frente a novos riscos e ameaças que surgem do desenvolvimento tecnológico:¹³²

A CF/88 traz, de forma expressa, nos incisos do § 1º do art. 225, uma série de medidas protetivas do ambiente a serem patrocinadas pelo Estado, consubstanciando projeções de um **dever geral de proteção do Estado** para com o direito fundamental ao ambiente expresso no *caput* do art. 225.

A forma cuidadosamente estruturada pelo Constituinte na formatação da norma matriz ambiental levou Machado a extrair do art. 225 um “princípio da obrigatoriedade da intervenção do poder público”.¹³³

Aceito indigitado princípio, certamente, poderiam ser consideradas formas de sua expressão material não apenas a Lei 9.605/1998, que tipificou como infrações administrativas e penais certas condutas lesivas ao ambiente, mas todas “as limitações administrativas em geral ao exercício do direito de propriedade [...], assim

¹²⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 158.

¹³⁰ SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 252-253.

¹³¹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 172.

¹³² SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 252.

¹³³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 142.

como uma perspectiva de regulação da ordem econômica como um todo”.¹³⁴

Percorrendo esse mesmo silogismo, apenas parece mais adequada, porque diretamente correlacionada à atividade estatal de polícia administrativa, a denominação “Princípio da natureza pública da proteção ambiental”, empregada por Milaré, eis que a obrigatoriedade da adequada proteção estatal não decorre de alguma prerrogativa individual de fruição do bem, mas da sua fruição comum e solidária”, ou seja, sua “realização social”.

Um exemplo de instrumento constitucional de limitação do direito fundamental de propriedade privada lembrado por Milaré, amplamente utilizado pelo poder público para policiar o meio ambiente, é o licenciamento ambiental. Este, inclusive, deve conter o estudo prévio do impacto ambiental da obra ou atividade econômica, sempre que apresentarem riscos ecológicos¹³⁵:

É esse princípio que exemplifica e justifica, por exemplo, a não indenização, por parte do Estado, de certos limites impostos na exploração da propriedade privada; ou, ainda, a necessidade de se submeter ao seu controle, por meio do licenciamento, qualquer intervenção que no ambiente se intente promover.

O exercício do poder de polícia administrativa ambiental, tarefa dos órgãos ambientais nas três esferas da federação, para além de configurar tão apenas um instrumento da PNAMA, desde a Lei 6.938/1981, “é um de seus eixos centrais”, um poder-dever cuja omissão ou atuação deficiente larga à responsabilização estatal pelos danos ao bem comum.¹³⁶

Na precisa definição de Machado, assim conceitua-se o poder de polícia administrativa especializada do meio ambiente:

Poder de polícia administrativa ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a 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 de 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.

¹³⁴ SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 248-249.

¹³⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 172.

¹³⁶ SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 439.

Também Milaré concebe o poder de polícia ambiental como “incumbência pelo art. 225 da CF, a ser exercido em função dos requisitos da ação tutelar, é decorrência lógica e direta da competência para o exercício da tutela administrativa do ambiente”.¹³⁷ Para ser eficaz e eficiente, o exercício do poder de polícia administrativa do meio ambiente deve contar tanto com injunções preventivas, controlando as atividades potencialmente nocivas sob o prisma ecológico, como repressivas.

3.1 “Atividade de Polícia Administrativa” ou “Polícia Administrativa em Sentido Estrito” e “Poder De Polícia” ou “Polícia Administrativa em Sentido Amplo”

Não se pode deixar de lado a importantíssima distinção entre os significados de “atividade de polícia administrativa” ou “polícia administrativa em sentido estrito” e “poder de polícia” ou “polícia administrativa em sentido amplo”.

No estado democrático, os direitos individuais não podem ser exercitados de forma ilimitada pelos cidadãos. O exercício das liberdades e da propriedade sempre encontrarão, em alguma medida, limitações impostas pelo ordenamento, para que não impeçam o exercício do mesmo direito pelos demais indivíduos, ou para que não sejam exercitados de modo nocivo para a coletividade.¹³⁸

Conquanto da qualidade ambiental depende a existência da vida humana digna, sua essencialidade ímpar o torna um “metavalor” com hierarquia axiológica superior, com maior peso na ponderação quando em conflito com outros princípios constitucionais.¹³⁹

Também decorre da democracia constitucional que o exercício dos direitos individuais só possa ser limitado por expressões do Poder Legislativo, composto pelos representantes dos diversos segmentos sociais, legitimamente eleitos para tanto, após amplo debate político.

Ao Executivo cabe apenas atuar no nível infra ou sublegal, zelando pela correta aplicação da lei nos casos concretos, adstrito aos limites prefixados pelo legislador.

¹³⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 336.

¹³⁸ KLEIN, Aline Lícia. Tratado de direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Tratado de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 4.

¹³⁹ ABI-EÇAB, Pedro; GAIO, Alexandre. Tutela do meio ambiente. In: VITORELLI, Edilson. **Manual de Direitos Difusos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 667-668.

Algumas dessas limitações ao exercício das liberdades e da propriedade constam da própria Constituição. Mais comum, no entanto, que essa tarefa tenha ficado a cargo do legislador infraconstitucional.

Em sentido *lato*, a referência a “poder de polícia” engloba tanto a atividade a cargo do Legislativo, de editar as leis que limitem o exercício das liberdades individuais e da propriedade, permitindo que todos os demais indivíduos, considerados em si mesmos ou em grupos mais ou menos dispersos, possam exercer os mesmos direitos. Em sentido *stricto*, são os atos administrativos tendentes à fiel aplicação das limitações traçadas em lei, nos direitos dos cidadãos.

Essa necessária origem das limitações das liberdades individuais e da propriedade privada nas leis é exatamente o que diferencia os estados democráticos dos totalitários, além das separações dos Poderes.

Não se pode, nos primeiros, admitir tamanho poder de intervenção nos direitos fundamentais dos particulares, sem prévia autorização do legislador, legitimado para fazê-lo, por meio do voto popular.

Por isso, parece acertada a crítica de Mello ao termo “poder de polícia”, largamente utilizado na referência a toda a atividade estatal que limite a execução dos direitos de liberdade e propriedade, sem, contudo, distinguir entre as esferas legiferante (principal) e administrativa (secundária). Mais correto seria falar-se em¹⁴⁰:

“Poder de polícia” quando estivermos nos referindo tanto às leis condicionadoras da liberdade e da propriedade quanto aos atos administrativos pelos quais se procede as suas concreções. Servir-nos-emos da expressão “polícia administrativa” quando reportados tão só a comportamentos administrativos. É a esta dualidade que correspondem os sentidos amplo e estrito da locução “poder de polícia”.

Não parece ser equivocado, diante dessas premissas, se considerar que inexistente qualquer relação de continência entre poder de polícia administrativa e atividade de polícia administrativa, muito menos são expressões sinônimas.

Pelo contrário, são funções constitucionais afetadas a Poderes distintos da República, em razão da natureza de cada um deles, mas que ao final devem ser integrados, para fins de operacionalidade.

Volvendo aqui ao tópico anterior, que trata da questão orçamentária que perpassa às políticas públicas vinculantes, parece ser inegável o liame entre polícia

¹⁴⁰ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 771-773.

administrativa ambiental e finanças públicas, “ramo da economia que trata da gestão dos recursos públicos”.

Paludo lembra que o estudo dessa disciplina abarca o controle dos “bens públicos puros”, aqueles estritamente coletivos, indivisíveis, cujo uso por uma pessoa não exclui o direito das outras de utilizá-lo.¹⁴¹

Na gestão e controle dos “bens públicos puros”, deverá o administrador ponderar as “externalidades”, isto é, os efeitos que exurgirão para a coletividade, de uma determinada forma de uso de um bem comum específico, tanto os positivos como os negativos. Para bem ilustrar sua assertiva, exemplifica o autor:

Uma fábrica pode poluir um rio e ao mesmo tempo gerar empregos. Assim, a poluição é uma externalidade negativa porque causa danos ao meio ambiente, e à geração de empregos é uma externalidade positiva por aumentar o bem-estar e diminuir a criminalidade. O Governo deverá agir no sentido de inibir atividades que causem externalidades negativas e incentivar atividades causadoras de externalidades positivas.

Embora uma compreensão partida do estudo de disciplina extrajurídica, aquilo que nas finanças públicas se reputa como atividade estatal de “gestão dos bens públicos coletivos”, visando a máxima extração possível dos efeitos positivos para a coletividade, com o mínimo possível de produção de efeitos negativos, parece corresponder bastante à definição jurídica de “poder de polícia administrativa”.

Por conseguinte, o conceito financista parece de boa utilidade no exame da polícia administrativa ambiental, atividade que tem por foco intervir na constante tensão entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente equilibrado, balizando as externalidades positivas e negativas.

Em nossa sociedade, historicamente patrimonialista e individualista, falta consciência da urgência de cuidado com o ecossistema. Justamente por ser um valor comum e indivisível, não desperta interesse dos indivíduos e grupos sobre a corresponsabilidade pelo seu zelo. Assim, “Os indivíduos (e corporações) tendem a agir de modo a se apropriar (internalizar) dos bônus (recursos ambientais) e a devolver (externalizar) os ônus (poluição), conhecido o fenômeno das **externalidades negativas**”.¹⁴²

A finalidade do poder de polícia administrativa ambiental pode ser resumida como o juízo de ponderação que deve ser feito pelo poder público em geral, tanto

¹⁴¹ PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, AFO e LRF**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 27-28.

¹⁴² ABI-EÇAB, Pedro; GAIO, Alexandre. Tutela do meio ambiente. In: VITORELLI, Edilson. **Manual de Direitos Difusos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 668-669.

pelo legislador de forma genérica e abstrata, como pelo administrador nos casos concretos que se depara, de modo a equalizar o desenvolvimento econômico com a manutenção do ecossistema equilibrado.

3.2 Competência material, executiva, ou de implementação comum e solidária em material ambiental

A competência material ou executiva na esfera ambiental (ou polícia administrativa ambiental) se dá de duas formas: 1) atividades autorizativas (autorização e licenciamento); 2) fiscalizatórias e sancionatórias.¹⁴³

O Constituinte atribuiu no art. 23, da CF, competência material comum e solidária de todos os entes federativos, para procederem à proteção do meio ambiente, pois a complexidade das questões ambientais exige uma atuação articulada e cooperativa entre as três esferas da federação.

Antes mesmo da promulgação da CF/88, a Lei 6.938/81, ao instituir a Política Nacional do Meio Ambiente – PNAMA, arquitetou uma rede articulada, integrando todos os órgãos de polícia administrativa ambiental do país, criando um sistema com capilaridade compatível com a complexidade das questões ambientais. Trata-se do SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente.

A CF/88 recepcionou a Lei 6.938/81, na medida em que adotou a competência administrativa comum a todos os entes federativos, como se denota do art. 23. Mas foi com a edição da Lei Complementar 140, de 08 de dezembro de 2011, na esteira do parágrafo único do art. 23 (acrescido pela EC 53/2006) que restou definitivamente instituído no Brasil o “federalismo cooperativo ecológico”, pondo como objetivos fundamentais da competência comum: I) a “gestão descentralizada”; II) “harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos”; III) “uniformidade da política ambiental para todo o país, respeitadas as peculiaridades regionais e locais” (art. 3º, *caput*).¹⁴⁴ Também indicou, de forma exemplificada, os instrumentos técnicos e jurídicos para essa cooperação institucional (art. 4º).

A implementação da cooperação ambiental e da responsabilidade solidária entre os entes na preservação ambiental pela LC 140/2011, se deu por meio dos róis exemplificativos (não taxativos) para cada uma das esferas da Federação (arts. 7º,

¹⁴³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 170.

¹⁴⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 845-852.

8º, 9º e 10), alinhada com a regra da possibilidade de atuação supletiva de ente diverso do indicado na lista legal, em caso de omissão ou insuficiência do detentor da preferência (art. 15).

Nítida é a adoção pelo legislador da regra de repartição das competências materiais ambientais, à luz da “prevalência (ou predominância) do interesse” no caso concreto.

À União acometeram as questões que ostentam “interesse nacional”, ou casos que a atuação deve incidir sobre territórios de dois ou mais Estados. Aos Estados compete agir quando há interesse regional ou incida sobre territórios de mais de um Município. Aos Municípios incumbe agir naquilo que é pertinente ao interesse local.

Contudo, são competência preferenciais e não exclusivas, pois ante a inércia do ente legitimado primariamente, outro estará autorizado a agir supletivamente.¹⁴⁵

Merece destaque o caráter subsidiário dessa distribuição das competências executivas entre os entes, consoante expressa dicção do art. 17, *caput* e §§ da LC 140, que apenas confere preferência àquele que concedeu o licenciamento ambiental, para fiscalizar a atividade ou empreendimento licenciado, ressalvada a legitimidade para os demais atuarem, mas apenas para suprir eventual omissão do licenciador.¹⁴⁶

Essa é a interpretação consolidada pelo STJ acerca do significado do art. 17 da LC/140, consoante denotam os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. ÁREA PRIVADA. MATA ATLÂNTICA. DESMATAMENTO. IBAMA. PODER FISCALIZATÓRIO. POSSIBILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EXISTÊNCIA.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que não há falar em competência exclusiva de ente da federação para promover medidas protetivas, impondo-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo, bem como da competência para o licenciamento. É certo que ainda que a fiscalização das atividades nocivas ao meio ambiente concede ao Ibama interesse jurídico suficiente para exercer poder de polícia administrativa, ainda que o bem esteja situado dentro de área cuja competência para o licenciamento seja do município ou do estado. Precedente: 2. REsp 1.479.3216/SE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Dje 1º/9/2015. 2. Agravo interno não provido.¹⁴⁷ (AglInt no

¹⁴⁵ SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 360-363.

¹⁴⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 340-341.

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

Resp 1530546/AL, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, p. 06/03/2017)
 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. ÁREA PRIVADA.
 MATA ATLÂNTICA. DESMATAMENTO. IBAMA. PODER FISCALIZATÓRIO.
 POSSIBILIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO CIVIL
 PÚBLICA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EXISTÊNCIA.
 PRECEDENTES.

1. Não há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas. Impõe-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo, bem como de competência para o licenciamento. 2. A dominabilidade da área em que o dano ou o risco de dano se manifesta é apenas um dos critérios definidores da legitimidade para agir do Parquet Federal. 3. A atividade fiscalizatória das atividades nocivas ao meio ambiente concede ao IBAMA interesse jurídico suficiente para exercer seu poder de polícia administrativa, ainda que o bem esteja situado dentro de área cuja competência para o licenciamento seja do município ou do estado, o que, juntamente com a legitimidade ad causam do Ministério Público Federal, define a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito. Recurso especial provido.¹⁴⁸ (REsp 147936/SE, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, p. 01/09/2015).

Sarlet e Fensterseifer extraem dessa regra do art. 17 da LC 140 (que já vinha inserta no art. 2º da Lei do PNAMA) um caráter principiológico, um “princípio da subsidiariedade no poder de polícia administrativa ambiental”, segundo o qual “diante da omissão das autoridades públicas nos níveis estadual ou municipal, a autoridade pública ambiental federal atua subsidiariamente para sanar a omissão dos entes federativos inferiores”.¹⁴⁹

3.3 Princípios da eficiência, prevenção e precaução, na atividade de polícia administrativa ambiental

Todos os princípios desfrutam, obviamente, da mesma hierarquia. No entanto, em sede de polícia administrativa do meio ambiente, pela conformação diferenciada que lhe imprimem, os “Princípios da Prevenção e da Precaução” merecem análise mais detida neste informativo.

Prevenir significa se antecipar a um efeito ou resultado indesejável, que já é conhecido e tido como certo. O Princípio da Prevenção trata de impactos ou danos ambientais já conhecidos pela ciência como certos, em decorrência de uma atividade

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443450232/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no- resp-153046-al2015-0100857-1>>. Acesso em: 21 mar. 2022.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864052340/recurso-especial- resp-1479316-se-2014-0225211-9>>. Acesso em: 21 mar. 2022.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 440-441.

ou empreendimento efetivamente lesivo, gerando para a administração pública o dever de agir para evitar o dano, impondo as condicionantes necessárias, ou mesmo indeferindo a licença ou autorização ambiental, a depender da ponderação de ganhos e perdas ao interesse coletivo, no caso concreto. Exemplo de prevenção, a exigência prévia do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) visa detectar previamente e impedir a consumação do dano ambiental.

Precaver exprime uma cautela ante à possibilidade de algo indesejável, mas desconhecido ou incerto, venha a ocorrer. Precaução é a gestão de riscos hipotéticos, mas ainda desconhecidos plenamente pela ciência. Os dados são inconclusivos, há detecção da verossimilhança do risco, mas o dano ainda não é tido como certo, apenas possível. São exemplos as questões sobre alimentos geneticamente modificados e exposição humana a campos eletromagnéticos.

Seu principal efeito no campo da polícia ambiental é inverter o ônus da prova em desfavor do particular, a quem caberá comprovar a inexistência do perigo ao meio ambiente, para obter licença ou autorização para executar a atividade ou empreendimento, pois a dúvida milita em favor da coletividade.

Embora permeie todo o Direito Administrativo, é na senda da polícia administrativa que os primados da prevenção e precaução têm maior ênfase, pois esta tem por definição a intervenção estatal nas atividades privadas que espelham riscos potenciais a interesses coletivos relevantes, zelando pela consecução da supremacia do interesse público sobre os particulares, sobretudo o bem jurídico constitucional difuso ambiental¹⁵⁰.

Deveras elucidativa sobre a dificuldade da reparação *a posteriori* do dano ambiental, justificando a primazia constitucional à atuação preventiva do poder público, é a lição de Milaré¹⁵¹:

Outro tanto, o dano ambiental é de difícil reparação. Daí que o papel da responsabilidade civil, especialmente quando se trata de mera indenização, (não importa o valor), é sempre insuficiente. Por mais custosa que seja a reparação, jamais se reconstituirá a integridade ambiental ou a qualidade do meio ambiente afetado. Por isso, indenizações e compensações serão sempre mais simbólicas do que reais, se comparadas ao valor intrínseco de biodiversidade, do equilíbrio ecológico ou da qualidade ambiental plena. A prevenção nessa matéria – aliás, como quase em todos os aspectos da sociedade industrial – é a melhor, quando não a única solução.

¹⁵⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípios Jurídicos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico e o Princípio de Precaução. **Justitia**. Belo Horizonte: v. 79, n. 204 (2018).

¹⁵¹ SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 315.

Não constando do texto original da Constituição, a eficiência foi alçada a princípio constitucional da administração pública pela EC 19/1998. Alguns doutrinadores dele extraem um caráter primordialmente operacional, que as ações do poder público sejam adotadas com rapidez e precisão, sem as quais os resultados logrados não são aptos a satisfazerem as necessidades do corpo social, que é a própria razão de ser da administração.¹⁵²

Outros entendem que a eficiência reside no binômio economicidade e produtividade, presteza e rendimento funcional que tem ao cabo reduzir o desperdício de dinheiro público¹⁵³.

Por se tratar de um termo polissêmico, certamente o princípio da eficiência administrativa pode ser interpretado a partir de diferentes enfoques, todos eles igualmente razoáveis. Mais convenientes, portanto, conceituações amplas, capazes de abarcar os vários aspectos. Segundo Martins Paiva:¹⁵⁴

Eficiência é o princípio que determina atuação administrativa com capacidade de produção de resultados destinados à consecução dos fins do Estado através dos meios correspondentemente adequados, na medida da satisfação das necessidades da população.

A ideia reúne predicados não só como celeridade, abrangendo perfeição (adoção de corretos e adequados padrões técnicos) e rendimento (equilíbrio na relação custo benefício) como estima Fábio Bellote Gomes, e, ainda, adequação entre a atividade estatal e a necessidade comunitária.

É evidente o entrelaçamento das premissas da discricionariedade, eficiência, prevenção e precaução. “Discricionariedade é tributária de eficiência, de tal sorte que se a escolha não alcançar o interesse público de modo eficiente, ela padecerá de ilegitimidade”. Se o agente deixa de agir preventivamente ante um risco de dano iminente, certo ou verossimilhante, descumpra os deveres de prevenção e precaução. Incide em clara inoperância, diametralmente oposta ao dever de eficiência¹⁵⁵.

¹⁵² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 127.

¹⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29.

¹⁵⁴ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

¹⁵⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípios Jurídicos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico e o Princípio de Precaução. **Justitia**. Belo Horizonte: v. 79, n. 204 (2018).

Pelo todo já visto, tem-se que não reside discricionariedade dos agentes encarregados da atividade de polícia administrativa do meio Ambiente. Diante de uma situação de ostende indícios verossímeis de potencialidade de dano ao bem jurídico difuso ambiental deve o poder público antecipar-se e agir preventivamente, adotando medidas legais eficazes, na proporção adequada (sem mais nem menos), impedindo que a lesão efetivamente ocorra, pois só assim estará atendida a exigência constitucional da eficiência, insculpida no *caput* do art. 37, da CF.

4 PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988 erigiu expressamente em seu texto determinados valores como destinatários de uma proteção diferenciada, mesmo se comparados a outros bens que também compõem o plexo dos direitos fundamentais.

Nesses casos, não só cuidou o Constituinte de delinear os contornos mínimos, necessários à identificação do conteúdo material do direito fundamental, mas foi bem além e, desde logo, predeterminou as formas e instrumentos a serem observadas pelo poder público, para uma eficiente proteção de tais direitos.

Trata-se de verdadeiras constitucionalizações de certas políticas públicas, agora vinculantes, de observância obrigatória aos poderes estatais, que não dispõem de discricionariedade quanto à sua implementação, devendo fazê-la da forma mais eficiente quanto possível.

Essas prioridades constitucionais vinculantes alargaram sensivelmente o espectro do controle da legalidade da administração pública pelo Poder Judiciário, que agora é chamado, cada vez mais, a se manifestar sobre omissões ou insuficiências de outros Poderes quanto à enunciação e execução de políticas públicas.

Tais demandas, com frequência, transpassam os limites objetivos e subjetivos das ações judiciais clássicas de tutela coletiva, ensejando buscas pelo desenvolvimento de instrumentos processuais compatíveis com o caráter multifacetado e metaindividual desses “conflitos estruturais”.

4.1 O histórico dos processos estruturais e a sua matriz no Direito Norte-Americano

Parte da doutrina brasileira têm cogitado a possibilidade de se desenvolver uma “ação estrutural”, para solução de problemas de desconformidade crônica de instituições públicas, tendo por paradigma as *structural litigation injunctions*, desenvolvidas na jurisprudência dos EUA, para sanar omissões de políticas públicas que lesionem direitos fundamentais consagrados.

Contudo, em se tratando de um instituto concebido no sistema jurídico da *common law*, não se torna tarefa simples analisar os limites e ajustes necessários a

uma segura transposição. Neste trabalho, sem pretensão de exaurir o tema, pretende-se contribuir para o debate.

A discricionariedade administrativa, entendida como espaço deixado pelo legislador para que o gestor público, ante às inúmeras e inesgotáveis peculiaridades das situações concretas com as quais se depara no cotidiano da administração, escolha aquela que melhor atenda ao interesse público, segundo sua valoração de oportunidade e conveniência, tem se tornado bem mais restrita no atual estágio de desenvolvimento do Direito Público.

Ao mesmo passo em que avança o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais, inclusive com a inclusão no texto da Constituição vigente de “prioridades constitucionais vinculantes”, políticas públicas constitucionais do Estado brasileiro (e não dos governos), se tornam necessárias novas ferramentas processuais, próprias ao controle judicial da legalidade das ações e omissões da administração pública, tendo-se que se trata de fenômeno ainda novo e pouco debatido no Brasil.

No sistema jurídico dos EUA surgiu aquilo que a doutrina norte-americana nominou *structural injunction*, um conjunto de medidas judiciais com vistas a ajustar comportamentos futuros, através de um processo judicial duradouro, que determina o conteúdo de determinada política pública, abarcando uma multiplicidade de casos individuais ou coletivos, de modo a reestruturar uma instituição (normalmente pública, embora não necessariamente) até então desestruturada.

Esse processo avaliará as medidas necessárias, os recursos para tanto, suas fontes, traçando os objetivos a serem alcançados e os caminhos a serem trilhados, monitorando-os e reavaliando-os continuamente, além dos impactos diretos e indiretos dessa operação sobre um número indeterminável de pessoas.¹⁵⁶

O sistema norte-americano, desde muito tempo, concebia as denominadas *injunctions*, consistentes em mandamentos judiciais de fazer ou não fazer, tendentes à efetivação de direitos fundamentais, dos *civil rights injunctions*.

A partir delas foi que se deu a evolução jurisprudencial que culminou com o surgimento, em meados do século XX, das *structural litigation injunctions*, ações judiciais coletivas que visam reformular integralmente instituições (em regra) públicas, com viés prospectivo, para implementar direitos fundamentais. No bojo

¹⁵⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

dessas ações é que são expedidas as *structural injunctions*.¹⁵⁷

Em 1952, a Suprema Corte dos EUA foi chamada a se manifestar sobre uma ação judicial em que Linda Brown, uma estudante negra, de apenas oito anos de idade, da cidade de Topeka, por conduto de seu pai Oliver Brown, questionava a constitucionalidade da legislação do Estado do Kansas, que estabelecia a separação dos estudantes do ensino público em escolas distintas, para as etnias branca e negra.

Embora Linda morasse a apenas cinco quarteirões da Summer School (exclusiva para estudantes brancos), ela era obrigada a se deslocar 21 quarteirões até a Monroe School (exclusiva para estudantes negros). Linda teve sua pretensão de ter reconhecido o direito a se matricular no estabelecimento mais próximo de sua residência negada pela Justiça do Arkansas, que aplicou a jurisprudência então vigente no país, “iguais, mas separados”, que reputava constitucionais leis estaduais de cunho segregacional, desde que asseguradas mesmas condições no tratamento dispensado a ambas as etnias.¹⁵⁸

O caso de Linda chegou à reapreciação pela Suprema Corte norte-americana, que em 1953 alterou sua jurisprudência anterior e declarou inconstitucionais as legislações dos 17 estados que adotavam critérios raciais para a separação dos estudantes. Em 1954, aquela Corte integrou sua decisão, delegando às instâncias inferiores “adotar as providências compatíveis com este julgamento, expedindo as ordens para tanto necessárias, de modo a fazer com que as partes ingressem em escolas públicas não segregadas com base em raça, com a máxima urgência”.

Os diversos juízos de primeiro grau passaram a lançar mão dos mandados de fazer e não fazer (*injunctions*), que se tornaram principal instrumento jurídico para impelir os gestores da educação pública a formularem e implementarem políticas públicas de dessegregação racial nas escolas.

Esse caso paradigmático, nominado Brown *versus* Board of Education of Topeka, foi um marco fundamental, a partir do qual gradativamente se construiu na doutrina e jurisprudência dos EUA um tipo específico de ação, destinada a

¹⁵⁷ Op. cit.

¹⁵⁸ FIGUEIRA, Hector Luiz Martins. MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. O caso Brown *versus* Board of Education e a segregação racial nas escolas norte-americanas em paralelo com o racismo brasileiro. **Direito em movimento**, v. 18, n. 1, p. 159-174. Rio de Janeiro: 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemmovimento_online/edicoes/volume18_numero1/volume18_numero1_159.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

reestruturar instituições, mediante formulação e implementação de políticas públicas, com a intervenção do Judiciário, a fim de concretizar direitos fundamentais que estão sendo sonegados.

As *structural injunctions*, segundo Fiss, perfazem “o instrumento formal por intermédio do qual o Judiciário busca reorganizar instituições burocráticas, para que funcionem de acordo com a Constituição”.¹⁵⁹

Outro processo judicial norte-americano merece destaque em matéria de ações estruturais. No caso Warren, *Holt versus Sarver*, foi questionada pela primeira vez a constitucionalidade de todo um sistema prisional estadual nos EUA, a partir da reunião de várias ações que discutiam, individualmente, diversos aspectos da legislação prisional do Arkansas. O processo perdurou por longos 13 anos, entre 1969 e 1982, culminando com a total reestruturação das instituições prisionais daquele estado, antes em situação de grave desconformidade constitucional, que ensejava diversas violações de direitos fundamentais da população carcerária.¹⁶⁰

Num primeiro momento, foram impetrados, em 1969, três *habeas corpus* por presos contra o administrador do sistema penitenciário do Arkansas, reunidos pra julgamento conjunto. Embora a justiça estadual considerasse degradantes as condições de uma determinada penitenciária agrícola, adotou postura mais conservadora e determinou que o impetrado apresentasse, em 30 dias, um plano de ação para sanar as desconformidades, apenas sugerindo algumas medidas gerais, como aumento do orçamento do sistema e contratação de mais servidores.

Ante à caótica realidade do sistema prisional do Arkansas, inúmeras ações individuais e coletivas foram contínua e sequencialmente intentadas por presos, restando depois reunidas para julgamentos uniformes. Muitas delas impugnaram a própria constitucionalidade do sistema estadual e propugnavam medidas concretas, aptas a fazerem cessar as violações sistemáticas.

Uma segunda decisão, prolatada ainda em 1969, inovou ao declarar a inconstitucionalidade do próprio sistema num todo, algo como o que hodiernamente se conhece por “estado de coisas inconstitucional”, estabelecendo que o sistema deveria sofrer uma reestruturação global.¹⁶¹

¹⁵⁹ FISS, Owen. **The civil rights injunction..** Bloomington: Indiana University Press, 1978.

¹⁶⁰ VIOLIN, Jordão. **Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas.** In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais.** 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

¹⁶¹ VIOLIN, Jordão. **Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas.** In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais.** 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

Embora os Poderes Legislativo e Executivo estaduais envidassem reconhecidos esforços na melhoria progressiva do sistema, os processos continuaram surgindo e sendo julgados, quando em 1978, após a substituição do magistrado condutor, o Judiciário adotou postura mais proativa.

O Juiz G. Thomas Eisele promoveu inúmeras reuniões com as partes, conduzindo-as a entabularem um acordo que identificava nada menos que 39 problemas específicos e apresentava um plano detalhado de reestruturação, prevendo a nomeação de um *special master*, especialista da confiança do juízo, com conhecimento técnico, para acompanhar a fase de implantação. A autocomposição foi homologada judicialmente e nomeado o auxiliar. Em 1982, foi constatado pelo julgador que o sistema prisional estadual atingiu a desejada conformidade constitucional e o processo fora extinto.

A reestruturação de uma instituição governamental por meio de formulação de execução de políticas públicas específicas admite, *a priori*, diversas formas legalmente aceitáveis de solução. Isso leva à necessidade de uma grande flexibilidade das medidas a serem adotadas na fase de efetivação da sentença, com emprego de meios atípicos, não descritos expressamente nas leis processuais.

Essas circunstâncias desaguam em inexorável discricionariedade judicial, devendo o Juiz optar pelas que se mostrem mais eficientes ao caso concreto, balizando a proporcionalidade entre a razoável tutela do direito fundamental sonegado e outros interesses públicos primários, direta ou indiretamente afetados.

Nota-se que a experiência jurídica dos EUA nas últimas décadas consolidou que os juízes norte-americanos, no âmbito das *structural injunctions*, tenham como bússola o que lá se denominou *equity*. “A *equity* se caracteriza pela flexibilidade oferecida ao Judiciário, para que formate as medidas a serem utilizadas para o atendimento do direito de acordo com o caso concreto”.

Da sua aplicação decorrem dois princípios que balizam a adoção das medidas de efetivação pelos juízes, nos casos concretos *sub judice*: 1) *balancing the equities* (equilíbrio das ações), pelas quais deve sopesar as consequências positivas e negativas que potencialmente possam exsurgir da decisão estruturante, denegando ou ao menos limitando a tutela propugnada, caso o prognóstico apresente desvantagens maiores que benefícios, sobre os enfoques dos diversos interesse e atores atingidos; 2) *tailoring the remedy* (adaptação do remédio), que exige do julgador se ater estritamente aos nuances do direito fundamental tutelado,

ao eleger as medidas executivas.¹⁶²

No entanto, não é tarefa nada fácil perquirir se o modelo de ações coletivas para solução de problemas estruturais nas instituições, concebido no sistema norte-americano, pode ser adotado prontamente no sistema jurídico brasileiro, a partir do arcabouço legislativo aqui existente, a partir do microsistema processual coletivo do CPC/20015 e de outras leis esparsas que contenham disposições processuais.

Não basta, pura e simplesmente, sobrepor-se algumas disposições legais para aferir a compatibilidade de um instrumento trazido de outro sistema jurídico, para ser incorporado ao brasileiro. É preciso, para tanto, cotejar três aspectos, na seguinte ordem: “a regra de direito, a instituição e o sistema jurídico”.

Tocante ao último elemento, os comparativistas definem o pertencimento a um mesmo sistema jurídico, ou “família”, a partir da comunhão, ou não, da comunidade de origem, das fontes, das concepções fundamentais e dos métodos e processos de desenvolvimento.

Os dois grandes sistemas jurídicos existentes são o “romano-germânico” (que se consolidou historicamente na Europa Continental), também denominado *civil law* e o sistema da *common law* (consolidado na Inglaterra, em países da Comunidade Britânica e nos EUA, em razão da colonização), também nominado “anglo-americano”.¹⁶³

A singela comparação entre regras específicas de ambos os sistemas pode levar o pesquisador a conclusões equivocadas. O trabalho de pesquisa comparativa exige, para além do cotejo de determinadas regras específicas de interesse, o estudo e a compreensão dos institutos jurídicos nos quais se encontram inseridas, em ambos os sistemas (família, sucessões, contratos, contratações pelo poder público, constituição do crédito tributário etc.) e ainda dos dados históricos e das respectivas condições sociais e econômicas nas quais se desenvolveram, fatores estes determinantes tanto na inspiração, como na contínua transformação de um sistema, já que o Direito não é estático. “Cada sistema possui, assim, seu próprio estilo, que não é menos importante do que sua técnica jurídica”.¹⁶⁴

¹⁶²BAUERMANN, Desirê. **Structural injunctions no Direito Norte-Americano**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 279-301. Disponível em: <<https://alexprocesso.files.wordpress.com/2021/09/bauermannstructuralinjunctions-no-direito-norte-americano.processos-estruturais.2017.pdf>>.

¹⁶³ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**: Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos (Tradução: Prof. Sérgio José Porto). Porto Alegre: Fabris, 2015.

¹⁶⁴ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**: Elementos de introdução geral ao

Ante o crescente interesse da doutrina brasileira acerca da transposição das “ações estruturais” do sistema norte-americano, de matriz na *common law*, para o sistema processual doméstico, próprio do direito europeu continental, torna-se mais do que oportuno um trabalho de comparação que ajude a estabelecer quais os limites dessa “importação”, e os ajustes que impescindem sua escorreita adaptação e utilização livre de perplexidades quando de seu emprego pelos operadores na praxe forense.

4.2 Surgimento e evolução da proteção judicial coletiva do meio ambiente no Brasil

Em capítulo anterior se viu o enorme avanço trazido pela Constituição vigente, que conferiu ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a qualidade de bem jurídico autônomo, possibilitando sua defesa *per se*.

A salvaguarda judicial desse valor constitucional vinculante é referida por Sarlet e Fensterseifer como “governança constitucional ecológica”, legitimada na garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos assegurados no ordenamento – CF, art. 5º, XXXV.¹⁶⁵

Ao instituir o valor ecológico como um componente definitivo do Estado Constitucional Democrático, o Constituinte originário vinculou os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a concretizá-lo, da melhor maneira possível, cada qual dentro de sua esfera própria de atuação.

Embora o primado da separação dos Poderes coloque o Judiciário num papel subsidiário, porquanto só atue quando provocado por quem tenha legitimidade para fazê-lo, cabe-lhe a relevante missão de controlar *a posteriori* os comportamentos ativos e omissivos dos demais Poderes, corrigindo eventuais desvios, conquanto eles não detêm discricionariedade quanto ao caráter prioritário da adequada tutela ambiental.

A vinculação constitucional do Estado ao meio ambiente equilibrado impõe ao poder público uma única possibilidade de conduta, representada “por verdadeiras obrigações de fazer, isto é, de zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente”. Não é dado a nenhum agente público alegar que a

estudo comparado dos direitos (Tradução: Prof. Sérgio José Porto). Porto Alegre: Fabris, 2015.

¹⁶⁵SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

causa ambiental não perfaz uma prioridade de gestão, não lhe cabendo nesse ponto opções discricionárias.¹⁶⁶

Em recurso especial que discutia degradação de manguezal, área de proteção permanente, o STJ deixou claro que é desempenho da função típica do Judiciário tutelar o bem jurídico difuso ambiental, não podendo ser absolutamente confundida com o fenômeno do “ativismo judicial”, mencionado com certa frequência nos dias que correm¹⁶⁷:

Inexiste aí “tese romântica do retorno da natureza ao original” (fl. 601), como pretendem as recorrentes, mas providencia judicial de simples cumprimento do que está na Constituição e na lei. No Brasil, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisamos de juízes ativistas, pois o ativismo é da Lei e do texto constitucional. Ao contrário de outros países, nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador.

No escol de Hartmann, “esta imposição (posto que obrigatória), com um sentido específico e identificado pela ordem constitucional é o que chamamos de política pública: ‘aquela que visa definir ou estabelecer uma meta de finalidade’”. Diante de objetivos e finalidades expressamente traçados pelo constituinte para o Estado brasileiro em matéria ambiental (política pública ambiental), resta legitimado seu controle pelo Poder Judiciário, inclusive sob o aspecto da sua eficiência, um princípio expresso no art. 37, *caput* da CF, não cabendo a objeção de se tratar de discricionariedade administrativa.¹⁶⁸

A mesma autora ainda ressalta que o próprio Constituinte disponibilizou ao poder público vários instrumentos jurídicos para proceder à proteção ambiental, decorrendo a omissão no uso das medidas em não implementação de políticas públicas ambientais cogentes, passíveis de correção judícia, posto que:

¹⁶⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 171.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 650.728/SC, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. Em 23/10/2007, Dje 02/12/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/496365344/recursospecial-resp-1678972-sc-2016-0076627-9>. Acesso em: 15 nov. 2021.

¹⁶⁸ HARTMANN, Ana Lúcia. **Ação civil pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais**. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho *et. al.* Ação Civil Pública: 20 anos da Lei 7.347/85. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 403-410.

A proteção do meio ambiente, como direito de terceira geração, ligado à vida, insere-se dentre aquelas finalidades previstas pela Constituição Federal que não poder ser negligenciadas. As ações ou programas para o cumprimento de tal objetivo são, portanto, políticas públicas de caráter obrigatório.

[...]

A afirmação de um dever comum de preservação do meio ambiente não é apenas declaração de boas intenções, mas dela deve decorrer conclusões jurídicas: ninguém tem direito a poluir e todos tem obrigação de impedir o dano ambiental. Participar da proteção ao meio ambiente – fundamentalmente através da obediência à legislação pertinente – é um dever geral com um sentido que se torna específico quando se trata dos poderes públicos, ou dos responsáveis por atividades poluentes e perigosas.

A forma incisiva adotada pelo constituinte ao estabelecer a política pública ambiental brasileira como um objetivo inexorável do Estado, leva a extrair-se do art. 225 da CF um “Princípio da Intervenção ou Defesa Compulsória” em matéria ambiental, cujos efeitos mitigam a discricionariedade dos agentes, a ponto de não ser admitida nessa seara a teoria da reserva do possível, para eximirem-se dos deveres de implementação, exceto se comprovada, objetivamente, a incapacidade financeira do ente público.¹⁶⁹ Este tem sido o entendimento jurisprudencial firmado pelo STJ¹⁷⁰:

Nessas circunstâncias – em que o exercício de pretensa discricionariedade administrativa acarreta, pelo não desenvolvimento e implementação de determinadas políticas públicas, seríssima vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela constituição – a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de pôr em prática, concreta e eficazmente, os valores que o constituinte elegeu como “supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”, como apregoa o preâmbulo de nossa Carta Republicana.

[...]

Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública vital nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, como na hipótese dos autos.

(Resp 1.389.952/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/06/2014, Dje 07/11/2016).

O dever de vinculação do poder público às políticas públicas constitucionais se sujeita também ao influxo do Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa – art. 37, *caput*, sendo inaceitáveis políticas públicas insuficientes e tímidas, ante à envergadura do ambiente equilibrado para a sociedade em sua acepção coletiva,

¹⁶⁹ ABI-EÇAB, Pedro; CAIO, Alexandre. **Tutela do meio ambiente**. In: VITORELLI, Edilson. Manual de direitos difusos. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 688-689.

¹⁷⁰ BRASIL. STJ. REsp 1.389.952/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/06/2014, Dje 07/11/2016.

que alcança todas as gerações hoje presentes, bem como as futuras, que ainda estão por vir a habitar o planeta Terra.

Tocante à dimensão desse influxo do primado da eficiência estatal, é possível cogitar um “direito subjetivo fundamental a uma administração pública eficiente e eficaz”, cuja satisfação exige sindicabilidade e controle da implementação e execução das políticas públicas cogentes impostas pela Constituição.

Não se admite discricionariedade administrativa, senão para a escolha que conformar em maior grau de eficiência de eficácia os valores indispensáveis à coletividade. Por exemplo, “entre uma intervenção urbana voltada para o transporte individual ou para o transporte coletivo: brota da Constituição a prioridade inequívoca do transporte coletivo”.¹⁷¹

Noutra perspectiva, parece não faltar razão aos que afirmam que, na correlação entre as políticas públicas ambientais e o Princípio da Eficiência, reside o vetusto desafio que se impõe ao Judiciário, ao proceder o controle de legalidade de políticas públicas vinculantes. “Como se estabelecer se determinada política pública mostra-se ou não eficiente?”.

Existem alguns parâmetros propostos que parecem razoáveis, como contrastar uma nova política pública com a já existente, não se admitindo as que impliquem em retrocessos ambientais, ou nos casos em que é possível constatar de forma clara e inconteste que a escolha administrativa recaiu sobre um meio já comprovadamente considerado ineficiente.¹⁷²

Aliás, neste trabalho já foi visto que respeitável doutrina e a jurisprudência acolhem como critérios para o exame judicial da eficiência das políticas públicas vinculantes os da “razoabilidade”, “reserva do possível” e “mínimo existencial”.

Uma retrospectiva da implementação progressiva da proteção jurídica ambiental no país, ao longo de algumas décadas, revela que sempre houve um descompasso entre a edição das normas de conteúdo material e as processuais.

A Lei 6.938, de 21 de agosto de 1981 instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente – PNAMA e representou o marco inicial da proteção ambiental propriamente dita no Brasil, deu tratamento sistemático à matéria e criou um

¹⁷¹ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do programa de pós-graduação em Direito** – UFC, v. 35, n. 1: jan/jun. 2015.

¹⁷² CARMELLO JUNIOR, Carlos Alberto. **Políticas públicas ambientais e tutela jurisdicional coletiva: breves reflexões**. In: FREITAS; Gilberto Passos de.; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Sobre a efetividade da tutela ambiental. Campinas: Millenium, 2014. p. 82-83.

verdadeiro microsistema jurídico, definindo conceitos e instrumentos jurídicos primordiais.

Dentre vários conceitos importantes, como degradação, poluição e poluidor, definiu o meio ambiente (globalmente considerado) como um bem público de uso comum, a ser obrigatoriamente protegido, por todos os entes federativos, de forma conjunta.

Para tanto, entabulou uma política pública dotada de instrumentos próprios e específicos à tutela ambiental, bem como estruturou um sistema integrado pelos vários órgãos ambientais, das três esferas federativas, em regime cooperativo, cabendo à União a função de coordenação do sistema.¹⁷³

No entanto, a despeito de ter também instituído a responsabilidade civil objetiva, (independente de culpa) do poluidor pelo dano ambiental e atribuir ao Ministério Público a promoção da ação judicial para a correlata responsabilização (art. 14, §1º), o que sem dúvida alguma representou um enorme avanço para a época, a Lei 6.938/81 nada dispôs sobre a forma processual dessa ação.

O contexto naquele período ainda era marcado pelo forte caráter patrimonialista impregnado no Código Civil de 1916, e na seara processual prevalecia a visão individualista do processo sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. A tímida tutela judicial do ambiente era feita através das ações individuais de tutela da propriedade e da posse, como dano infecto, nunciação de obra nova, demolitória e cominatória, através de interpretações ampliativas dos preceitos de Direito de Vizinhança.¹⁷⁴

Esse vácuo entre a responsabilidade civil objetiva do poluidor pelo dano ecológico (direito substantivo) e um instrumento processual adequado ao exercício do seu múnus institucional pelo Ministério Público (direito adjetivo), teria sido exatamente o elemento propulsor da Lei 7.347/1985, que instituiu a Ação Civil Pública – ACP, concebida especialmente com vistas a tutelar judicialmente direitos metaindividuais. Segundo Rodrigues¹⁷⁵:

A própria origem embrionária da ação civil pública tem, sem trocadilhos, raiz ambiental, pois o projeto de lei que deu origem à Lei 7.347/1985 nasceu da necessidade de se regulamentar o art. 14, §1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981).

¹⁷³SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 397-398.

¹⁷⁴SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**: São Paulo: Malheiros, 2019. p. 38.

¹⁷⁵RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 158.

Sem dúvida, a ACP instituída pela Lei 7.347/1985 rompeu com o paradigma individualista do processo civil, sistematizando a tutela judicial dos direitos transindividuais, através de uma ação genuinamente coletiva. A legitimação ativa foi dada ao Ministério Público e também aos entes da administração pública direta e indireta, além da sociedade civil organizada em associações constituídas com finalidades específicas de promoção de interesses socialmente relevantes.

Destaca-se a alocação do meio ambiente na primeira posição, no rol de bens coletivos tuteláveis pela ACP, deixando inequívoca a primazia do legislador em dar concretude ao comando do art. 14, §1º, da Lei da PNAMA.

A LACP não só foi recepcionada pela CF/88, como ganhou envergadura constitucional, dispondo o art. 129, III, ser função institucional do Ministério Público promover a ACP, para proteção dos direitos transindividuais, com alusão expressa ao meio ambiente.

Embora ressalvada a legitimidade legal concorrente de outras entidades, não se pode negar a proeminência deferida pelo constituinte ao *parquet*, no zelo dos interesses da sociedade, sobretudo o bem jurídico difuso ambiental.¹⁷⁶

Sob égide da atual Constituição vigente, que ampliou e consolidou os direitos coletivos *stricto sensu* e os difusos, surgiram diversos diplomas infraconstitucionais dedicados a temas específicos dessa natureza.

Do ponto de vista processual, maior relevância teve o Código de Defesa do Consumidor – CDC, estabelecido pela Lei 8.078/1990, que destinou os Títulos III e VI à regulação dos processos coletivos, inclusive integrando expressamente sua disciplina à ACP, por conduto do art. 109, que alterou o art. 21, da LACP. “Como se nota, há uma quase perfeita interação entre os dois diplomas, que formam o núcleo duro do microsistema coletivo”.¹⁷⁷

Ainda no espectro do microsistema processual coletivo, encontra-se a ação popular – AP, que constou de todas as nossas Constituições, desde a Imperial de 1824, cujo art. 157 protegia a moralidade pública, facultando a “qualquer do povo” dela se valer para objetar “suborno, peita, peculato e concussão”.¹⁷⁸

¹⁷⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

¹⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 45-46.

¹⁷⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 453-454.

Regulamentada pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, outorgou-se legitimidade ativa para qualquer cidadão (assim entendendo-se quem se encontre na plena fruição dos direitos políticos) buscar tutelar pessoalmente direitos difusos, afetados por ato administrativo eivado de nulidade, admitida a inclusão no polo passivo de qualquer ator público ou privado que concorreu ou assentia para o ato.

É importante ressaltar que a CF/88 erigiu a AP ao patamar de garantia fundamental individual, inserida no art. 5º, LXXIII, ampliando o rol de bens por ela tuteláveis constante na LAP, com menção expressa ao meio ambiente.

A despeito do consenso da existência de um microsistema processual coletivo civil no sistema brasileiro, considerável parcela dos estudiosos da proteção judicial do meio ambiente têm questionado a adequação dos atuais instrumentos disponíveis, frente aos novos desafios que se impõem frente à sociedade contemporânea, imbricada de relações interpessoais cada vez mais dinâmicas e complexas, em razão das novas tecnologias que surgem, repleta de conflitos de massa, como a seguir se pretende abordar.

4.3 Limitações das formas atuais do microsistema coletivo frente ao problema da desestruturação das políticas públicas ambientais

A consagração da judiciabilidade das políticas públicas cogentes, característica própria de uma Constituição dirigente como a brasileira, que traz normas programáticas de objetivos gerais e específicos, deu uma nova dimensão à garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

Com precisão doutrinária, vejamos a explicação de Neves:¹⁷⁹

Como as várias crises de direito material têm diversas particularidades, é necessário percebê-las, adequando-se o procedimento no caso concreto para que a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada com a qualidade que dela se espera. Tutela jurisdicional diferenciada, assim, representa a adoção de procedimentos e técnicas processuais diferenciadas à luz das exigências concretas para bem tutelar o direito material.

Não basta agora o mero asseguramento do direito de provocar a jurisdição, mas exige-se que esse acesso se dê a uma tutela jurisdicional adequada, assim entendida apenas aquela capaz de concretizar efetivamente o direito material afetado.

¹⁷⁹NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021.

4.3.1 Os problemas da legitimação extraordinária ou substituição processual

A primeira e possivelmente mais evidente dificuldade hoje enfrentada para a tutela adequada dos direitos metaindividuais, em termos de acesso jurisdicional e efetividade, repousa na construção da legitimidade extraordinária ou substituição processual, adotada no microssistema processual coletivo. Para uma visão esboçada desse problema, não se pode prescindir da forma como se deu a sua evolução legislativa.

Por muito tempo perdurou a visão da tutela exclusivamente individual dos direitos, prevalecendo o critério da “pertinência subjetiva da ação”, ligado diretamente à teoria eclética do processo, difundida por Enrico Tullio Liebman, jurista italiano que residiu em São Paulo na primeira metade século passado, tendo lecionado na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, onde influenciou grandes processualistas brasileiros.

Na concepção de Liebman, constitui uma condição da ação (que deve estar presente para que o juízo adentre à análise do conflito material deduzido) a legitimidade *ad causam*, que exige a pertinência subjetiva da ação, pela qual as partes da relação jurídica processual devem corresponder às partes da relação jurídica material subjacente.

Somente quem se afirme titular da pretensão material tutelada pode propor a ação, e contra aquele supostamente esteja resistindo injustamente à pretensão do autor.¹⁸⁰

Esse critério era adotado no art. 6º (primeira parte) do CPC/1973 e permanece no atual CPC/2015, inserto no *caput*, do art. 18, sob a denominação de legitimidade ordinária, constituindo a regra geral para as ações individuais.

Apenas excepcionalmente e mediante autorização legislativa expressa será admitido a terceiro, que não o titular, intentar a ação em seu próprio nome, para tutelar direito alheio. O parágrafo único, do art. 18 do novo CPC nominou esta hipótese “substituição processual”, acolhendo a expressão que já era consagrada na doutrina.

¹⁸⁰THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 51.

Nas tutelas individuais albergadas no CPC há uma tal personificação direito material, que basta cotejar a pertinência subjetiva da ação, para conferir estar-se diante de legitimação ordinária ou extraordinária.

Quando o próprio titular do direito material estiver fazendo uso do seu direito subjetivo e autônomo de ação, a legitimidade é ordinária; se quem está buscando a tutela judicial não é o titular do direito material, mas um terceiro, em seu próprio nome, legalmente autorizado a fazê-lo, a legitimidade é extraordinária.

Este mesmo raciocínio singelo não tem lugar quando estão em pauta as ações típicas para tutela de direitos coletivos, insertas no microsistema processual correlato.

Nos interesses coletivos em sentido amplo, eis que pertencentes a grupos indeterminados ou indetermináveis de pessoas, não se verifica a interação entre os direitos materiais conflituosos e o direito de ação, “dada a indivisibilidade de sua ‘partição’ ou ‘fracionamento’, a chamada ‘indivisibilidade do objeto’, e, de outro lado, por conta da impossibilidade de sua atribuição a certos ‘titulares’: a chamada ‘indeterminação dos sujeitos’”.¹⁸¹

No escol de Marinoni e Arenhart:¹⁸²

De fato, não há razão para tratar da tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em “direito alheio”, raciocina-se a partir de uma visão individualista que não norteia a aplicação da tutela coletiva. Não só a partir da premissa de que apenas está autorizado a ir a juízo, mas principalmente a partir da ideia que somente há direitos individuais. A noção de direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da Comunidade ou da coletividade, não é mais possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória a simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade o titular do direito material ordinária e extraordinária.

A distinção entre as espécies de legitimação ordinária e extraordinária traz outra indagação de relevada importância, diz respeito ao interesse de agir.

O interesse de agir, que consiste no trinômio “necessidade-utilidade-adequação”, perfaz uma espécie de filtragem legalmente estabelecida, para evitar desperdícios de tempo e recursos do Judiciário, com ações desde logo possam ser constatadas como natimortas, fadadas necessariamente ao insucesso.

¹⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 139-140.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 758.

Na indefectível lição de Mancuso, enquanto no regime das tutelas individuais, em regra, o interesse de agir brota da violação ou risco a um bem jurídico do próprio autor da ação (ressalvadas poucas exceções legais de substituição processual), no regime das tutelas coletivas, cujos direitos têm como titular a sociedade num todo, o interesse de agir decorre da própria norma legitimadora. Trata-se de presunções legais.¹⁸³

Sendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado um bem difuso de exponencial fluidez e total indeterminação dos diretamente interessados na sua tutela, obviamente não se poderia delegar seu zelo exclusivamente aos cidadãos individualmente considerados, e nem mesmo às entidades civis representativas da sociedade civil, porquanto seria extremamente dificultosa sua aglutinação e organização, dada a plêiade de interesses envolvidos e a complexidade das relações em seu entorno.¹⁸⁴

Também não seria adequada a tutela exclusiva da administração pública, pois em que pese ser a gestora direta dos bens de uso comum do povo, não se pode olvidar do fato de que o próprio Estado, ainda que por omissões, figura com muita frequência dentre os responsáveis pelas lesões ao ambiente.

Nesse contexto, tem-se no tocante à legitimação *ad causam* nas ações coletivas um dos aspectos mais discutidos na atualidade, com o fito de se tentar buscar quem, de fato, está habilitado a encampar a tutela judicial de interesses jurídicos da mais alta relevância social.¹⁸⁵

Quanto à natureza jurídica da legitimação nas ações coletivas, parecem mais convincentes os argumentos daqueles que, como Neves, vislumbra tratar-se de verdadeira legitimação extraordinária ou substituição processual, expressões sinônimas, inclusive. “O que mais importa – e isso é indiscutível, independentemente da teoria adotada – é que os legitimados coletivos não são titulares dos direitos que defenderão em juízo, e tais titulares não têm legitimidade ativa para defender seus direitos”.¹⁸⁶

De outro lado, a substituição processual traz um viés inquietante. Na medida em que a leitura contemporânea do princípio da inafastabilidade da jurisdição

¹⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁸⁴ Op. cit.

¹⁸⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**, Salvador: JusPodivm, 2009. p. 189.

¹⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021.

compreende, para além do mero acesso ao Poder Judiciário, também a uma ordem jurídica justa, assim considerada a observância do contraditório, ampla defesa e todas as garantias que compõem o devido processo legal, há de se perquirir se estariam os substituídos, verdadeiros titulares dos direitos supraindividuais, tendo asseguradas tais garantias.¹⁸⁷

O microsistema processual coletivo consolidado sobre a LACP e o CDC parece ter optado pela adoção da dogmática de legitimação extraordinária, por substituição processual, embora não haja unanimidade no tema. A conclusão parece ser a única plausível ante os conteúdos dos Arts. 81 (cujos incisos I e II enunciam expressamente quem são os titulares dos direitos difusos e coletivos) e 82 (cujos incisos I a IV do *caput* estabelece o rol dos legitimados, que não são os titulares dos direitos) do CDC.¹⁸⁸

Nesse silogismo, as leis brasileiras que dispõem sobre ações coletivas adotam, na definição dos legitimados extraordinários, o critério da “representatividade adequada”, na modalidade referida *ope legis*.

É o legislador quem elege as instituições e os entes a quem incumbe promover a tutela judicial dos direitos titularizados pela coletividade, presumindo serem os eleitos portadores de uma “representatividade adequada” dos substituídos, que não têm legitimidade para as ações coletivas.

Ao juiz da causa cabe tão somente aferir se estão presentes os requisitos legais, necessários para se presumir quem se apresenta como substituto da coletividade, como seu adequado representante.¹⁸⁹

Preferindo utilizar a nomenclatura “justa parte”, Mancuso explica que “impende aferir tal legitimação com base na aptidão ou identidade do portador desses interesses em representá-los adequadamente”.¹⁹⁰

Outros dão destaque ao desinteresse dos indicados na lei em obter proveitos próprios, ou para grupos determinados, agindo imbuídos de escopo comunitário. “O titular coletivo promove uma racionalização do poder, porque seu agir irá

¹⁸⁷ ROCHA, João Carlos de Carvalho. Ação civil pública e acesso à justiça. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho Rocha *et. al.* **Ação civil pública**: 20 anos da Lei 7.347/85. Belo Horizonte: DelRey, 2005. p. 177.

¹⁸⁸ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo, Salvador: JusPodivm, 2009.

¹⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021.

¹⁹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 196.

necessariamente na contramão da tendência de internalizar lucros e externalizar prejuízos à sociedade”.¹⁹¹

Há quem critique à opção do legislador brasileiro, reputando que mais adequado seria o critério *ope iuris*, adotado no sistema norte-americano, o qual cabe ao juiz uma análise profunda e acurada, em cada caso concreto, sobre a representatividade adequada de quem se apresenta para defender direitos coletivos, cotejando as condições pessoais frente às características do litígio, posto que a mera verificação do preenchimento dos requisitos gerais e abstratos fixados em lei não garante a representatividade adequada dos interesses transindividuais.¹⁹²

No entanto, parece assistir razão no argumento de que nos EUA se justifica a análise criteriosa em concreto pelo juízo da causa, pois a coisa julgada atingirá indistintamente a todos, ainda que desfavorável ao pedido deduzido pelo autor.

No Brasil, o microsistema coletivo conta com mecanismos que protegem o interesse coletivo de má atuação do legitimado legal, como a coisa julgada *secundum litis in utilibus*, que só vincula os substituídos se procedente o pedido, caso contrário poderão buscar o direito por ações individuais. Também a intervenção obrigatória do Ministério Público (quando não é autor), com amplos poderes processuais, supre deficiências técnicas e obsta eventuais conluíus ou má-fé.¹⁹³

Ainda no que é pertinente à legitimidade para iniciar ações que tenham por objeto direitos supraindividuais, não se pode deixar de destacar a faculdade constitucionalmente assegurada aos cidadãos para fazê-lo individualmente, mediante a ação popular descrita no art. 5º, LXXIII, que traz no inciso I o meio ambiente, abrindo o rol dos interesses abarcados. Note-se que se trata de cláusula pétrea, jamais podendo ser suprimida do ordenamento (CF, art. 60, §4º).

Assim, é possível concluir que o microsistema processual coletivo brasileiro traz uma legitimidade *ad causam* bastante ampla em se tratando de direitos metaindividuais. Se por um lado a restringiu nas ações coletivas, por outro a franqueou a qualquer cidadão, individualmente, o uso da ação popular.

¹⁹¹ ROCHA, João Carlos de Carvalho. **Ação civil pública e acesso à justiça**. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho Rocha *et. al.* Ação civil pública: 20 anos da Lei 7.347/85. Belo Horizonte: DelRey, 2005. p. 176.

¹⁹² DIDIER JR, Fredie; ZANETTI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo, Salvador: JusPodivm, 2009. p. 204-209.

¹⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021.

Essa solução eclética mereceu elogios de balizados juristas, como Barbosa Moreira e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, como lembrado por Didier Jr, que também assertivamente conclui: “Por esta razão podendo afirmar que o Brasil possui uma legitimação plúrima e mista, plúrima por serem vários os entes legitimados, mista por serem legitimados entes da sociedade civil e do Estado”.¹⁹⁴

Especificamente no que se refere ao direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, merece aplausos a coerência conformadora do legislador infraconstitucional ao disposto no art. 225, *caput*, da CF.

Ao poder público, principal responsável pela promoção do bem-estar social e gestor dos bens de uso comum do povo, deferiu a legitimidade extraordinária para as ações coletivas ambientais (instituições públicas autônomas e entes da administração direta e indireta), sem excluir as associações representativas da sociedade civil organizada. Individualmente, garantiu a cada cidadão propor ação popular ambiental.

4.4 Sociedade de massas, conflitos ambientais e insuficiência do microsistema processual coletivo

Em que pese a louvável coerência legislativa conformadora e sem olvidar dos inegáveis avanços proporcionados pelos diplomas componentes do microsistema processual coletivo, sobretudo a LACP e o CDC, tendo-se em vista o contexto e o vácuo normativo na época em que foram editados, parecem agora insuficientes para anteporem aos novos desafios sociais e jurídicos dos tempos que correm.

Numa sociedade em que as necessidades e demandas exigem cada vez mais do poder público para a manutenção da harmonia, soluções em massa, eficientes e em tempo adequado, o Direito não pode deixar de evoluir no sentido extrair maior concretude das normas definidoras de direitos fundamentais de natureza difusa (terceira dimensão), e mesmo das normas programáticas, que traçam objetivos e finalidades com elevadíssimos graus de generalidade, amplitude e abstração.

Os litígios envolvendo direitos difusos terminaram por revelar um problema de ordem intrínseca, que lhes parece ser uma característica própria e comum, variando tão somente o grau de intensidade em cada caso concreto, em razão de variáveis

¹⁹⁴DIDIER JR, Fredie; ZANETTI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo, Salvador: JusPodivm, 2009. p. 199.

objetivas e subjetivas que estão em jogo, que extrapolam a capacidade de percepção e gestão de qualquer legitimado extraordinário, por mais comprometido que possa ser.

Entre os direitos metaindividuais é possível verificar intensidades diferentes quanto à fluidez, que em alguns deles se mostra substancialmente mais elevada, com efeitos tanto de ordem subjetiva como objetiva, isto é: “concernente a sujeitos indeterminados, em face de um objeto indivisível, como se dá nas relações de consumo, na tutela do meio ambiente e na defesa do patrimônio cultural”.¹⁹⁵

Para a compreensão intensidades diferentes intrínsecas aos direitos difusos, em razão da dimensão coletiva, que impactam de forma determinante subjetiva e objetivamente, é de bom alvitre a colação de Mazilli:¹⁹⁶

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como os consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como o interesse dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora.

Questão intrigante é saber se o critério da representação adequada, que parece satisfatório quanto à legitimação extraordinária para tutela coletiva dos direitos coletivos *stricto sensu*, de titularidade de grupos ou classes definidos por um vínculo jurídico comum (CDC, art. 81, parágrafo único, II), tem a mesma eficiência quando o litígio tem como objeto um direito difuso, objetivamente indivisível e subjetivamente indeterminável (CDC, art. 81, parágrafo único, I).

No caso de litígios sobre direitos coletivos em sentido restrito, há possibilidade de algum grau de determinabilidade de seus titulares, visto que comungam de uma mesma relação jurídica. Isto reduz em alguma medida as amplitudes objetivas e subjetivas do conflito.

¹⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 74-75.

¹⁹⁶ MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 53.

De forma objetiva, é possível delimitar o encadeamento fático do qual brotou uma lesão efetiva ou potencial ao direito de um certo grupo ou classe, dentro do todo que compõe o tecido social.

A partir dessas premissas, parece razoável que alguma instituição ou entidade legitimada *ex lege* perfaça uma adequada representação dos substituídos. Em se tratando de interesses difusos, com acentuada dispersão social, a ponto de inviabilizar o agrupamento dos diretamente atingidos pela situação fática violadora, o critério da representação adequada não parece ter a mesma eficiência.

As ações coletivas existentes ainda guardam um forte vínculo com o sistema de tutela individual, marcado pela bipolaridade, em que autor e réu defendem posições jurídicas bem definidas e claramente contrapostas: ação/preensão *versus* objeção/resistência. Acontece que tal lógica, em se tratando de direitos difusos, tem se mostrado deveras incongruente, sobretudo quanto ao meio ambiente.

O Direito Ambiental se destaca dentre os novos direitos fundamentais que têm levado os estudiosos a buscarem uma nova fórmula no processo civil brasileiro, compatível com a especialidade dos litígios dessa natureza, dada à insuficiência do microsistema coletivo, ante à complexidade e multipolaridade dos conflitos ecológicos.

Apenas foram erigidas algumas instituições constitucionais e pessoas jurídicas públicas e privadas à condição de representantes adequados da coletividade, para em nome próprio, tutelarem direitos alheios, na correta observação de Puga.¹⁹⁷

A mesma autora chama atenção ao que parece ser o mais crítico efeito da inadequação das formas atuais de tutela coletiva, em se tratando de direito completamente difuso.

É nos conflitos envolvendo políticas públicas, necessariamente complexos e multipolares, que se recente com mais veemência a falta de um instrumento adequado, dando azo ao aumento exponencial de ações individuais contra o Estado, o que, além de comprometer a celeridade da atividade jurisdicional, desequilibra o acesso aos recursos públicos em favor dos que contam com melhores condições culturais, econômicas e sociais, caracterizando o fenômeno conhecido por “fura-fila”.

Para a administração pública, também são bastante negativos os efeitos da tutela inadequada de questões ligadas às políticas públicas, surgindo diversos comandos judiciais diferentes e conflitantes entre si, comprometendo a organização e o

¹⁹⁷ PUGA, Mirela. **O processo civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos.** In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1.167-1.174.

desempenho de toda a gestão, sobretudo quanto à execução racional e equitativa do orçamento público.

Com desiderato de exemplificar numericamente esses péssimos efeitos, Puga chamou à colação em seu trabalho um sintético quadro com base em levantamento estatístico realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, dando conta de que somente no ano de 2017 o Judiciário recebeu 341.277 novas ações fundadas em litígios originados tão somente em quatro políticas públicas. Destes, 22.171 processos novos versavam sobre o direito difuso ao meio ambiente equilibrado.

4.5 Violações de políticas públicas ambientais e litígios coletivos estruturais

Hodiernamente, pode ser observado em enorme antagonismo entre as finalidades constitucionais traçadas para determinadas políticas públicas, e a gama de efeitos negativos que exsurtem da inadequação da forma pela qual as lides que têm do causas dos danos falhas nesses mesmos programas estatais de atuação são deduzidas perante o Judiciário, como bem observa Dantas:¹⁹⁸

Uma das razões para que esse tema ainda não tenha entrado na pauta do dia decorre da utilização de ações individuais e das normas do processo civil individual para o ajuizamento de demandas que buscam suprir falhas estruturais e sistêmicas das políticas públicas estatais, tal como ocorre com as demandas de saúde.

[...]

Esse cenário levou o Tribunal de Contas da União a concluir que, em 2014, a nível nacional, houve a concentração dos gastos da saúde na aquisição de medicamentos e procedimentos médicos em detrimento de outras prioridades, havendo fortes indícios de que essas ações de saúde não beneficiaram os setores mais necessitados da sociedade.

[...]

Portanto, as ações produzem efeitos sistêmicos indesejados sobre o desenho e a eficiência da política pública em termos gerais, que passa ainda a ser mais injusta, confusa e ineficiente.

Diante de tal panorama, não parece ser nenhuma heresia jurídica afirmar que o microsistema processual coletivo trata de forma idêntica, titulares de direitos materiais que se encontram em situações fático-jurídicas totalmente distintas, resultando em evidente violação à garantia fundamental da igualdade, na sua acepção atual, que exige a igualdade material, não bastando aquela meramente formal de outrora.

¹⁹⁸ DANTAS, Eduardo Souza. **Ações Estruturais e o estado de coisas inconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 58-59.

4.6 Atuais espécies de tutela judicial (objetos imediatos e mediatos) frente aos problemas estruturais ambientais

Já foi visto que um problema estrutural se define pela existência de uma situação de desestruturação crônica e duradoura de uma instituição, órgão ou política pública, que seja causa de violações reiteradas de direitos fundamentais.

A única maneira possível de fazer cessarem essas violações contínuas é a remoção desse estado de coisas de desconformidade, com a reestruturação da instituição, do órgão ou da política pública deficiente, solucionando-se os litígios.

Nesse silogismo, “o processo estrutural é aquele que se vincula a um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”.¹⁹⁹

Ocorre que esse estado de coisas desconforme numa atividade constitucionalmente vinculante não decorre logicamente de um ponto específico, como a edição de alguns atos administrativos eivados de nulidades, omissões ante a algumas situações fáticas que recalham a interferência do poder público, ou do mal comportamento de um determinado grupo de agentes públicos, ainda que recalcitrantes nas infrações.

Muito pelo contrário, essa crônica situação desconforme instalada tem causalidade complexa, uma multiplicidade de condutas praticadas por pessoas diferentes, em momentos distintos, cuja somatória, ao longo do tempo, leva a uma crescente degradação institucional que, ao cabo, implementa um quadro caótico de ineficiência generalizada. Não há sequer como se pretender precisar algum agente específico como responsável pelas violações reiteradas que vêm ocorrendo.²⁰⁰

Os autores que se debruçam sobre as questões atuais da tutela processual coletiva, frente aos novos litígios decorrentes de direitos difusos, chamam a atenção para um aspecto intrínseco a essa espécie de bens jurídicos. Alguns, como Daher, se referem ao “caráter contingente dos interesses difusos, em razão de tais direitos estarem atrelados a situações de fato muito variáveis para as quais o legislador não é capaz de prever exatamente a solução jurídica adequada a cada hipótese”.

¹⁹⁹ DIDIER JR, Fredie *et. al.* **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Disponível em:

<www.mprj.mp.br?documentis/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Herme_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>. Acesso em 23 nov. 2021.

²⁰⁰ COSTA, Samuel Paiva. **Do pedido e da participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 65-66.

Esse caráter contingente dos direitos difusos, consistente na multiplicidade das causas dos conflitos que a partir deles surgem, conduz logicamente à dedução de que conflitos difusos comportam, aprioristicamente, várias formas diferentes de serem solucionados. Essa característica peculiar tem sido denominada de “complexidade. Assim, o número de soluções possíveis é a medida da complexidade do processo”.²⁰¹

Pela própria dimensão global que alcança o meio ambiente, enquanto bem jurídico fundamental para a coletividade em sua concepção mais ampla possível, é justamente no campo dos litígios ambientais, reais ou hipotéticos, que se costuma buscar exemplos dessa complexidade, quando se pretende questionar a eficácia das formas clássicas de tutela transindividual. Vejamos Osna²⁰²:

Como exemplo emblemático desse aspecto, costuma-se situar o chamado “meio ambiente ecologicamente equilibrado”. É que, ainda que se entenda que esse interesse deva ser preservado, sua tutela claramente não comporta segmentação: não há indivíduo que, por um ato de vontade, possa dispor de sua eventual quota da proteção ambiental. Em outras palavras, passa-se a conferir amparo a um valor global, diverso da mera soma de quaisquer interesses individuais.

Concordando com a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, na esteira da estrita legalidade administrativa (a administração não só está restrita a fazer o que a lei autoriza, mas também é obrigada a fazer aquilo que ela lhe determina) e da inarredável finalidade pública que impregna qualquer conduta estatal, Mancuso reconhece não ser a ACP adequada, por ser de índole predominantemente cominatória, vocacionada a obrigações de fazer ou não fazer pontuais. Seus estreitos limites objetivos, para serem contornados, demandam “engenho e arte” dos operadores.

No entanto, não cuidou indigitado autor de indicar com alguma precisão quais as formas pelas quais poderiam os operadores do Direito, sobretudo os legitimados extraordinários à tutela dos interesses difusos, como o meio ambiente, procederem com “engenho e arte” capazes de superar os limites objetivos da ACP.²⁰³

²⁰¹ DIDIER JR, Fredie *et. al.* **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Disponível em: <www.mprj.mp.br/documentis/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Herme_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>. Acesso em 23 nov. 2021.

²⁰² OSNA, Gustavo. **Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021.

²⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São

Mais incisivo a respeito foi Neves, que além de “registrar a extrema dificuldade de se efetivar decisões judiciais que determinam a implantação de políticas públicas”, ainda que se apliquem todos os meios executivos indiretos e de sub-rogação hodiernamente previstos no CPC/2015 para obrigações de fazer e não fazer, bem como as medidas sancionatórias por atentados contra a dignidade da Justiça, razão pela qual tem crescido o interesse no desenvolvimento dos chamados processos estruturais, por ser “inegável a sua adequação a tal espécie de demanda”.²⁰⁴

Com expressa alusão à característica da complexidade dos litígios estruturais (aos quais se refere como “processos civis de interesse público”), Gismondi considera ser ponto nevrálgico a insuficiência do atual sistema de satisfação dos direitos transindividuais, “com destaque para a efetivação de decisões que envolvam obrigações complexas, com múltiplos destinatários, múltiplas prestações, prolongadas no tempo e para as quais o modelo de simples cumprimento, de índole forçada, não se mostra suficiente”.²⁰⁵

Não se pode olvidar que o microssistema processual coletivo tenha como primazia a tutela específica da obrigação, devendo o judiciário envidar todas as medidas disponíveis, para assegurar que o obrigado a uma prestação a cumpra *in natura*, exatamente como devida, ou ainda por sub-rogação a um terceiro que o fará, às expensas do devedor. Somente como *ultima ratio* é que se converterá o descumprimento em pagamento de dinheiro a título de compensação, consoante art. 11 da LACP.

Aliás, atualmente até mesmo o sistema processual geral, das tutelas individuais, busca privilegiar, o quanto possível, o cumprimento das obrigações na exata forma devida, consoante preconizam os Arts. 499 e 536 do CPC, em conformidade com o ideal de efetividade da justiça.

Lembrando o italiano Mauro Cappelletti, Mancuso afirma que a natureza precipuamente cominatória, com imposição de multa pecuniária, com fito de constranger o obrigado a fazer ou não fazer aquilo que lhe é determinado, é fundamental quando se trata de leões a direitos metaindividuais, “pois o dinheiro seria uma pálida 'compensação' pelo dano coletivo, uma vitória de Pirro; isso é

Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

²⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021.

²⁰⁵ GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 105-106.

particularmente verdadeiro em matéria de tutela aos valores culturais e ambientais”.²⁰⁶

Não se pode negar razão aos argumentos do referido jurista quando aduz que, não obstante não haver empecilho a pedidos de tutelas declaratórias em ACP, para que o Judiciário expunge dúvidas sobre a existência ou extensão de uma obrigação (CPC, art. 20), é difícil vislumbrar alguma utilidade prática em tal provimento, em sede de implementação de políticas públicas.

Os provimentos constitutivos tão pouco se mostram úteis nessa seara, não podendo ir além de desconstituir determinados atos administrativos eivados de nulidade, um nada diante das complexidades imbricadas em programas constitucionais cogentes.

Parece correto afirmar que a tutela específica da obrigação perfaz a regra, quanto se tem por escopo judicializar políticas públicas vinculantes, omitidas ou deficitárias, bem como que tal afirmação resulta na possibilidade de aplicarem todos os instrumentos jurídicos conseqüenciais, inclusive aqueles atualmente previstos no CPC, sendo o mais usual a imposição de *astreinte*, muito embora seja medida de pouca eficácia, quando se coloca como obrigado o poder público.²⁰⁷

Se as ações coletivas sempre buscaram obter o cumprimento específico da obrigação, força dos Arts. 11 da LACP c/c 84, §§ do CDC, essa vocação agora é reforçada ante a possibilidade de recurso ao CPC/2015, que autoriza, para tanto, o emprego também de outras medidas atípicas de coerção do devedor, força dos Arts. 497, 815 e principalmente do art. 139, IV, que autoriza ao juiz adotar quaisquer medidas indutivas, coativas ou sub-rogatórias necessárias ao cumprimento específico do comando da sentença. Ainda assim, não será o bastante quando o provimento judicial se destinar a compelir um ente estatal a implementar ou corrigir política pública vinculante.

Em boa medida isso se explica pelo fato de ter o legislador adjetivo se valido da classificação do Código Civil, que divide as obrigações de fazer em fungíveis e infungíveis.

²⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

²⁰⁷ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: PELLEGRINI, Ada; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 323-325.

Obrigações de fazer fungíveis são as que admitem a possibilidade de serem executadas por um terceiro, às expensas do devedor, em caso de recusa insuperável deste (nomina-se sub-rogação tal forma de tutela específica). São infungíveis as obrigações de fazer que não podem ser executadas por terceiro, caso o obrigado seja recalcitrante em descumpri-la (não cabe sub-rogação).

Nas hipóteses de obrigações de fazer infungíveis, caso frustradas as medidas indutivas e coativas, a solução contemplada no ordenamento processual, inclusive em sede de ações coletivas fundadas em interesses difusos, é a conversão *in pecúnia*, buscando compensar o dano causado pelo descumprimento do dever jurídico, com o “equivalente” em dinheiro.

A estruturação binária do sistema processual de asseguramento da tutela específica das obrigações de fazer, no tocante ao Estado é deveras anacrônica, como se desume da sintética, mas sagaz a crítica de Mancuso ao afirmar que:

O contraponto desse princípio está na distinção entre as obrigações fungíveis e infungíveis: as primeiras podem ser realizadas por terceiro, quando não as cumpra voluntariamente o devedor; ao passo que as segundas, porque personalíssimas, em função de contrato ou de sua própria natureza (infungibilidade convencional ou natural), resolvem-se na chamada “obrigação subsidiária”, ou seja, nas perdas e danos (CPC, art. 821 e § único), segundo a fórmula clássica: “*C'est en cette obligation de dommages et intérêt que se résolvent toutes les obligations de faire quelque chose*”.

Não parece subsistir alguma possibilidade de dúvida quanto à natureza infungível da obrigação dos entes federativos implementarem políticas públicas constitucionais, por meio de seus poderes políticos, o Legislativo incumbido da função de dar o tratamento legal suficiente para serem aplicadas, e o Executivo a quem compete os atos administrativos tendentes à produção dos efeitos concretos perante a sociedade.

Ante à ineficácia das medidas coativas e indutivas direcionadas ao poder público, bem como excluída qualquer possibilidade de sub-rogação das funções constitucionais primárias do Estado, a conversão dos danos resultantes de lesões a direitos fundamentais difusos é de pouquíssima ou nenhuma utilidade para a coletividade lesada. Nem mesmo o caráter sancionatório civil (imposição àquele que agindo contra o ordenamento, causou danos a outrem, o dever de indenizar a vítima) parece fazer algum sentido, em casos deste jaez.

Sendo o erário constituído por recursos auferidos da própria coletividade, mediante exercício da atividade tributária, pertencendo esses mesmos recursos, ao fim

e ao cabo, à mesma coletividade, que apenas é representada pelo Estado, impor ao poder público o dever de indenizar o dano coletivo parece ser uma contradição *in re ipsa*, um *bis in idem* de racionalidade questionável, pois o valor empenhado será, inexoravelmente, retirado de outra política pública, ou de um serviço público.

Em razão dessas premissas elencadas, parece ser tanto pertinente quanto acertada a conclusão consignada por Pinto:²⁰⁸

O fato é que os mesmos meios executivos utilizados pelo credor de algum bem da vida, que implique a prestação positiva ou negativa de algo por parte do devedor, não conseguem funcionar com semelhante efetividade ao atender àquilo que foi pedido, por exemplo, por parcela da população, representada por uma associação ou pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público em ações coletivas lato sensu, como meios hábeis à execução de uma política pública via decisão estrutural que vise não apenas à criação de mais vagas em uma escola pública, como também à melhoria na qualidade do ensino.

Essa premissa parece ainda alcançar dimensões superlativas, quando o direito fundamental atingido pela omissão estatal no seu dever de implementação é o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para Benjamin:²⁰⁹

A tutela do meio ambiente, de regra, torna-se ineficiente por duas razões. Ou a legislação é traçada em termos vagos amplos, com princípios pomposos e programáticos de política ambiental, ou, de modo diverso, é minuciosa, pormenorizada, mas sofre pela ausência ou deficiência de mecanismos adequados de fiscalização e execução ambiental.

[...]

O que importa, pois, nesses casos de interesses difusos e coletivos – que não se resumem à tutela ambiental – é que o Estado, através da produção legislativa e da implementação legal, reconheça a dimensão do problema, enfrente-o com coragem e não recorra a ficções jurídicas incompatíveis com a sociedade industrializada e massificada.

Nessa linha de raciocínio, parece que é chegada a hora dos legitimados extraordinários à tutela coletiva do meio ambiente repensarem sua forma de atuação processual, hoje mais focada em resolver problemas pontuais de riscos ou lesões, para concentrarem-se na forma como se dá a atuação do poder público, a quem cabe, precipuamente, a prevenção dos danos ambientais, intervindo previamente em atividades que apresentem risco ao equilíbrio ecológico, mediante um exercício eficiente de seu poder de polícia administrativa.

²⁰⁸ PINTO, Henrique Alves. A condução de decisões estruturais pelo Código de Processo Civil de 2015. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021.

²⁰⁹ BENJAMIM, Antonio Herman V. **A citizen action norte-americana e a tutela ambiental**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062413.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2021.

No entanto, exigir do poder público que estruture de forma adequada e suficiente todo o aparato necessário ao exercício da atividade de polícia administrativa especializada do meio ambiente, não é algo que possa ser alcançado com uma simples condenação em obrigação de fazer, por meio de ação cominatória.

Tal desiderato exige formulação e implementação de políticas públicas, a partir do arcabouço constitucional, com envolvimento dos diferentes entes federativos, seus poderes, órgãos, agentes e com destinação de recursos orçamentários suficientes.

Mais ainda, essa ação impescinde de articulação e planejamento, ao longo de um tempo considerável, com envolvimento dos atores da sociedade civil, das comunidades acadêmica e científica, de forma participativa. Enfim, um processo de elevada complexidade.

Diante das premissas aqui abordadas, parece ser inexorável o enfrentamento de questões que tem sido tema de inquietude dentre os estudiosos de diferentes ramos do Direito Público, como Processual, Ambiental e Administrativo: “qual será a melhor alternativa: adaptar os instrumentos existentes ou criar outros, compatíveis com essas novas exigências?”²¹⁰

Procuraremos, nos capítulos que seguem, analisar as possíveis respostas ofertadas por balizados doutrinadores que têm se dedicado à pesquisa do tema.

²¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

5 LITÍGIOS COLETIVOS ESTRUTURAIS E PROCESSOS ESTRUTURAIS

Além de conscientizar a sociedade acerca do dever negativo, não degradar ou poluir o meio ambiente, é essencial despertar no poder público em geral, não só o administrador, mas também o Ministério Público e o Poder Judiciário, o dever positivo de agir, com adequação e eficiência, antecipadamente, diante da existência de riscos potenciais de danos ambientais, para que estes sequer ocorram, eis que a restituição total ao estado anterior é difícil, senão impossível de se conseguir.

Conforme assinala Machado: “A presença do Poder Judiciário para dirimir os conflitos ambientais, pode-se afirmar sem exagero, é uma das conquistas sociais importantes do último século, abrangendo países desenvolvidos e em desenvolvimento”.

O autor observa a característica bem acentuada nos estados modernos, de controle jurisdicional dos direitos de terceira dimensão (difusos), que coloca o Poder Judiciário na função de guardião de políticas públicas, fomentando pesquisas sobre novas formas de acesso à justiça, para eficaz proteção de interesses como dos consumidores (coletivamente considerados) e o meio ambiente. Exige-se aí também do Juiz a nova postura, “não protagonista nem subalterno, de guardião da atividade programada”.²¹¹

Ao poder público incumbe o dever de zelar pelos interesses comuns à sociedade, tanto através de implementação de políticas públicas eficazes de promoção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como pela instituição de órgãos suficientemente aparatados da necessária estrutura para a prestação de um serviço público razoavelmente eficiente e adequado à coletividade.

Quando a causa do problema gerador do litígio coletivo está no mau funcionamento de uma estrutura (geralmente pública), ao longo de muitos anos, se impõe o grande desafio de efetuar uma ampla reestruturação, para conformar seu funcionamento a finalidades públicas a que se destina, exigindo adoção de inúmeras medidas, com necessário envolvimento de diferentes entes, Poderes, órgãos e agentes.²¹²

²¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 452.

²¹² BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 30.

Sob esse prisma, parece interessante o silogismo percorrido por Didier Jr, Zanetti Jr e Oliveira quando falam num “problema estrutural”, para que a partir dele se possa chegar a um conceito jurídico suficientemente apurado de litígio estrutural.

Do ponto de vista comum, problema significa uma circunstância que impõe dificuldade ou impede que se faça ou obtenha algo, demandando esforço para ser superado. Assim é que²¹³:

O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura através de um estado de coisas que necessita de uma reorganização (ou de reestruturação).

Portanto, as lides ou os litígios estruturais são os que envolvem o poder público e decorrem de má atuação, atuação insuficiente, ou mesmo uma omissão total acerca da implementação de uma política pública, na prestação de um serviço público essencial, ou na razoável estruturação de órgão público. “Envolvem eles a atuação do Estado, obrigado a prestações positivas, nem sempre cumpridas ou indevidamente cumpridas”.²¹⁴

5.1 Características do processo estrutural: dinamicidade, continuidade, desestruturação, transindividualidade e multifatorialidade

Para ser considerado estrutural, não basta a constatação de uma ou algumas falhas pontuais e eventuais.

A lesão aos direitos fundamentais deve ser dinâmica (deve estar em andamento) e constituir uma situação contínua, que tem perdurado por um hiato temporal relevante. Violações estanques ou que perdurem por curtos períodos, não podem ser consideradas como litígios estruturais, para fins processuais.

A violação deve também atingir a direito fundamental transindividual, de modo a impactar a sociedade coletivamente. Em que pese inidivável que a desestruturação administrativa pode atingir direitos fundamentais individualmente, tais situações deverão ser tratadas pelas clássicas ações destinadas às tutelas individuais.

²¹³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI, JR. Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021.

²¹⁴ SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **Processo estrutural**: controle jurisdicional de políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2021. p. 63.

Sobre o aspecto metaindividual do litígio estrutural, expõe Vitorelli:²¹⁵

Ainda que nem todo litígio coletivo seja irradiado seja estrutural, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado. Isso porque o litígio estrutural tem lugar no contexto de uma violação a que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada.

Demais disso, a violação reiterada de direitos fundamentais deve ter como causa uma situação de desconformidade institucional crônica, uma grave desorganização generalizada de um órgão público ou de uma política pública, que impeça os indivíduos em geral de usufruírem corretamente de um direito fundamental que lhes é constitucionalmente assegurado.

Um problema estrutural emana da concorrência de vários fatores, não bastando para caracterizá-lo apenas uma determinada causa, por mais gravosa que possa ser. Isso se revela no próprio nome, pois é denominado processo coletivo estrutural, por se aplicar a casos em que há problemas estruturais do Estado. “A pretensão é a realização de alterações estruturais a fim de que o Estado passe a garantir direitos fundamentais”.²¹⁶

Trata-se uma espécie bem peculiar, que se destaca das demais formas de litígio coletivo público, nas quais a lesão decorre de condutas específicas. Essa característica restou bem delineada na abordagem de Barros:²¹⁷

O ponto chave, portanto, dessa categoria de litígio é a falha estrutural no órgão ou na instituição responsável pela violação.

Chama a atenção, portanto, que tais litígios, ainda que complexos, se diferenciam claramente em face da causa do problema e de uma estrutura burocrática pública (ou privada) e a intervenção do órgão de controle, para uma solução adequada e construtiva, deve se pautar na necessidade de se alcançar a ampla e positiva reestruturação do próprio funcionamento da estrutura.

É imprescindível a existência de nexo de causalidade entre a violação do direito coletivo e o desajuste crônico e duradouro por parte da administração pública, para que um litígio coletivo mereça ser classificado como estrutural.

²¹⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**. Salvador: JusPodivum, 2021. p. 60.

²¹⁶ LIRA, Adriana Costa. **O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 43.

²¹⁷ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 29-30.

5.2 Caráter prospectivo do Processo Estrutural

Diante de um quadro fático que apresente todas essas nuances, não bastará que os legitimados extraordinários para a ação busquem se valer das formas de ação clássicas e usuais existentes no microssistema processual coletivo, como ação civil pública ou ação popular.

Esses instrumentos foram concebidos pensando-se nas tutelas desconstitutivas ou reparatórias. Visam ou anular atos administrativos eivados de ilegalidades, ou apurar fatos pretéritos e determinados, para através de análises reconstitutivas aferir se há relação de causalidade entre as condutas e lesões específicas, objeto da cognição judicial, com consequente imposição aos responsáveis de obrigações de fazer ou não fazer, com objetivo de recompor o *status quo* ante, ou compensarem financeiramente as lesões que causaram.

Em sentido diametralmente oposto, o processo estrutural não se presta a esse viés pretérito. Busca, através de uma análise prospectiva, alcançar uma solução futura para o problema, a médio e longo prazo, mas dotada de definitividade.

Para tanto, busca apreender todos os vários fatores que contribuíram para o estado de coisas de desestruturação crônica, para reestruturá-la adequadamente, com isso fazendo cessarem as violações permanentes e duradoras de direitos fundamentais coletivos. COTA refere-se à “prospectividade”.²¹⁸

Cotejados esses características que lhe são peculiares e que bem o distinguem dentre outros instrumentos de tutela coletiva, merece destaque o conceito de processo estrutural formulado por Lira:²¹⁹

O Processo Coletivo Estrutural pode ser considerado uma forma de tutela diferenciada dentro do campo do direito processual coletivo. Trata-se de casos em que a complexidade e a conflituosidade são elevadas. Isso se revela no próprio nome, pois é denominado processo coletivo estrutural por se aplicar a casos em que há problemas na estrutura do Estado. A pretensão é a realização de alterações estruturais a fim de que o Estado passe a garantir direitos fundamentais e uma nova realidade social.

²¹⁸ COSTA, Samuel Paiva. **Do pedido e da participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 72.

²¹⁹ LIRA, Adriana Costa. **O processo coletivo estrutural**: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 43.

Na síntese de Didier Jr e Zaneti Jr²²⁰: “O processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”.

Em suma, existindo uma situação de desconformidade crônica e arraigada de uma política, instituição ou corporação pública, cuja desfuncionalidade seja a causa de um litígio consistente na violação de direitos fundamentais da coletividade (litígio coletivo estrutural), coloca-se o processo estrutural como alternativa para promover, através de provimento jurisdicional, a reforma total e profunda na política, órgão ou corporação pública desestruturado, através de uma plêiade de medidas eficazes, com o objetivo de alcançar o estado de coisas desejável, de conformidade institucional.

5.3 Procedimento dos processos coletivos estruturais ambientais – diálogos entre as fontes: microssistema coletivo, sistema geral de tutelas individuais e leis especiais

O crescente interesse no estudo do processo estrutural, ladeado pelo seu emprego com relativo sucesso no Brasil, tem chamado os estudiosos e pesquisadores a uma reflexão deveras relevante.

Indaga-se sobre a necessidade de construção de um novo microssistema jurídico estrutural, ou basta à construção de sua tipologia o emprego dos institutos já disponíveis nos diplomas que integram o microssistema coletivo (LACP, CDC etc.), complementados por institutos e técnicas trazidos pelo CPC/2015 e demais leis esparsas que contém disposições processuais.

Certamente, um processo que vise, ao final, a reestruturação de uma política ou instituição pública, compondo adequadamente um litígio multicomplexo, com diversos interesses subjetivos em jogo, não comporta o raciocínio convencional de julgamento, com a prolação uma sentença adstrita a três possibilidades: julgar a pretensão do autor procedente, de forma parcial procedente ou improcedente.

De rica contribuição neste tema é a exposição de Jobim, não obstante seja um contundente objeter à ideia de uma Teoria Geral do Processo. Para ele, havendo consenso que o processo é instrumento de realização dos direitos materiais, a

²²⁰DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 589.

interpretação e aplicação das normas processuais não de variar, em cada caso, conforme os valores principiológicos do respectivo ramo do direito substantivo subjacente. Por exemplo, no processo penal as normas são interpretadas a partir do *favor libertatis*, no trabalhista da hipossuficiência do empregado, no administrativo a supremacia do interesse público etc.

Firme no seu entendimento e mesmo admitindo que o processo estrutural ostenta elementos estruturais característicos, frente às outras formas coletivas (concretização de valores constitucionais, estado de desconformidade de coisas, complexidade, policentrismo e multifatoriedade), embora repute prematura uma resposta definitiva, Jobim se revela explicitamente favorável à edificação de um processo estrutural sobre as sólidas fundações já constantes do sistema positivado.

A constitucionalização do processo civil por conduto do CPC/2015, com contraditório forte e substanciado, cooperação entre os sujeitos, primazia da solução de mérito, abertura para manifestação de terceiros, medidas executivas atípicas para assegurar o cumprimento específico da obrigação ou resultado equivalente, somados aos avanços inegáveis dos processos coletivos, são propícios para tal formulação. “Todos esses, e com certeza outros tantos institutos poderiam ser lembrados para que se construa um modelo de litígios diferentes daqueles já existentes”.²²¹

O microsistema coletivo contém no art. 83 do CDC comando que tem sido compreendido como um “princípio da não taxatividade ou da máxima amplitude dos processos coletivos”, autorizando a aplicação de quaisquer espécies processuais existente no ordenamento, quando se mostrarem propícias à adequada tutela dos interesses transindividuais, superando objeções antigas, no sentido de interpretarem-se restritivamente os preceitos da LACP e da LAP.²²²

A máxima amplitude das ações metaindividuais, a partir da exegese do art. 83 do CDC, restou já consagrada na jurisprudência do STJ, como se nota no v. Aresto relatado pelo Min. Luiz Fux, quando integrava o “Tribunal da Cidadania”:²²³

²²¹ JOBIM, Marcos Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais: **bases para uma possível construção**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais. Salvador: JusPodivm. Salvador: 2021. p. 825-834.

²²² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2021.

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 625.249/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 15/08/2006, pub. Dje 31/08/2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7145033/recursoespecial-resp-625249-pr-20004-0001147-9-stj/certidao-delulgamento-12862104>. Acesso em: 05 dez. 2021.

PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA CERTA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, §3º, DA CF/88 ARTS 2º E 4º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL.

1. A Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, autoriza a propositura de ações civis públicas por associações que incluam entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico, e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

2. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.

3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variadas naturezas, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.

4. A ação civil pública o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III) e submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material, a fim de ser instrumento adequado e útil.

5. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 (“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins).

6. Interpretação sistemática do art. 21 da mesma lei, combinado com o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor (“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”) bem como o art. 25 da Lei 8.625/1993, segundo o qual incumbe ao Ministério Público: IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente (...).”

7. A exigência para cada espécie de prestação, da propositura de uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra o princípio da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de naturezas diversa.

8. Ademais, a proibição de cumular pedidos dessa natureza não encontra sustentáculo nas regras do procedimento comum, restando ilógico negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito.

Recurso desprovido.

Da mesma convicção compartilham Didier Jr e Zaneti Jr, dada à acentuada flexibilidade do procedimento ordinário trazido pelo CPC vigente, como se nota da

possibilidade de adaptação de diversos institutos às peculiaridades de cada caso (arts. 7º, 139, IV, 297, 300 e 536, §1º), antecipações de tutelas de urgência e satisfativas, fracionamento da resolução de mérito, celebração de negócios processuais etc.²²⁴

Os autores destacam a possibilidade de se cumulem numa ação vários pedidos contra o mesmo réu, ainda que não haja entre eles conexão, e mesmo que a priori os pedidos se submetam a ritos diferentes (especiais), desde que se opte pelo ordinário, tudo isso sem prejuízo do uso de técnicas específicas inseridas nos respectivos procedimentos especiais, desde que compatíveis com o comum (art. 327, §2º).

Essa norma é corroborada pela regra inserta no art. 1.049, *caput* e parágrafo único, que estatuiu a aplicação do procedimento ordinário, sempre que legislação especial remeter à “lei processual sem especificá-lo”. Segundo concluem:

Como se vê, a parte final do §2º do art. 327 admite que o procedimento comum seja adaptado para que nele seja inserida e utilizada a técnica processual diferenciada prevista em procedimento especial. A doutrina vem enxergando nesse dispositivo uma espécie de “portal” que permite o chamado “trânsito de técnicas” dos procedimentos especiais para o procedimento comum, e vice-versa.

[...]

As técnicas de flexibilização previstas expressamente em certos dispositivos, a consensualidade e a possibilidade de utilização previstas em procedimentos especiais tornam o procedimento comum do CPC um círculo propício para a tramitação de processos estruturais.

Porém, uma advertência aqui se faz necessária. Embora o “diálogo entre as fontes” seja uma realidade concreta no atual processo civil, “a aplicação do CPC ao microsistema da tutela coletiva é supletiva e subsidiária”, sendo possível apenas ante omissões ou incompletudes.

Havendo disposição a respeito na LACP, CDC ou demais diplomas formadores do microsistema coletivo (ECA, LAP, LIA etc.) não se justificará aplicarem-se os preceitos gerais do CPC, sob pena de se poder cogitar inclusive de nulidade absoluta, por afronta ao “devido processo legal coletivo”.²²⁵

²²⁴ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2021.

²²⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 147-149.

Avançando mais no tema em questão, Nunes considera que as características peculiares dos litígios estruturais, como complexidade, policêntrica, multicausalidade e prospecção, são extremamente voláteis, variando demais suas intensidades, em cada problema estrutural concreto.

Partindo também da premissa que o processo se ajusta ao direito material subjacente a ser tutelado, “se essa tipologia não é minimamente estanque em seus caracteres intrínsecos, será impossível, ou deveras impraticável, a delimitação de um procedimento especial único”, que possa trilhar qualquer litígio estrutural que venha a surgir”.²²⁶

Nessa lógica, seria até mesmo contraproducente à efetivação judicial dos direitos fundamentais difusos, pretender-se traçar uma moldura legal, em que caibam todos os litígios estruturais, parecendo mais adequado o uso do rito e institutos previstos no sistema processual positivo, “receptível à incorporação de técnicas diferenciadas, previstas para procedimentos especiais”.

Dentre bons exemplos citados por Nunes estão: convenções processuais para adaptar o rito ao objeto litigioso; decisão de organização e saneamento ampla para adequar o processo ao seu fim; fracionamento da decisão do mérito etc. Também são de revelo para tanto os deveres de boa-fé e cooperação processuais e estímulo à solução consensual dos conflitos.

Também há respeitáveis entendimentos no sentido contrário, como Arenhart, para quem a judicialização coletiva de políticas públicas, mediante suas reestruturações totais, impõe pensar no desenvolvimento de um processo diferenciado.

Embora ele não negue que algumas evoluções legislativas até tenham alguma utilidade no enfrentamento dos litígios estruturais, os diplomas existentes têm seus genes de natureza binária presente na dicotomia: polo ativo e polo passivo. Não podem ser alargados a ponto de serem conformados à complexidade e ao policentrismo, a começar pela insuficiência do contraditório. “Para tanto, uma reforma legislativa é necessária”.²²⁷

Com o olhar especialmente direcionado ao papel da tutela jurisdicional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, numa sociedade marcada por conflitos

²²⁶ NUNES, Leonardo Silva. **A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 692-695.

²²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1.051-1.063.

de massa, em seu aquilatado Processo Civil Ambiental, Abelha se mostra incisivo em sua conclusão:

Com essa afirmação queremos dizer, e até advertir, que em razão da promessa constitucional de que o processo deve ser instrumento de tutela dos direitos, deve haver, e, efetivamente há, no direito processual civil brasileiro, a oferta de técnicas (processos, procedimentos e provimentos) aptas para debelar – com a efetividade necessária – toda e qualquer crise jurídica envolvendo o meio ambiente cuja finalidade seja proteger o macrobem equilíbrio ecológico.

Constado que, ao menos para grande parte da doutrina, o ordenamento processual em vigor dispõe de um arcabouço processual positivado suficiente ao enfrentamento adequado dos litígios estruturais, resta procurar entender a forma pela qual poderão os legitimados à tutela ambiental deduzirem, perante o juízo competente, pretensões de reestruturação das instituições e dos órgãos responsáveis pela missão constitucional de proteção do direito fundamental difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

5.4 Aspectos fundamentais para delineamento e dedução de ações estruturais ambientais

Em trabalho de pesquisa publicado no ano de 2014, com foco específico na tutela jurisdicional coletiva das políticas públicas ambientais, Carmello Junior convida a uma reflexão tão pertinente quanto assaz, acerca do problema da “conflituosidade intrínseca”, passível de surgir (e quase sempre surge) nos litígios imanados de problemas sediados em políticas públicas.²²⁸

Como o microsistema coletivo adota a legitimidade concorrente disjuntiva, autorizando a cada um dos colegitimados intentar uma ação coletiva ambiental à revelia dos demais, “podem existir grupos com pretensões antagônicas entre si”. Na esteira do silogismo, exorta:

Chama-se, pois, a atenção para a necessidade de o processo coletivo que envolva discussão acerca das políticas públicas que aglutinem interesses diversos, ser construído de tal modo que viabilize a ponderação dos mais diversos valores que se põem em jogo, suscitados por entidades representativas diversas; disso decorrendo que o provimento jurisdicional resultante brotará de discussão mais aprofundada, o que lhe confere maior

²²⁸ CARMELLO JUNIOR, Carlos Alberto. **Políticas públicas ambientais e tutela jurisdicional coletiva: breves reflexões**. In: FREITAS, Gilberto Passos de.; GRANZIERA, Maria Luíza Machado. Sobre a efetividade da tutela ambiental. Campinas: Millenium, 2014. p. 84.

legitimidade e possibilidade de pacificar o conflito de interesses. Em outras palavras, tanto mais se consiga, dentro do processo coletivo, vislumbrar-se a multiplicidade de aspectos que envolvem o objeto da lide, ampliando-o à possibilidade de participação dentro do processo, mais perto se estará de alcançar um resultado – sentença – que efetivamente se revele legítimo e, ousamos dizer, realizável.

Como atenta Neves, “existem fundamentalmente três espécies de direitos materiais tutelados pelo microsistema coletivo: difusos, coletivos e individuais homogêneos.” De fato, nenhum diploma integrante do microsistema processual coletivo traz sequer uma única passagem dedicada à conceituação ou classificação das espécies de litígios coletivos, sob a óptica adjetiva, que pudesse facilitar conformações processuais, sempre necessárias.²²⁹

5.4.1 Art. 81 do CDC – O problema da classificação legal dos direitos supraindividuais, frente os litígios estruturais: indivisibilidade *versus* complexidade e conflituosidade.

De fato, a legislação em vigor que trata dos conflitos coletivos, preocupou-se exclusivamente em classificar e conceituar os direitos materiais de cunho transindividual, como se denota do art. 81, parágrafo único, do CDC, cujos incisos I a III respectivamente conceituam as três categorias em que podem ser colocados direitos coletivos: difusos, coletivos e individuais homogêneos (os últimos apenas são considerados coletivos por opção legislativa).

Sobretudo quando o direito substantivo subjacente for um interesse difuso, vários problemas emergem desse vácuo normativo, com destaque à dificuldade de serem identificados e ouvidos os diversos centros distintos de interesses, existentes dentre os titulares do bem, todos com pretensões jurídicas em princípio igualmente legítimas, embora muitas vezes se postem antagônicas entre si.

Ao elencar a “indivisibilidade” como elemento integrante do conceito legal de direitos difusos, o legislador considerou que seu objeto é sempre um bem coletivo, insuscetível de ser dividido, pois não há qualquer vínculo jurídico capaz de aglutinar grupos identificáveis, mas penas uma tênue e extremamente vaga situação fática os une. Por isso, não chega a ser de todo equivocada a afirmação usual “que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade”.

²²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021.

Essa indivisibilidade, no entanto, deve ser entendida apenas quanto ao aspecto de objeto dos direitos difusos. Enquanto bens jurídicos, não comportam divisões em relação a indivíduos ou grupos sociais, quaisquer que sejam.²³⁰

Por outro lado, se tratando de bens “macrossociais”, que permanecerem desagregados, disseminados no corpo social, é inevitável que surjam naturalmente contingências fáticas, capazes de fazer brotarem centros de interesses contrapostos entre si, em dimensões e intensidades infinitamente variáveis. Como essas contingências fáticas se formam naturalmente, em decorrência da dinâmica social, elas também não são estáticas, pelo contrário, são fluídas e mutáveis no tempo.

Ao cotejo de todas essas premissas é que lembrando Massimo Villone, Mancuso arremata: “os interesses difusos podem caracterizar-se por uma área de intrínseca conflituosidade, em razão da qual se mostram ineficientes os procedimentos e a estrutura que normalmente se prestam à mediação de conflitos”.²³¹

Maior relevo toma essa problemática, quando se trata de litígios coletivos estruturais, já que os mesmos centros de interesses, por vezes concordes, por vezes pontualmente discordes, por vezes colidentes, juntos perfazem a coletividade, que não só é a titular os direitos difusos, mas também última detentora de todo o poder político (que emana do povo), tendo direito a participar democraticamente das decisões sobre a condução de políticas públicas prioritárias, vinculantes aos mandatários.

5.4.2 Teoria dos litígios irradiados

Sem olvidar obviamente da imprescindibilidade dos conceitos e classificação constantes do microssistema de tutela coletiva, até mesmo porque trata-se de norma de ordem pública em plena vigência, parece ser de inestimável valia no estudo das ações estruturais ambientais (bem jurídico tutelado de maior difusão), a classificação proposta por Vitorelli, em sua Teoria dos Litígios Irradiados.

Em valiosa obra dedicada ao estudo do processo estrutural, Vitorelli critica a classificação adotada pelo art. 81 do CDC, aplicada em todo o microssistema processual coletivo, porquanto parte da concepção abstrata desses direitos, na forma ideal, concebida pelo legislador, desconsiderando aspectos fundamentais, que

²³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 102-103.

²³¹ Op. Cit., p. 112.

somente surgem diante de violações, mas que possuem o condão de influenciar, de forma determinante, nas ações judiciais com vistas a tutelar direitos coletivos.²³²

Embora reconheça de grande valia à época da edição do CDC, há mais de 30 anos, entende que o crescente fortalecimento da cultura jurídica de proteção dos direitos coletivos, com a ampliação da participação do Poder Judiciário na concretização desses valores, tornou inadequada e insuficiente essa classificação.

É necessário também se levar em conta uma classificação desses direitos a partir dos efeitos que podem surgir quando violados:

Enfim, conforme se sustentou no desenvolvimento da teoria dos litígios coletivos, é chegada a hora de a doutrina brasileira deixar de se deter sobre o exercício, tão interessante quanto inútil, de tentar classificar as pretensões coletivas em três categorias abstratas que não são capazes de explicar a realidade. Em uma ampla guinada metodológica é preciso partir do litígio, analisar suas características e a elas dar consequências jurídicas.

Para classificar os conflitos coletivos sob um enfoque empírico, a partir de violações no mundo real, Vitorelli propõe dois indicadores: “conflituosidade” (ligado aos aspectos subjetivos do litígio) e “complexidade” (ligado aos aspectos seus objetivos do litígio).²³³

A conflituosidade de um litígio coletivo deve ser analisada à luz da maior ou menor possibilidade de conflitos internos, entre os titulares do direito transindividual litigioso. Como a sociedade é um corpo multifacetado, é comum que seus integrantes tenham percepções diferentes acerca da violação do direito que lhes é comum, ou mesmo sejam atingidos de modos ou intensidades diversas entre si.

Aqueles que são afetados com maior gravidade, terão mais interesse em participar da solução do litígio e que prevaleça a solução que lhe for mais favorável, enquanto os que forem pouco impactados terão pouco interesse na participação e no resultado.

Por conseguinte, quanto maior for a potencialidade da violação de um direito coletivo afetar os indivíduos em modos e graus diferentes, maior será a conflituosidade, pois “grupos são formados por pessoas, as quais, eventualmente, vão discordar da forma como um problema deve ser resolvido”.

²³² VITORELLI, Edilson. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm. Salvador: 2021.

²³³ VITORELLI, Edilson. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm. Salvador: 2021. p. 30-34.

Ainda neste prisma, para Vitorelli o conceito de conflituosidade supera o que ele reputa ser um equívoco comum na doutrina brasileira, que costuma atribuir aos direitos transindividuais um caráter indivisível, sem se ater que o resultado concreto da tutela judicial não é indivisível, podendo afetar os grupos sociais de formas substancialmente diversas.

Por seu turno, o indicador da complexidade se liga às diferentes possibilidades de solução fática e legalmente válidas de um dado conflito coletivo, que poderá ser simples ou complexo, em razão dessa variável.

Foi visto em linhas que a discricionariedade é um atributo concedido pela lei ao administrador público, em maior ou menor medida, para que diante das múltiplas contingências que se depara na realidade social, ante as peculiaridades do caso concreto, escolha a decisão que julgar mais oportuna e conveniente, dentre outras possibilidades legalmente aceitas *prima facie*, para atender à finalidade pública na melhor medida.

Assim, um litígio coletivo será simples quando a legislação não deixa margem considerável para opção discricionária a cargo do aplicador, e será complexo quando o ordenamento permite que proceda com juízo valorativo, dentro das balizas prefixadas.

Em caso de judicialização, é nos litígios coletivos complexos que se verifica a questão assaz difícil a ser enfrentada, tanto para os legitimados extraordinários para promoverem a ação coletiva, como para o responsável pelo julgamento da causa.

Ao legitimado incumbe o desafio de delinear no fundamento jurídico do pedido (causa de pedir próxima) e formular o pedido que se mostre mais eficaz para tutelar o bem jurídico litigioso, sob a óptica da sociedade, mas sem desconsiderar os interesses divergentes dentro dela.

Ao julgador cabe a igualmente árdua tarefa de apreender todos esses aspectos, para que seu julgamento componha a miríade de interesses envolvidos, da melhor forma possível.

Baseado nesses dois indicadores, aludido autor propõe uma tríplice classificação dos litígios coletivos:²³⁴

a) Litígios coletivos de difusão irradiada global (litígios globais) – a lesão ao bem coletivo afeta a sociedade num todo, mas atinge minimamente os membros

²³⁴ VITORELLI, Edilson. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm. Salvador: 2021. p. 34-49.

individualmente considerados. Embora objetivamente complexo, é de baixa conflituosidade, pois os indivíduos não têm interesse de participar da composição da lide, sendo suficiente a promoção da ação coletiva pelos legitimados extraordinários;

b) Litígios coletivos de difusão local (litígios locais) – a lesão ao bem coletivo atinge determinadas pessoas de modo significativo. A conflituosidade é moderada, pois embora seja natural alguma divergência entre os afetados, surge uma situação de solidariedade entre os atingidos, que tende a favorecer uma solução comum;

c) Litígios coletivos de difusão irradiada (litígios irradiados) – a lesão ao bem coletivo afeta a sociedade num todo, mas em níveis e formas distintas entre os diversos integrantes, ensejando a formação de grupos mais ou menos identificáveis. Aqui, há alta conflituosidade, pois as maneiras de solução desejável variarão bastante entre eles, muitas vezes se postando de forma antagônica.

Em que pese não positivada, a proposta classificatória de Vitorelli, a partir dos efeitos empíricos decorrentes de violações concretas dos direitos metaindividuais, em razão da sua inegável racionalidade e coerência, tem sido empregada cada vez mais por aqueles que se dedicam ao tema dos processos estruturais, sem perder de vista também a classificação oficial, aquela constante microssistema processual coletivo, no art. 81 do CDC.

A proposição se apraz deveras útil ao estudo das ações estruturais, máxime quando intentadas com escopo de tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, exemplo pedagógico de um bem jurídico de altíssima dispersão social, ou de “difusão irradiada”, como prefere Vitorelli.

Na esfera ambiental, a depender da espécie de lesão e da extensão do dano, inúmeros centros distintos de interesse podem surgir, todos dispostos a participar da solução da lide e com argumentos razoáveis, para verem prevalecer suas respectivas posições segmentadas.

Nesse ponto, “a tutela jurisdicional, nos litígios irradiados, deverá buscar dar protagonismo aos subgrupos que sofreram mais, em detrimento, se necessário, dos mais periféricos”.

Não obstante a inegável complexidade que o ponto em exame exorta, desde que despendida atenção necessária, há no sistema processual vigente mecanismos e técnicas para se debelar, a contento, as crises de litigiosidade intrínseca, em sede de litígios estruturais ambientais.

5.5 Competência adequada nas ações estruturais ambientais

A competência é a medida da jurisdição. A afirmação desde muito tem sido colocada pelos mais diversos processualistas, em seus compêndios e manuais sobre esse ramo do Direito Público.

Parecem estar corretos, pois enquanto um dos três Poderes integrantes da República, o Judiciário forma um todo indivisível, todos os seus membros (regularmente investidos na função, em sintonia com as disposições constitucionais e legais), possuem idêntico poder jurisdicional.

Outro ponto a ser lembrado, na estruturação do Estado brasileiro o Judiciário detém o monopólio da jurisdição, somente a ele é dada a prerrogativa de dizer o direito com definitividade (embora alguns órgãos e agentes de outros poderes possam dizer o direito, falta-lhes a definitividade, pois suas decisões sempre estarão potencialmente sujeitas a serem submetidas à revisão judicial).

Apenas por razões de racionalidade e organização do sistema de administração da Justiça, a própria Constituição e as leis repartem a jurisdição entre os vários órgãos integrantes do Judiciário, valendo-se de determinados critérios técnicos.

Alguns destes critérios são estabelecidos em atenção aos interesses individuais das partes, que em algumas espécies de litígios merecem primazia. Outros são fixados com foco no interesse da administração da Justiça, que em determinadas espécies de litígios não de prevalecer sobre os interesses das partes.

Há também um critério de natureza cumulativa, que estará sempre presente e deverá ser aferido em todas as demandas, após superada a análise dos demais. Trata-se do critério territorial, pois a medida da jurisdição de cada órgão julgante está atrelada a uma parcela do território nacional, necessariamente. Essa medida também se liga à racionalização e à organização da função jurisdicional, num país de dimensões continentais e que adota o sistema federativo, como o Brasil.

Em geral, são relativas as competências definidas pelos critérios do valor da causa (nas causas com valor de até 40 salários mínimos é faculdade do autor optar pelos juizado especial cível ou juízo comum - LJE, Art 3º, §3º) e territorial (embora seja considerado absoluto em certos casos, por regra expressa nesse sentido, como o local do imóvel, nas lides que tenham como objeto direitos reais – CPC, art. 73,§1º), podendo as partes optar por local diferente do apontado pela lei, fazendo-o

expressamente (pactuando cláusula de eleição de foro) ou tacitamente (se o autor propõe a ação em local diverso da regra, não apresentada exceção de incompetência pelo réu, há aceitação tácita).

São absolutas as competências fixadas pelos critérios em razão da matéria (direito material litigioso), da pessoa (natureza das partes ou terceiros intervenientes), bem como a funcional (a lei atribui expressamente caráter absoluto a uma competência territorial, razão pela qual alguns preferem denominá-la “competência territorial absoluta”).²³⁵

Como já dito, estabelecidos em conformidade da administração da Justiça, não podem ser alteradas pelo alvedrio das partes, devem ser declaradas pelo juízo a qualquer momento do processo e grau de jurisdição, não precluindo, e a inobservância gera nulidade absoluta do processo.

5.5.1 Incongruência entre o critério do art. 3º da LACP (local do dano) e o caráter prospectivo das ações estruturais

Em tema de ações coletivas, importa examinar as disposições insertas no microssistema correlato de regência imediata.

A primeira observação a ser feita concerne ao fato do legislador ter empregado, na redação do art. 3º da LACP, dois critérios que, num primeiro momento, parecem conflitantes entre si, ao outorgar ao juízo do “local onde ocorrer o dano” (territorial, em princípio relativa) a “competência funcional” (absoluta) para proceder na ação coletiva. De fato, “um instigante caso de competência territorial-funcional, e, assim, absoluta”.²³⁶

Não há incongruência alguma na indigitada disposição. Em se tratando do microssistema coletivo, não cabem as interpretações usuais do sistema das tutelas individuais, no qual incide a regra da “pertinência subjetiva da ação”, que espelha na relação processual as mesmas partes que constam dos polos do conflito material.

Na ACP (e demais ações coletivas) o legislador quis estabelecer uma regra de competência territorial (local donde se verifica o dano efetivo ou potencial ao bem supraindividual), mas de cunho absoluto, funcional, com intento de vedar às partes dele disporem, inclusive tacitamente. “Esse critério convém ao interesse público existente naquelas causas”.²³⁷

²³⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2021. p.162-164.

²³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 92.

²³⁷ Op. cit., p. 92-94.

Embora não haja consenso absoluto, prevalece claramente o entendimento de que o legislador pressupôs que a proximidade física entre a sede do juízo e o local donde se passaram os fatos investigados, constitui elemento facilitador ao conhecimento e julgamento das demandas coletivas. Assegurou-se de que a instrução seja feita por um juízo que tenha efetivo contato com a lesão aos direitos da coletividade, supostamente mais sensível às consequências que dele resultem (juízo imediato).²³⁸ Possivelmente, tratar-se-ia de uma inspiração originada na doutrina de Chiovenda, segundo Neves, que embora dela discorde, assim arremata: “No que mais importa, entretanto, todos concordam: trata-se de competência absoluta de um determinado foro para julgar a ação coletiva”.²³⁹

De fato, não obstante os debates sobre a real intenção do legislador, o que importa é que não se questiona o caráter absoluto da competência, em sede de tutelas coletivas. Conforme também assevera Mancuso²⁴⁰:

Não há dúvida de que, no caso, trata-se de competência absoluta, com as consequências daí decorrentes: é improrrogável, não depende de exceção para ser conhecida, pode ser declarada de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, é fator de nulidade absoluta, ensejadora de ação rescisória (CPC, vigente, art. 996, II).

No entanto, quando se tem em mente especificamente tutelar direitos difusos com uso de uma ação coletiva estrutural, talvez a clarividência do caráter absoluto da competência no microssistema possa ser a única utilidade da regra insculpida no art. 3º da LACP, já que ao dispor expressamente sobre a questão, afastou a incidência das normas processuais gerais do CPC, que vão em sentido oposto.

Um complicador de logo se interpõe entre a regra de competência definida no art. 3º da LACP e as ações coletivas estruturais ambientais.

Como a ACP foi concebida como instrumento destinado à reparação de danos aos interesses transindividuais, ainda que tente primar pela tutela específica da obrigação, com a recomposição *in natura* do bem afetado, na medida do possível, não pode ser despida de sua natureza eminentemente reparatória.

Como em qualquer espécie de tutela reparatória, individual ou coletiva, a cognição judicial se volta para o passado. A atividade probatória desenvolvida busca

²³⁸ MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. Salvador: JusPodivum, 2021. p. 340.

²³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivum, 2021. p. 199-200.

²⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 94.

reconstituir a forma como os fatos se passaram, permitindo ao julgador aferir se houve efetivamente lesão a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento, se o réu conduziu de forma contrária ao Direito, bem como se há nexos causal que unam o dano à conduta.

Daí o liame absoluto entre o juízo do local do dano transindividual e as ações coletivas em geral, na esteira do ensinamento de Mancuso:²⁴¹

É plenamente justificável o critério legal, dado ser intuitivo que o Juízo “do local onde ocorrer o dano” é o mais habilitado na espécie, pela proximidade física com o evento, e, portanto, com o *locus* da produção de provas a respeito. Demais disso, a ação é de índole cominatória/ressarcitória; o objeto precípua é o dano produzido, buscando-se a recondução das coisas ao *status quo ante*; [...].

Somente pesquisando o pretérito poderá o Judiciário impor àquele que causou um dano ao direito da coletividade o dever de repará-lo, mediante obrigação de fazer, não fazer, ou indenizar com o equivalente em dinheiro.

5.5.2 Incongruência entre o critério do art. 93, I e II do CDC (extensão territorial do dano) e o caráter prospectivo das ações estruturais

Pelos mesmos motivos, parecem não ter serventia às ações coletivas estruturais ambientais as regras constantes do art. 93, I e II, do CDC, que procuram definir a competência em casos em que o dano abrange mais de uma comarca ou subseção, por vezes inseridas em mais de um Estado, para tanto classificando-os em três espécies: “dano local, regional e nacional”.

Como já afirmado e repisado, ações coletivas estruturais não se detêm a danos específicos decorrentes de fatos pretéritos, mas sim a visões atuais e prospectivas, para identificar os problemas estruturais arraigados, e as medidas necessárias a extirpá-los.

Na questão específica da competência, há uma inegável incompatibilidade entre as regras do art. 93 do CDC (abrangência territorial do dano) e a prospectividade inata às ações estruturais ambientais.

Contudo, o próprio microssistema processual coletivo parece oferecer solução adequada a partir do ECA, cujo art. 209 confere ao juízo do local onde ocorreu a omissão ou deva ser praticada a ação, competência absoluta para conhecer questões afeitas às políticas públicas ambientais.

²⁴¹ Op. cit.

5.5.3 Competência para ações coletivas estatuída no ECA – Solução analógica para as ações estruturais ambientais

Como já examinado nas linhas acima, as ações estruturais têm como traço distintivo o caráter prospectivo e reestruturador.

A cognição judicial parte do presente apenas para certificar o estado de desconformidade institucional, mas concentra sua atenção no futuro, projetando as medidas necessárias a curto, médio e longo prazo, tendentes a alcançar o desejável estado de coisas de conformidade institucional.

Também se pode aferir que embora não só possível, mas recorrente, o uso de técnicas e instrumentos processuais do sistema geral do CPC só pode ser empregado quando omissivo ou insuficiente o microsistema coletivo.

E o microsistema coletivo parece oferecer a solução adequada para a definição da competência judicial para ações estruturais ambientais, na Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e com ele a “doutrina da proteção integral” dos menores de 18 anos de idade.

O ECA foi editado na finalidade de concretizar o conteúdo do art. 227, *caput* e §§ da CF/88, que traçou sólidas diretrizes gerais que, somadas às disposições estatutárias, delinearão uma nova moldura de direitos fundamentais específicos daqueles que, por serem ainda “pessoas em desenvolvimento”, contam com presunção legal absoluta de vulnerabilidade, merecendo atenção integral e prioritária.

É verdade que ao adotar a doutrina da proteção integral o legislador compartilhou a responsabilidade pela sua efetivação entre o poder público, a família, a comunidade e a sociedade num todo. Mas é, sem dúvida, ao Estado que se direciona com maior veemência o mandamento legal, na condição de responsável pela formulação e implantação das políticas públicas, necessárias para assegurar estas prestações positivas, das quais são credores as crianças e os adolescentes, como é explícito no comando contido no art. 4º, parágrafo único, alínea “d”, do ECA, que exige “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

A doutrina da proteção integral concentra sua ênfase na esfera administrativa, de natureza preventiva, visando prevenir lesões aos direitos fundamentais *infantjuvenis*, o que exige políticas públicas eficazes dos entes federativos, em

suas respectivas esferas de atuação, de forma coordenada e cooperativa.

Em interessante trabalho sobre o tema menorista, Souza fala em duas frentes diferentes de políticas públicas, “globais” e “setoriais”. As “políticas públicas globais” são aquelas voltadas à proteção coletiva dos direitos infanto-juvenis, indistintamente. As “políticas públicas setoriais” se direcionam ao atendimento das vítimas de violações concretas de seus direitos, por ações ou omissões da família, sociedade e Estado, encontrando-se “em situação de risco”, na dicção do art. 98 do ECA, exigindo imediata intervenção de órgãos administrativos, como os Conselhos Tutelares municipais.²⁴²

Assim é que seu art. 209 dispõe ser competência absoluta do juízo do “local onde ocorreu ou deve ocorrer a ação ou omissão”, coadunando com seu principal foco material, as políticas públicas, o conjunto de ações coordenadas tendentes a concretizar os direitos fundamentais coletivos das crianças e adolescentes.

Essa conformação não passou ao largo dos estudos de Didier Jr e Zaneti Jr²⁴³:

É preciso destacar que a redação do art. 209 do ECA, que, em vez de falar em “local do dano”, opta pela locução “local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão”. Assim prevê-se a competência para ações preventivas e de remoção de ilícito, que não pressupõe o dano, como as ações inibitórias (art. 497, parágrafo único). Essa regra deve ser aplicada a todo microssistema da tutela jurisdicional coletivo.

Parece não haver como se objetar a simetria entre os objetos das ações coletivas fundamentadas no ECA e as ações coletivas estruturais ambientais, remover um estado de desconformidade institucional, para garantir o atendimento a direitos difusos fundamentais.

5.5.4 Ações estruturais ambientais e Justiça competente: federal, estadual e especializada trabalhista

Tanto o art. 209 do ECA, como o art. 3º da LACP, ressalvam expressamente a competência da Justiça Federal. Parece que a ressalva seria dispensável, já que a Constituição, no art. 109, *caput*, I a III, delimita tal competência no âmbito extrapenal, sendo mais comuns as hipóteses do interesse processual que justifique

²⁴² SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A defesa jurisdicional dos direitos das crianças e dos adolescentes**. In: VITORELLI, Edilson. Manual de Direitos Difusos. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1.268-1.279.

²⁴³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 164.

a presença da União, suas autarquias ou empresas públicas, como partes ou terceiros intervenientes, nos polos da ação.

Demais disso, já se observou neste texto que o critério territorial (comarca na Justiça Estadual e subseção judiciária na Federal) não são excludentes, mas cumulativos com os demais. Tanto assim, o próprio art. 109, §2º, da CF dispõe sobre o fator territorial paralelamente aos critérios em razão da pessoa e da matéria, constantes no rol do *caput*.

Nesse silogismo, havendo interesse processual efetivo da União ou pessoas jurídicas de direito público federal, parece não haver margem para duvidar-se da competência adequada do juízo da subseção judiciária federal do local onde devam ser praticadas as condutas necessárias à remoção do estado de desconformidade institucional, para julgar as ações coletivas estruturais.

Na mesma toada, definida a competência da Justiça Estadual (por exclusão das Justiças do Trabalho e Federal), será territorialmente competente o juízo de direito da comarca, donde as medidas estruturais deverão ser executadas.

Havendo dúvida quanto à presença de interesse efetivo da União ou suas entidades públicas, prevalece o entendimento de que compete à Justiça Federal essa aferição, devendo o juízo estadual proceder à remessa dos autos, ante questionamento da circunstância, ou se cogitar dessa possibilidade (STJ, súmula 254).²⁴⁴

Persistem controvérsias sobre a competência quando figurar como autor de ação coletiva o Ministério Público Federal, pois a instituição não consta no rol do art. 109, da CF. Mais adequada parece a posição defendida por Neves, no sentido de que caberá ao juízo federal verificar, em concreto, se há efetivo interesse federal. Não havendo, deve declinar em favor da justiça estadual, conquanto inexistente previsão constitucional (arts. 127 a 129 da CF) ou no Estatuto do Ministério Público da União (LC 75/1993), que limite a atuação do MPF à Justiça Federal, “sendo plenamente viável sua atuação perante outras Justiças”. O contrário também ocorre, não havendo óbice que o MP do Estado atue perante a Justiça Federal.²⁴⁵

Registre-se que é possível competir à Justiça do Trabalho conhecer uma ação coletiva estrutural ambiental. Ao mencionar no art. 200, VIII da Constituição, que

²⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 98.

²⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021. p.198.

dentre os deveres do Sistema Único de Saúde – SUS está o de “colaborar com a proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”, enunciou uma subespécie do bem jurídico ambiental, o meio ambiente do trabalho, referente “as condições ambientais do local de trabalho, especialmente em vista de assegurar aos trabalhadores condições de qualidade, salubridade e segurança ambiental”.²⁴⁶

Assim, uma ação coletiva estrutural fundada na desconformidade crônica e duradoura de uma política pública de proteção das condições de salubridade e higiene dos trabalhadores em sentido amplo e indeterminado, estará inserida na competência constitucional, em razão da matéria, da Justiça Trabalhista (CF, art. 114, *caput*, I e IX).

Tal exegese foi consolidada na súmula 736/STF: “Compete à justiça do trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

5.6 Legitimidade ativa *ad causam* nas ações estruturais ambientais

Como já analisado neste trabalho, a doutrina majoritária compartilha do entendimento de que há no ordenamento em vigor um arcabouço processual suficiente para processar ações estruturais ambientais, mediante emprego da técnica do “diálogo entre as fontes” (microsistema processual coletivo, CPC/2015 e leis especiais que contém normas processuais).

A positivação da ação civil pública no Direito brasileiro, antes mesmo da Constituição de 1988, segundo Rodrigues (2021), teve origem na necessidade de se estabelecer um instrumento processual para concretizar o comando do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, que fundou a Política Nacional do Meio Ambiente – PNAMA, inaugurou a responsabilidade objetiva do poluidor pelo dano ambiental e atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para promover a ação tendente à responsabilização. Conforme observa o autor (RODRIGUES, 2021, p. 158):

Após a Constituição Federal de 1988 e do Código de defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), ganhou a força necessária para se tornar o remédio jurisdicional mais importante e eficaz na proteção do meio ambiente.

[...]

Com o advento do CPC de 2015 e seu papel supletivo e subsidiário ação civil pública deve ser reforçada com todas as novas técnicas e procedimentos que estão previstos no referido Código. Assim, os negócios jurídicos processuais, as técnicas de mediação, a participação do *amicus*

²⁴⁶SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 107-108.

curiae, as técnicas de tutela específica, as técnicas de tutela provisória, cooperação entre juízos, competência adequada, e tantos outros, devem ser utilizados no procedimento da ação civil pública.

Esta é a razão de ter o meio ambiente constado como o primeiro, dentre os vários bens materiais objeto daquela tutela, no inciso I, do art. 1º, da LACP.

A legitimação daqueles que constam no rol do art. 5º, da LACP é concorrente e disjuntiva, quaisquer dos colegitimados poderá intentar ACP, para tutelar o meio ambiente, agindo isoladamente ou em litisconsórcio. (MAZZILLI, 2017, p. 214-215).

Na doutrina, prevalece o entendimento de que essa legitimação extraordinária das pessoas jurídicas e instituições autônomas para a ACP é dada por meio do instituto da substituição processual, na forma do art. 18, *caput*, do CPC. Atuam em nome próprio, no polo ativo da relação jurídica processual, dada à expressa autorização constante do art. 5º, da LACP, mas não são os titulares do direito material defendido que, no caso do meio ambiente, pertence a toda a coletividade, porquanto indivisível. (NEVES, 2021, p. 210).

Mesmo as instituições criadas pelo Constituinte, com vistas ao desempenho da função específica de tutelar os interesses da sociedade, não se tornam os titulares dos direitos coletivos e difusos, mas apenas titulares do direito de ação, com seus desdobramentos. Pela clareza e precisão, convém colacionar Mazzilli (2017):

Ainda que o autor da ação esteja institucionalmente devotado ao seu zelo, estará defendendo interesses do grupo, e não somente interesses próprios.
[...]

Da mesma forma, quando ajam no zelo de interesses difusos colegitimados à ação civil pública ou ação coletiva, a par de também sustentarem interesses institucionais próprios (no caso das associações civis, do Ministério Público, ou do próprio Estado), sem dúvida estarão defendendo interesses individuais de titulares dispersos no seio da comunidade.

O Ministério Público, sem dúvida, adquiriu o protagonismo da tutela judicial dos interesses difusos, na maioria das vezes, é quem está no polo ativo das ações cujo objeto consista na concretização da proteção dos interesses da sociedade, sobretudo o meio ambiente.

A Constituição não só colocou tal tarefa como sua função institucional, como dotou-lhe, com exclusividade, de um poderoso instrumento jurídico, que não dispõem os demais colegitimados, que é o inquérito civil (CF, art. 129, III).

Mesmo quando não iniciar a ACP, o Ministério Público nela intervirá obrigatoriamente, como *custus legis* (LACP, art. 5º, §1º) e assumirá a titularidade, caso figure como autora associação, que desista ou abandone o processo (LACP, art. 5º, §3º).

Tocante à Defensoria Pública, a roupagem que recebeu do Constituinte reformador, por ocasião da promulgação da Emenda 45/2004, quando passou a ter incluída dentre suas funções institucionais a defesa judicial dos direitos coletivos, sem menção aos difusos, surgiram relevantes dúvidas sobre a legitimidade extraordinária da instituição, para figurar como substituta processual, em ACPs fundamentadas em interesses difusos.

Na esfera infraconstitucional foi editada a Lei 11.448/2007, que alterou a LACP, elencando a Defensoria Pública dentre os legitimados extraordinários, no inciso II, do art. 5º, obviamente aplicável também para proteção dos direitos difusos.

Houve insurgência da Confederação Nacional do Ministério Público – CONAMP, que ajuizou a ADI 3.943/DF, ao argumento de a defesa dos necessitados, prevista pelo art. 134 da CF, “na forma do art. 5º, LXXIV” limitaria a atribuição da Defensoria em assistir somente àqueles que, concretamente, provassem sua hipossuficiência econômica. Propugnou pela declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, II, da LACP e, subsidiariamente, a interpretação conforme a Constituição, limitando-se a legitimidade da instituição para as ACP fundadas em direitos individuais homogêneos e coletivos, com exclusão dos difusos (NEVES, 2021, p. 235-237).

Ao final, por unanimidade, o STF acolheu o voto da Relatora, Min. Cármen Lúcia, e julgou improcedente a ADI. A limitação imposta à Defensoria, quanto aos necessitados, só se aplica às ações individuais, nas quais é possível ser aferida. Nas que versem sobre direitos difusos, dada à total indivisibilidade, é presumida a presença de economicamente hipossuficientes entre os substituídos, o que basta para legitimar a Defensoria Pública.²⁴⁷

Acerca da legitimidade ativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em que pese existir doutrina que defenda que os entes constitucionais estariam sujeitos a demonstrar, no caso concreto, possuírem pertinência temática, para

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 3.943/DF, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 7/5/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=9058261>>. Acesso em: 18 out. 2021.

exercerem ACP em prol dos direitos difusos, parecem mais convincentes os argumentos no sentido oposto.

No Estado Democrático de Direito, a finalidade do poder público em geral, compreendendo todas as suas esferas, não pode ser outra, senão a promoção do bem comum, da sociedade coletivamente considerada, traduzido nos “interesses públicos primários”, conforme classifica Mello (2005), para quem:

Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar o interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade de *intentio legis*.

Com maior razão, no campo do Direito Ambiental não há que se perquirir a pertinência temática dos entes federativos, na medida em que o texto constitucional outorga competência material concorrente, impondo-lhes o dever de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (CF, art. 23, VI).

A Lei Complementar 140/2011 regula a cooperação entre os entes no exercício dessa competência material concorrente, pondo como objetivo fundamental “proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado” (LC 140/2011, art. 3º, I).

A conclusão que se apresenta aqui, como possivelmente a mais adequada, é a de que os entes federativos não demandam qualquer exame de pertinência temática. Inclusive se qualquer deles ver necessidade de tutelar o Direito Ambiental, numa ação coletiva já em trâmite, poderá nela ingressar como litisconsorte ativo, conforme previsto no art. 5º, §2º, da LACP.

No que concerne à legitimidade ativa das entidades da administração pública indireta, a despeito do vínculo jurídico administrativo entre essas pessoas jurídicas autônomas e os entes estatais que as criaram (é traço comum entre elas) a densidade dessa influência varia bastante, sobretudo quanto ao regime jurídico, que numas é público e noutras é privado. Disso resultam diferenças substanciais na legitimidade extraordinária para promoverem ACP em defesa do meio ambiente.

Por razões metodológicas, dada à vastidão do tema administração pública indireta, no Direito Administrativo, seu campo próprio, o que refoge ao objeto desta pesquisa, observar-se-ão, na estrita medida do necessário, os conceitos e classificações do professor Celso Antonio Bandeira de Mello, largamente aceitos na academia.

Autarquias e Fundações Públicas são pessoas jurídicas de direito público, submetidas, portanto, ao regime jurídico público, dotadas de prerrogativas e limitações iguais às da administração direta; sua criação só pode ser feita por lei em sentido estrito, editada pelo ente criador; a personalidade distinta do ente criador confere-lhe autonomia administrativa, não havendo hierarquia, mas apenas controle de suas atividades pela administração central; são criadas com vistas ao princípio da especialização, descentralizando-se determinado serviço público, com vistas à melhora da prestação.

A lei que cria a autarquia ou fundação pública fixará a sua finalidade pública, em atenção à estrita legalidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), portanto, carecem demonstrar, em cada caso concreto, a pertinência temática, para estarem legitimadas à ação coletiva estrutural ambiental.

Já as empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por um ente da administração pública direta, mediante autorização legislativa (a lei não cria, apenas autoriza sejam criadas por registro dos atos constitutivos na Junta Comercial), para auxiliarem o Estado, com a prestação um serviço específico de utilidade pública.

Seus regimes jurídicos são híbridos, não incidindo todas as amarras e controles postos para as administrações direta e autárquica, mas sem a autonomia que é própria à iniciativa privada. Se tiverem como objeto serviço típico de Estado, estarão sujeitas a maior rigor jurídico; se o objeto consistir numa atividade de natureza econômica, se submeterão a menor rigor.

Possuem uma finalidade específica, o objeto social, bem definido na lei que autoriza a criação, parecendo correto o entendimento de que delas se deve exigir a comprovação da pertinência temática, em cada caso concreto, para propositura de ações coletivas estruturais ambientais. (NEVES, 2021, p. 234).

O objeto de suas atividades precisará abranger alguma forma de fiscalização, implementação, fomento, pesquisa científica ou acadêmica, algo que efetivamente contribua para a concretização do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na lição de Milaré (2020):

É claro que essa legitimação para a particular defesa do meio ambiente reclama pertinência com a atividade que desenvolvem e não prescinde do exame, em cada caso concreto, do interesse ou vínculo que possam ter com o bem ameaçado ou lesado. Deveras, “não é qualquer ação civil pública que pode ser promovida por tais entes, mais apenas as que visem

tutela direitos transindividuais que, de alguma forma, estejam relacionados com o interesse da demandante”.

Dentre aqueles que constam no rol do art. 5º, da LACP, resta apenas perquirir quanto à legitimidade ativa das associações civis. De início, mostra-se aqui uma distinção de fulcral importância. Em razão da alteração promovida em sua redação, pela Lei 13.004/2014, o art. 5º, §4º, da LACP passou a exigir duas condições especiais para as ACP promovidas por associações: a) constituição nos termos da lei civil, há pelo menos um ano; b) incluir no objeto social a proteção ao meio ambiente.

Logo, as associações civis constituídas apenas de fato (sem estatuto), as irregulares (o estatuto foi redigido, mas não levado a registro público em cartório) e aquelas cujo ato registral se tenha se aperfeiçoado há menos de um ano não preenchem a condição especial da ação coletiva estrutural ambiental, ainda que seu objeto social abarque a proteção ou fomento do meio ambiente.

Parece não haver empecilho, no entanto, venham a ser admitidas a contribuir para o julgamento, na condição de *amicus curiae*, ante à larga a margem de discricionariedade outorgada pelo art. 138 do CPC ao juízo da causa, para aferir a potencialidade desse auxiliar da justiça, como se verá mais adiante.

5.7 Legitimidade passiva *ad causam* nas ações estruturais ambientais

As ações estruturais ambientais têm como objetivo expungar problemas de desestruturação crônica e permanente das políticas públicas vinculantes de proteção ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Por corolário, são partes legítimas para figurarem no polo passivo aqueles que ostentam dever jurídico de as formular, implementar e executar, tanto editando o respectivo arcabouço legislativo, como estruturando suficientemente o aparato operacional dos órgãos.

O exame dessa qualidade inclui a verificação da atuação do Poder Legislativo, responsável por atender aos mandamentos constitucionais de editar a legislação necessária a concretizar o poder de polícia ambiental, bem como a do Executivo, a quem incumbe o mister fazer cumprir essa legislação, quer expedindo atos regulamentares para otimizar e racionalizar a atuação de seus órgãos e agentes, quer estruturando-os com quadro de pessoal capacitado, meios materiais e recursos tecnológicos adequados à complexidade da atribuição.

Em consonância com sua opção de compartilhar a responsabilidade pela proteção ambiental entre todas as esferas federativas, na forma do art. 225, *caput*, o constituinte cuidou de dotar todos os entes federativos de competências legislativas e materiais, no que se refere ao tema, integrando-os de forma cooperativa e coordenada, de modo a evitar sobreposições indesejadas, na mais perfeita sintonia com a forma federativa de nosso Estado.

O próprio Constituinte reservou à União competência exclusiva para legislar sobre certos temas específicos que, pela sua própria natureza, trazem um indissociável interesse geral de toda a nação, como recursos minerais e atividade de mineração. Não obstante, lei complementar federal poderá delegar aos Estados (e DF) legislar sobre esses assuntos, de forma limitada e visando adequar as normas federais às suas especificidades regionais (CF, art. 22, *caput*, VII e parágrafo único).

Mas, como regra, prevalece a competência concorrente da União, Estados e DF para legislarem sobre preservação e proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, cabendo ao ente federal editar as normas de caráter geral, norteadoras e parametrizadoras da política adotada pelo país para a promoção e tutela do ecossistema.

Às esferas estaduais e distrital compete legislar de forma a complementar as normas gerais federais, detalhando-as, de modo a adequá-las às suas diversas realidades sociais, econômicas e culturais próprias (CF, art. 24, *caput*, VI, VII e VIII e §§ 1º e 2º).

Também aos Municípios foram atribuídas constitucionalmente competências legislativas, a privativa para questões ambientais de interesse exclusivamente local, e a concorrente para complementar as normas federais e estaduais, detalhando-as de modo a conformá-las às peculiaridades socioeconômicas locais (CF, art. 30, I e II).

Já no que concerne à competência material ou executiva, a regra parece ser a da competência comum, cabendo à União, Estados, DF e Municípios procederem com as medidas concretas necessárias à proteção do meio ambiente, combate à poluição e preservação dos recursos naturais (CF, art. 23, III, IV, VI VII, IX X e XI).

A ampla competência material comum autoriza que os entes apliquem a legislação protetiva ambiental, ainda que a norma tenha sido editada por outra esfera, sendo dado aos Estados aplicarem as medidas estatuídas em lei federal, e os municípios as medidas insertas nas leis federais e estaduais respectivas.

O Constituinte delegou ao legislador federal, por meio de lei complementar, disciplinar racionalmente a competência material comum ambiental (art. 23, parágrafo único).

Pata tanto, o Congresso Nacional ditou a Lei Complementar 140/2011, que “disciplinou os incisos III, IV, VI e VII do art. 23 da Constituição da República, [...] no intuito de estabelecer normas para a cooperação entre os entes federativos nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do meio ambiente”.²⁴⁸

A LC 140/2011 tanto procurou atender à essência do sistema federativo, garantindo a autonomia de cada uma das esferas, como também estatuiu uma efetiva cooperação harmônica entre elas, em matéria ambiental, como ressaltam Sarlet e Fenterseifer:²⁴⁹

A referida legislação, a partir da delimitação das atribuições de cada ente administrativo (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios), objetiva a promoção de uma gestão descentralizada das políticas ambientais, mas assegurando, ao mesmo tempo, a uniformidade entre elas por meio da cooperação entre os entes federativos. [...] Ao fim e ao cabo, tem-se uma série de atribuições constitucionais de índole administrativa trazidas pelo regramento jurídico – tanto constitucional como infraconstitucional – a cargo dos entes federativos (União estados, Distrito Federal e Municípios).

Como objetivos fundamentais a serem observados por todas as esferas federativas, constam no seu art. 3º que a tutela e promoção devem ser feitas de forma descentralizada, mas as políticas e ações não de se dar de harmonicamente, evitando-se sobreposições e conflitos comprometeriam a eficiência, sem descuidar da uniformidade da política ambiental nacional, observadas as peculiaridades regionais e locais.

Na sequência, de maneira a conformar a competência comum aos objetivos traçados, a LC 140 procurou delimitar as searas para atuação administrativa de cada ente, como denotam os Arts. 7º (União), 8º (Estados), 9º (Municípios) e 10 (DF). “A legislação em questão serve-se do princípio da predominância do interesse (nacional, regional, local) para distribuir as competências entre os entes federativos”, razão porque as listagens, apesar de extensas, são abertas, meramente exemplificativas.²⁵⁰

²⁴⁸ FARIAS, Talden. **Competência administrativa ambiental**: fiscalização, sanções e licenciamento ambiental na Lei Complementar 140/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 53.

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 355.

²⁵⁰ Op. cit.

Em que pese a LC 140 ter como objeto apenas o licenciamento ambiental, que realiza os controles prévio (antes da concessão) e concomitante (da manutenção da observância das condicionantes), não se pode negar que esta modalidade de atuação encontra-se inexoravelmente imbricada à atividade repressiva/sancionatória, pois “não haveria sentido em fiscalizar se não houvesse a possibilidade de opor embargos e multas, dentre outras penalidades do mesmo campo, na hipótese de identificação de infrações administrativas”.²⁵¹

Ao harmonizar a competência material comum e o sistema federativo, vislumbrando maior amplitude à proteção do ambiente, a LC 140 consagrou o princípio da subsidiariedade no exercício do poder de polícia administrativa ambiental, conclusão que resulta sobretudo da interpretação sistemática das normas de regência, sobretudo dos Arts. 15 e 17 do diploma em comento.

Esse aspecto é reforçado pelas disposições insertas no art. 4º da LC 140, cujo rol exemplificativo enumera alguns instrumentos jurídicos administrativos para materialização da cooperação harmônica no exercício da competência comum, como celebração de “consórcios públicos”, “delegação de atribuições de um ente administrativo a outro”, “delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro” etc.

Em termos de concessão prévia do licenciamento ambiental em obras e atividades potencial ou efetivamente lesivas ao ecossistema, não há exclusividade na atribuição do ente em princípio indicado nas listagens da lei. A própria LC 140 excepciona, no art. 15, as hipóteses em que uma outra esfera federativa poderá proceder com o licenciamento, decidindo pela concessão ou não.

Tem-se denominado “atuação supletiva” os casos em que um ente menor, a despeito de ser em princípio indicado pela lei como responsável pelo procedimento administrativo de licenciamento, não está capacitado para desempenhá-lo, por ausência de órgão ambiental executivo especializado, pessoal capacitado suficiente, órgão colegiado deliberativo e normativo, ou mesmo ante a complexidade ou dimensão da obra ou atividade, no caso concreto. Incumbirá, em casos que tais, às esferas maiores proceder com o licenciamento ambiental.

Note-se que para licenciar, não basta que um determinado ente crie formalmente Conselho Ambiental e órgão executório. Tais órgãos têm que estar

²⁵¹ FARIAS, Talden. **Competência administrativa ambiental**: fiscalização, sanções e licenciamento ambiental na Lei Complementar 140/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 56.

efetivamente implantados e operando regularmente. O art. 5º, parágrafo único, da própria LC 140 conceitua, para fins de aplicação dos seus preceitos:

Considera-se órgão ambiental capacitado, para os efeitos do disposto no *caput*, aquele que possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações a serem delegadas.

Embora com fito primevo de condicionar a delegação por ente maior da competência licenciatória que lhe é originária, a ente menor, a boa hermenêutica recomenda a técnica da interpretação autêntica, aquela emanada da mesma fonte que a norma interpretada.

Por isso, parece correta a posição de Machado a defender a incidência da definição também para efeito de deflagrar o exercício da competência subsidiária dos entes maiores, suprimindo a lacuna dos menores.²⁵²

Outra previsão de subsidiariedade na competência administrativa policial do ambiente está no art. 13, *caput* e §§, da LC 140. Trata-se da “licença ambiental supletiva por inércia do órgão ambiental” detentor da primazia para proceder, que não emite decisão no prazo legal, favorável ou não, injustificadamente.

Essa possibilidade de deslocamento da competência licenciadora originária de um ente impescinde da demonstração de efetiva contumácia, não tendo cabimento se o órgão originário justifica idoneamente a demora, ou mesmo determina diligências ao interessado. Recomenda-se, portanto, ao órgão provocado a agir subsidiariamente, a prévia ouvida daquele apontado supostamente contumaz.²⁵³

Como bem colocado por Sarlet e Fensterseifer, o princípio da subsidiariedade em matéria de polícia administrativa ambiental visa prestigiar o sistema federativo, mas impede que seja utilizado como justificativa para diminuir o grau de proteção ao bem jurídico, chamando à responsabilidade os demais entes constitucionais, que deverão suprir incapacidades fáticas ou jurídicas, omissões ou atuações aquém daquele que teria a primazia de atuar.²⁵⁴

²⁵² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 338.

²⁵³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 338-339.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 373.

Por isso, tem-se considerado que as competências fiscalizatória e sancionatória de polícia estabelecida no *caput* do art. 17 da LC 140, em favor do ente responsável pela emissão da licença ambiental, é meramente preferencial. Em termos com a boa técnica legislativa, essa regra de preferência sujeita-se às exceções previstas nos §§ 2º e 3º, não se podendo falar em incompatibilidade.

No que se refere a fiscalizar a manutenção das condições impostas ao exercício da atividade licenciada, é interessante a proposta classificatória de Farias²⁵⁵. O autor classifica como “competência fiscalizadora primária” a atribuição preponderante do órgão responsável pela emissão do ato, prevista no *caput* do art. 17, da LC 140.

Os demais órgãos ambientais, não licenciadores, têm “competência supletiva” ou “colaborativa”. Esta, por seu turno, subdivide-se em: a) “competência colaborativa acautelatória”, emergindo o dever de agir quando depararem com dano ambiental iminente ou caracterizado, que aplica as medidas de urgência, para impedir, cessar ou mitigar os efeitos da violação, consoante o §2º do mesmo art. 17; b) “competência colaborativa comum”, para, nas demais hipóteses, procederem o auto de infração administrativa, com os requisitos e formalidades exigíveis, dispensada aqui a urgência, força do §3º do art. 17.

A “competência colaborativa/supletiva” é sempre exercida em caráter precário, a medida policial de urgência, ou a autuação lavrada pelo órgão não licenciador, perdura até a decisão do ente detentor da competência primária, que comunicado, poderá ratificar a decisão e prosseguir com o processo administrativo sancionatório, ou torná-la sem efeito, caso discorde.²⁵⁶

Por fim, Faria aponta que a primazia da competência do ente licenciador para a fiscalização contínua posterior, justifica-se pela capacitação específica dos agentes do órgão especializado para lidarem com aquele tipo de obra ou atividade econômica.²⁵⁷

A presunção é que nenhum órgão pode ter mais conhecimento da atividade do que o licenciador, que avaliou o empreendimento desde o projeto até sua efetiva implementação e início da operação. Daí o liame entre os atos de fiscalizar, impor sanções administrativas e licenciar estabelecido pela Lei Complementar n. 140/2011.

²⁵⁵ FARIAS, Talden. **Competência administrativa ambiental**: fiscalização, sanções e licenciamento ambiental na Lei Complementar 140/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 60.

²⁵⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 343-344.

²⁵⁷ FARIAS, Talden. **Competência administrativa ambiental**: fiscalização, sanções e licenciamento ambiental na Lei Complementar 140/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 57-58.

[...]

Esse mesmo raciocínio é válido para as atividades licenciáveis, porém não licenciadas, uma vez que o órgão licenciador pode até não conhecer os pormenores de um determinado empreendimento em particular, mas com certeza tem domínio sobre a atividade em geral. É que este qualificou seu corpo técnico, tanto para fazer quanto ao fazer o licenciamento ambiental de certos segmentos econômicos sob sua tutela, de forma a adquirir expertise naquela seara.

Um nível abaixo na pirâmide hierárquica kelseniana das fontes normativas, a Lei ordinária 9.605/98, ao dispor sobre os crimes e infrações administrativas contra o meio ambiente, em seu art. 70, §§ 1º, 2º e 3º, impôs aos agentes de todos os órgãos de componentes do SISNAMA (LPNAMA, art. 6º) o dever de agir, imediatamente, aplicando as medidas previstas na legislação ambiental, ao tomarem conhecimento do ilícito, de ofício ou por intermédio de representação de qualquer pessoa, sob pena de responsabilização (disciplinar, civil e penal).

Não parece haver qualquer espaço para dúvida de que aludido preceito da Lei ordinária 9.608/98 deva ser interpretado à luz da LC 140, tocante à primazia do ente competente para licenciar atuar na execução das medidas preventivas e repressivas de polícia administrativa ambiental, cabendo aos demais entes o dever de agir, mas de forma subsidiária e precária, num ambiente de cooperação harmônica, na busca da maior eficiência protetiva.²⁵⁸

Importa especialmente ao deslinde do tema objeto deste trabalho o fortalecimento dos entes periféricos no sistema federativo, promovido pela CF/88, conferindo-lhe competências concorrentes para legislar, adequando as normas gerais e regionais às peculiaridades locais, e exclusiva quanto aos interesses eminentemente locais, além de competência comum para exercer a polícia administrativa ambiental, consoante art. 30.

A desejada descentralização e gestão compartilhada do ecossistema visa o maior êxito possível na tutela desse interesse, pertencente a toda coletividade. Jamais poderá ser utilizada como subterfúgio para diminuir o nível de proteção do bem. No ensinamento de Sarlet e Finterseifer²⁵⁹:

Por exemplo, pretender a não intervenção da instância política superior (federal ou regional, a depender do caso) e a preservação da esfera política inferior (regional ou local) para a hipótese de licenciamento ambiental pode

²⁵⁸ FARIAS, Talden. **Competência administrativa ambiental**: fiscalização, sanções e licenciamento ambiental na Lei Complementar 140/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 62-74.

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 373.

representar absoluto “desserviço” para a proteção ecológica para dar conta de tal medida de forma adequada e suficiente. O manuseio do princípio da subsidiariedade, na perspectiva ecológica, deve estar amarrado com a premissa de uma maior proteção ambiental. Do contrário, onde a afirmação do princípio da subsidiariedade “menos proteção ambiental, ele deve ser rejeitado”.

Igualmente atentos à enorme disparidade socioeconômica que paira entre as regiões do país, mormente no tocante aos pequenos municípios, enfatizam Abi-Ecab e Gaio²⁶⁰:

Embora a tendência da competência para o licenciamento ambiental seja a descentralização aos Municípios, tal não pode ser visto com uma dose de preocupação, já que na balança eleitoral, geração de empregos e crescimento econômico (o qual não se confunde com desenvolvimento) pesam muito mais do que desenvolvimento sustentável e conservação da biodiversidade, especialmente no plano estadual e municipal, tendência que se acentua gradativamente do centro para a periferia da federação.

Dantes à edição da LC 140, prevalecia na doutrina e na jurisprudência a interpretação de que a regra geral das competências comuns, contida no art. 23 da CF, autorizaria que cada ente pudesse exigir um procedimento licenciatório distinto. Isso era motivo de um cenário de enorme insegurança jurídica, e um sem número de conflitos de atribuições entre os diversos órgãos ambientais, os quais muitas vezes decidiam de forma desarmônica, quando não diametralmente opostas, comprometendo tanto o desenvolvimento socioeconômico, como a própria eficiência da proteção ambiental.

Tentou-se resolver a celeuma por meio da Resolução IBAMA n.º 237/1997, cujo art. 7º preconizou o licenciamento ambiental num único nível. A iniciativa, no entanto, não foi suficiente, ante o forte argumento de que não poderiam atos normativos dispor sobre matéria que o constituinte, expressamente, reservou à lei complementar.

Foi com a LC 140 que restou expressamente estabelecido que o licenciamento ambiental será feito “por um único ente federativo”, assegurado aos demais poderem se manifestar, de forma não vinculante, força de ser art. 13, *caput* e §1º, “de maneira que os órgãos ambientais passaram a atuar de forma integrada e o licenciamento ambiental a ser feito num único nível”.²⁶¹

²⁶⁰ ABI-EÇAB, Pedro; GAIO, Alexandre. Tutela do meio ambiente. In: VITORELLI, Edilson. **Manual de direitos difusos**. Salvador: JusPodivm. p. 709.

²⁶¹ FARIAS, Talden. **Competência administrativa ambiental**: fiscalização, sanções e licenciamento

Tocante ao meio ambiente, a LC 140 condisse com a diretriz constitucional geral para a competência material comum, direcionando à União apenas aquelas matérias que efetivamente possam impactar o interesse de toda a nação brasileira, enquanto país soberano, ou envolvam diretamente interesses que extrapolem divisas entre dois ou mais Estados da federação.²⁶² São exemplos, formatação geral da política nacional do meio ambiente, zoneamento ambiental nos âmbitos nacional e regional, licenciamento ambiental no mar territorial, plataforma continental, de caráter militar, listar espécies ameaçadas de extinção (art. 7º, I, IX, XIV, XVI) etc.

Na esteira das competências constitucionais materiais comuns, o art. 8º da LC 140 utiliza o critério residual, ou de exclusão, para os Estados. A União e os Municípios contam com leques mais fechados (embora não totalmente) de hipóteses nas quais terão, ao menos em princípio, primazia para o procedimento licenciatório, restando a cargo dos Estados o resíduo, casos não incluídos na competência federal (art. 7º) ou municipal (art. 9º), como fez ressaltar expressamente o inciso XIV, última parte, do mencionado artigo 8º.

Isso gera um importante efeito na operacionalização do instituto do licenciamento pelos órgãos ambientais. Ante à disparidade socioeconômica que marca os milhares de municípios brasileiros, sendo certo que em sua grande maioria não dispõem efetivamente de capacidade orçamentária para implementar, suficientemente, todo o aparato necessário à eficaz execução dessa tarefa complexa, “isso, na prática, representa que a '**regra geral**' de competência para o licenciamento é atribuída aos Estados”.²⁶³

Isso se dá porque a LC 140 estatuiu para os Estados, além da competência originária preferencial, por predominância do interesse regional, também as competências subsidiária e supletiva, voltadas às hipóteses de constatada impossibilidade, ou omissão, dos municípios abrangidos por seu território.

Como ressalta Mascarenhas, o protagonismo dos Estados na tutela administrativa do ambiente já era observada na Lei 6.938/81, que os outorgava exclusividade para procederem ao licenciamento ambiental. Mesmo a esfera federal, o IBAMA, só veio a contar com tal competência após as alterações na Lei do

ambiental na Lei Complementar 140/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 76-88.

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 365.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 367.

PNAMA, promovidas com o advento da Lei 7.804/89.²⁶⁴

Para o autor, o protagonismo dos Estados, em certa medida, foi mantido pela LC 140, por várias razões:

É possível afirmar que, de certa forma, a Lei Complementar n. 140/2011 manteve esse entendimento ao conferir aos Estados a competência administrativa residual em matéria ambiental, de maneira que tudo o que não tiver sido atribuído expressamente à União ou aos Municípios será da competência estadual.

[...]

Em outras palavras, parte significativa das atribuições em matéria de licenciamento ambiental é mesmo dos Estados, o que é ainda mais verdadeiro se se levar em conta a sua atuação supletiva em virtude da falta de estrutura da maioria dos Municípios, bem como da falta de delimitação expressa da competência dos Municípios para licenciar [...].

Também Milaré reputa os “órgãos seccionais” ou “entidades estaduais” responsáveis pelo controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras o “verdadeiro esteio” do SISNAMA, dada à grande extensão do território brasileiro, somada à complexidade da gestão ambiental, que tornariam impossível aos órgãos federais o desempenho de tal mister.²⁶⁵

No que refere à competência administrativa ambiental dos municípios, a LC 140 reservou aos entes periféricos duas hipóteses de competência originária, contidas nas alíneas “a” e “b”, do inciso XIV, do art. 9º. Terão primazia no licenciamento de obras e atividades que, segundo definição do COEMA (Conselho Estadual do Meio Ambiente) apresentem impacto predominantemente local e também para empreendimentos situados em unidades de conservação ambiental instituídas pelo próprio município.²⁶⁶

Em ambos os casos, a LC 140 considerou as disposições constitucionais diretamente ligadas à preservação da autonomia federativa, cabendo ao município dispor sobre seus próprios bens e sobre assuntos de interesse local, conforme se extrai do art. 30 da CF.

As demais hipóteses inseridas no rol do art. 9º da LC 140 são de competência originária dos órgãos federais e estaduais, dependendo os municípios de delegações específicas daqueles entes, observados os requisitos e formalidades legais.

²⁶⁴ FARIAS, Talden. **Competência administrativa ambiental**: fiscalização, sanções e licenciamento ambiental na Lei Complementar 140/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 112-113.

²⁶⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 849.

²⁶⁶ FARIAS, Talden. **Competência administrativa ambiental**: fiscalização, sanções e licenciamento ambiental na Lei Complementar 140/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 125.

Parece de grande relevância a observação de Machado acerca da incidência do art. 182, *caput* e §1º, da CF, na seara da competência ambiental dos municípios em seu todo, embora destinado primordialmente às questões que afetam ao meio ambiente urbano.²⁶⁷

A norma constitucional diretriz do Direito Urbanístico atribui ao município o dever de executar a política nacional de desenvolvimento urbano, a ser estabelecida por lei federal. O principal instrumento jurídico para o exercício dessa competência pelo ente municipal é o Plano Diretor, estabelecido em lei municipal, cuja edição, inclusive, é obrigatória àqueles entes periféricos que contem com mais de 20.000 habitantes.

Com fito de atender o mandamento constitucional posto no *caput* do art. 182, o legislador federal editou a Lei 10.257/2001, que se convencionou chamar de Estatuto da Cidade.

A despeito de sua precípua destinação, “estabelecer as diretrizes gerais da política urbana”, de forma bastante acertada, o legislador ordinário fez constar do art. 40, §2º, que “o plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo”, podendo-se inferir a competência originária dos entes periféricos para licenciamento de empreendimentos de impacto local.

No mesmo silogismo, o Estatuto da Cidade ampliou a obrigatoriedade da lei municipal instituidora do Plano Diretor, para outras hipóteses, além daquela trazida pela CF, por intermédio de seu art. 41, que dentre outras hipóteses estatui no inciso V: “inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional”.

Ao que parece, ter-se-á no dispositivo em comento, nítido propósito do Estatuto da Cidade de reforçar o dever dos entes municipais de promoverem a esmerada avaliação do impacto ambiental de âmbito local, nas obras ou atividades potencialmente degradadoras situadas no entorno ou nas proximidades de empreendimentos licenciados pela União ou Estado, pois é possível que nessas casos haja confluência dos efeitos nocivos ao ambiente, ensejando adoção de medidas para mitigá-los, ou até mesmo o indeferimento da licença ambiental.

Aliás, essa interpretação sistemática do Estatuto das Cidades parece a que melhor conforma o Plano Diretor, e também toda a legislação municipal que dispuser

²⁶⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 373-374.

sobre o exercício do poder de polícia administrativa ambiental, à diretriz geral estabelecida no seu art. 2º, VI, “g” (“ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar; [...] a poluição e a degradação ambiental”).

Não se nega às Câmaras Municipais a discricionariedade que lhes é própria, optarem por editar leis disciplinadoras do poder de polícia administrativa ambiental separadamente da que institui o Plano Diretor, de forma mais detalhada, o que parece ser até mais apropriado.

No entanto, tais leis jamais poderão contrariar o conteúdo mínimo, necessariamente fixado pelo Plano Diretor.

O termo “diretor” tem dimensão jurídica considerável, pois é um plano criado pela lei para dirigir e para fazer com que as outras leis municipais, decretos e portarias anteriores ou posteriores tenham que se ajustar ao plano diretor.²⁶⁸

Ainda na seara da competência material municipal, para relevante questão acerca da hipótese constante do art. 9º, XIV, “a”, da LC 140, que merece ser objeto de especial atenção.

Cuida-se da opção do legislador federal que delegou aos órgãos ambientais colegiados dos Estados, os Conselhos Estaduais do Meio Ambiente – COEMAs, deliberarem o significado da expressão “impacto ambiental de âmbito local”, considerando os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade a ser licenciada.

A opção estaria provavelmente ligada à vastidão do território nacional e à diversidade entre os vários ecossistemas existentes nas diferentes regiões do país, além das marcantes desigualdades regionais socioeconômicas, sendo mais conveniente que cada Conselho Estadual, composto por pessoas conhecedoras da realidade fática regional, estabeleça o que naquele cenário deva vir a ser tido por impacto local.

Essa a percepção foi aurida por Farias, para quem²⁶⁹:

A longa extensão territorial e a complexidade ecológica e social do país fizeram com que a opção mais razoável fosse cada Estado definir o que os Municípios poderiam ou não licenciar. Em um país continental como o Brasil, que abrange realidades tão distintas como a do Acre e d São Paulo,

²⁶⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 474.

²⁶⁹ FARIAS, Talden. **Competência administrativa ambiental**: fiscalização, sanções e licenciamento ambiental na Lei Complementar 140/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 30-131.

a da Bahia e a do Rio Grande do Sul, do Mato Grosso a Paraíba, somente para citar alguns Estados, o legislador entendeu que seria difícil trabalhar com o mesmo conceito de interesse local.

Por outro lado, o inciso XIV, do art. 9º, da LC 140 recebe duras críticas por considerável parte da doutrina, que vê na alínea “a” nítida afronta à autonomia conferida aos municípios pela Constituição, para se auto-organizarem juridicamente (art. 18), competindo-lhes com exclusividade legislar sobre temas de interesse local (art. 30, I), bem como implementar e executar os serviços também de interesse local (art. 30, V, VIII e IX).

Tal invasão pelo Estado nessa seara, podendo ditar ao ente periférico o que é ou não é interesse local, supostamente padeceria da mácula de inconstitucionalidade.

Sobre essa questão são robustos os argumentos, dentre outros, de Milaré:²⁷⁰

A restrição constante da norma insculpida no art. 9º, XIV, 'a', sujeitando o licenciamento municipal à observância da tipologia a ser definida pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, com autoridade, portanto, para definir o conceito de impacto local, por representar indisfarçável invasão de competência do Estado no Município, é absolutamente inconstitucional, por ranhura aos arts. 2º, 18, *caput*, 23, VI e 170, par. Único, da CF. Ademais, remarque-se, à exaustão que a competência municipal para o zelo do ambiente decorre também da competência exclusiva do Município para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF). Ora, “se o Município detém a competência exclusiva para tratar de matérias de interesse local, como se pode entender possível que outro ente federativo defina o que, em se tratando de matéria ambiental, é exclusivamente de interesse local?”.

A questão não é simples e não é fácil seu deslinde. Por um lado, as diversidades ecológicas e disparidades socioeconômicas são muitos mais regionais do que locais (Floresta Amazônica, Cerrado, Caatinga, Pantanal Mato-Grossense etc.), o que justificaria a opção do legislador federal.

Por outro lado, possibilita ao Estado, por seu órgão colegiado, avançar sobre assuntos efetivamente locais, tolhendo o Município em suas competências próprias, sobretudo porque a normatização sequer está nas mãos da Assembleia Legislativa, composta por representantes de várias regiões do Estado, mas nas de agentes administrativos, não recobertos por garantias e prerrogativas semelhantes às parlamentares, assim mais sujeitos a interferências obscuras.

²⁷⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1.024-1.025.

A fragilidade econômica que assola a maioria dos nossos municípios e a maior proximidade entre seus mandatários e a população, fazem com que tendam a flexibilizar as legislações federal e estadual, mitigando indevidamente o nível dos padrões geral e regional de proteção do ambiente.

Exemplo elucidativo é trazido por Machado, referindo-se à ADI 17.747-0 do Estado de São Paulo, na qual o Tribunal de Justiça julgou inconstitucional lei do Município de Pradópolis, que estabeleceu regras menos rígidas para a queima da cana de açúcar, frente às constantes da legislação estadual

Enfim, também não parece desarrazoado pensar que é dever do Estado assegurar um tratamento igualitário aos empreendedores privados que operam em diferentes municípios do seu território, em idênticas condições ecológicas, sociais e econômicas, bem como às próprias populações igualmente afetadas, evitando, inclusive, tensões regionais causadas por disputas fiscais entre seus Municípios.

A controvérsia acerca da constitucionalidade do art. 9º, XIV, “a” da LC 140 foi objeto de impugnação concentrada, no bojo da ADI n. 4.757/DF, dentre outros preceitos contidos na referida legislação federal. Tendo como requerente a Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente – ASISBAMA e Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria e Construção - PCMAT, a ação objetiva foi protocolizada no STF em abril de 2012, não tendo sido deferida a medida liminar pela Ministra relatora. Embora aguarde julgamento, importa destacar que o pronunciamento da Procuradoria Geral da República foi no sentido apenas de procedência parcial, quanto a outro preceito legal, não quanto o art. 9º, XIV, ‘a’.²⁷¹

Seja como for, a Lei geral expedida pela União encontra-se vigorando seus efeitos, cabendo aos COEMAs definirem tipologicamente os impactos locais, cujas atividades geradoras competem originariamente aos órgãos ambientais municipais licenciar.

Todo esse embricamento entre as competências administrativas ambientais estadual e municipal, devendo o Estado estabelecer as hipóteses de interesse local dos seus Municípios, assisti-los tecnicamente e atuar subsidiariamente nos casos de impossibilidade e supletivamente nos de omissão municipal, sem perder de vista a

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.747/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339177662&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

obrigação de atuarem paralelamente nas atividades fiscalizadora e sancionadora, não se pode prescindir da inclusão das esferas regional e local no polo passivo de ações estruturais ambientais, voltadas ao poder de polícia administrativa ambiental.

5.7.1 Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais

Já foi visto que poder de polícia é expressão que abrange as leis limitadoras da liberdade individual e da propriedade, em prol do bem coletivo, bem como os atos administrativos que concretizam tais limitações, quando necessário no cotidiano social.

Por isso, a questão das competências legislativas em matéria ambiental não pode ser desconsiderada em ações estruturais ambientais, voltadas ao poder de polícia administrativa do ambiente.

A Constituição outorga competência legislativa concorrente aos entes federativos, para legislarem em matéria ambiental, cabendo a cada um estruturar juridicamente sua política de preservação e proteção do meio ambiente, no espaço que lhe cabe.

Contudo, as casas legislativas não são dotadas de personalidade jurídica, isto é, não são sujeitas de direitos e obrigações. Por conseguinte, na órbita processual não possuem capacidade para figurarem como partes em ações judiciais, inclusive coletivas.

Conquanto perfazem uma das funções essenciais do Estado, Senado, Câmara dos deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa e Câmaras Municipais, embora independentes política e administrativamente, são estruturas integrantes das respectivas pessoas jurídicas de Direito Público, e somente essas são sujeitos de direitos e obrigações, portanto, dotadas de legitimidade para participar de relações jurídicas processuais.

Não obstante verdadeiro afirmar-se que as instituições legislativas não possuem personalidade jurídica autônoma, não podendo (em regra) figurar no polo passivo de ações judiciais, também é verdade afirmar-se que a lesão a um interesse difuso pode decorrer de inação do Legislativo em legislar para regulamentar direito fundamental, caracterizando o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, passível de ser sanado por intervenção do Judiciário.

A falta de personalidade jurídica das instituições legislativas, embora gere consequências substanciais na capacidade processual, não exclui totalmente a legitimidade para figurarem como autoras ou réus, ainda que em hipóteses excepcionais.

Tradicionalmente, o Direito Processual Civil brasileiro adota, como regra geral, a correlação entre a capacidade jurídica de Direito Material (para ser sujeito de direitos e obrigações substantivas), que é atribuída a todos os entes que detenham personalidade, natural ou jurídica, que automaticamente ostentam também a capacidade processual, de estarem em juízo, conforme redação do revogado art. 7º do CPC/1973. Essa redação fora mantida intacta no vigente CPC/2015, em preceito contido em seu art. 70.

Contudo, essa regra já não era absoluta na égide do CPC antigo, cujo art. 12, *caput*, ao indicar os representantes judiciais das pessoas jurídicas, públicas e privadas, autorizava claramente que algumas formações de fato, destituídas de personalidade jurídica, pudessem figurar como partes processuais,²⁷² aspecto, este, igualmente mantido pelo CPC/2015, como se denota do rol trazido em seu art. 75, *caput*. É o que se dá como a “massa falida” (V), “herança jacente” (VI), “espólio” (VII), “a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens” (IX) e o “condomínio” (XI).

Nos dizeres de Nery Junior, essas formações de fato, destituídas de personalidade jurídica, mas detentoras do direito de figurarem em juízo como partes, obtiveram, por opção legislativa, “personalidade judiciária”.

Além dos alocados no art. 75, do CPC, “há outros entes ser personalidade jurídica que têm capacidade de ser parte, quer dizer, que têm *personalidade judiciária*. Podem figurar como autores ou réus no processo”.²⁷³

Ressalte-se a personalidade judiciária autoriza às estruturas contempladas a possibilidade de figurarem em processos judiciais, não apenas na condição de autores, mas também como réus, máxime em se tratando de tutela coletiva, consoante anotado por Mazzilli²⁷⁴:

²⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de processo civil interpretado** (org. MARCATO, Antonio Carlos). São Paulo: Atlas, 2004. p. 75.

²⁷³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.174.

²⁷⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 453.

Em algumas situações, a lei permite que entes, ainda que desprovidos de personalidade jurídica de direito material, possam ser réus em ação civil pública ou coletiva, nos termos do art. 75, IX, e §2º do CPC, pois basta a chamada *personalidade judiciária*. É o que ocorre com os consórcios, os condomínios de apartamentos, a massa falida, o espólio, a sociedade de fato etc.

Mais específico quanto à outorga de personalidade judiciária a estruturas públicas e organismos estatais, para figurarem em ações judiciais ligadas às suas finalidades legais, foi o CDC, em seu art. 82, *caput*, III, ao acometer a “entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código”.

Legitimar *ad causam* estruturas administrativas despersonalizadas se fazia necessário para que órgãos públicos, como o PROCON (Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, hoje com personalidade jurídica), bastante ativos e especializados em defesa do consumidor, pudessem também agir em juízo, mesmo sem personalidade jurídica.²⁷⁵

Cabe repisar o preceito legal em comento não se limita a incidir em ações coletivas ligadas ao Direito do Consumidor, mas integra o microssistema processual coletivo no todo, valendo sempre que se busque tutelar interesses coletivos ou difusos, com destaque, obviamente, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Essa personalidade judicial, ou capacidade processual, é também aplicável às Casas Legislativas, pois em que pese não contempladas com personalidade jurídica de Direito Público, que pertence exclusivamente aos entes constitucionais aos quais são atreladas, podem figurar como autoras ou rés, embora em hipóteses bem mais limitadas que os órgãos despersonalizados, apenas para defender suas prerrogativas institucionais.

Esse entendimento, inclusive, resta consagrado no verbete da súmula STJ 525: “A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demanda em juízo para defender os seus direitos institucionais” (por simetria, na forma federativa do Estado brasileiro, o silogismo é aplicável às Assembleias Estaduais, Câmara Federal e Senado).

²⁷⁵ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 94.

Tal distinção justifica-se plenamente, tendo-se em mira que perfazem uma das funções essenciais da República, o Poder Legislativo, cujas funções institucionais são tratadas imediatamente em nível constitucional, no primeiro Capítulo, do Título IV, “Da Organização dos Poderes”.

Exemplos elucidativos de defesa de prerrogativas institucionais pelas Câmaras Municipais estão nos seguintes Arestos exarados pelo STJ, nos quais discutia-se a incidência da competência para legislarem a bem do “interesse local”:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCENTRALIZAÇÃO DO ENSINO. ESCOLAS ESTADUAIS. MUNICIPALIZAÇÃO. INÉRCIA DO EXECUTIVO. IMPETRAÇÃO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL PRECEDENTES.

1. O Município tem personalidade jurídica e a Câmara de Vereadores personalidade judiciária (capacidade processual) para a defesa de seus interesses e prerrogativas institucionais. Afetados os direitos do Município e inerte o Poder Executivo, no caso concreto (municipalização de escolas estaduais), influido os denominados direitos-função (impondo deveres), não há negar a manifestação de direito subjetivo público, legitimando-se a Câmara Municipal para impetrar mandado de segurança.
2. Recurso ordinário conhecido e provido.²⁷⁶

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSFERÊNCIA DE ESCOLAS DO ESTADO PARA O MUNICÍPIO SEM LEI AUTORIZATIVA. LEGITIMIDADE DA CÂMARA MUNICIPAL PARA IMPETRAÇÃO DO WRIT. PRECEDENTE.

1. Recurso Ordinário em mandado de segurança interposto contra decisão proferida pelo Egrégio Tribunal que julgou a Câmara Municipal recorrente carecedora da ação no writ por ela impetrado contra a Resolução nº 8.743/98, que autorizou a municipalização da Escola Estadual Américo Machado. Entendeu-se que a documentação acostada aos autos atesta que a autorização foi concedida pela Secretaria Municipal, cujo titular não era o prefeito municipal, logo, o *mandamus* não poderia ter sido impetrado em seu desfavor.
2. Com efeito, não há como elidir o direito público subjetivo inerente à Câmara Municipal de defender os interesses locais, mormente quando a legislação exige expressamente a edição de lei autorizativa para a prática do ato impugnado, e esta não foi editada.
3. “O Município tem personalidade jurídica e a Câmara de Vereadores ‘personalidade judiciária’ (capacidade processual) para a defesa de seus interesses e prerrogativas institucionais. Porém, afetados os direitos do Município e inerte o Executivo (Prefeito), no caso concreto, influido fortemente os chamados direitos-função (impondo deveres), existente causa concreta e atual, afetados os direitos do Município, manifesta-se o direito subjetivo público, seja ordinariamente ou supletiva extraordinária, legitimando-se ativamente “ad causam” a Câmara municipal para impetrar segurança.” (ROMS nº 10339/PR, DJU de 01/08/2000, pág. 194, Relator Min. Milton Luiz Pereira)
4. Reconhecimento da legitimidade ativa ad causam da Câmara Municipal recorrente.

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 12068/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Peçanha Martins, j. 17/09/2002. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 03 maio 2022.

5. Recurso provido. Retorno dos autos ao Egrégio Tribunal de origem para que prossiga no exame do mérito da impetração.²⁷⁷

Por ocasião do julgamento do REsp 1164017/PI, embora a discussão material se limitasse à incidência de contribuição previdenciária sobre os vencimentos de vereadores, a Primeira Seção do STJ adotou o rito dos recursos repetitivos, resultando o Tema 348, cuja tese fixada parece ter excluído a capacidade processual das Câmaras Municipais para pretensões de cunho patrimonial, de uma forma geral.²⁷⁸

A limitação do âmbito da personalidade judiciária das Instituições legislativas para pretensões de cunho econômico, como cobranças de débitos, diferenças de gratificações, indenizações etc., não impactam na legitimidade passiva para ações estruturais, posto que não se prestam a tais finalidades. Aliás, são com elas incompatíveis, como já abordado neste trabalho: ações estruturais não têm por objeto volver a fatos pretéritos, apurar conduta e dano com fim de impor ao causador obrigação de reparação.

5.7.2 Entes Constitucionais, Autarquias e Fundações Públicas Ambientais

Por outro enfoque, o direcionamento de uma ação coletiva estrutural ambiental à Casa Legislativa não exclui a necessidade de também incluir-se no polo passivo o respectivo ente constitucional, pois são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo os projetos de lei que disponham sobre criação e extinção de órgãos, cargos funções ou empregos, na administração direta e autárquica (CF, art. 61, §1º), bem como para as leis orçamentárias (CF, art. 161, *caput*, I, II e III).

Acrescente-se que as disposições da CF que estabelecem reservas para projetos de lei são fincadas no primado da independência dos Poderes. Portanto, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais, inclusive as suas emendas, devem com elas guardar estrita simetria.²⁷⁹

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 11499/MG. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado, j. 01/03/2001. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 03 maio 2022.

²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1164017/PI. Primeira Seção. Rel. Min. Castro Meira, j. 24/03/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivo/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=348&cod_tema_final=348>. Acesso em: 03 maio 2022.

²⁷⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Comentários à Constituição do Brasil** (org. CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.*). São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.226-1227.

Logo, processos estruturais que tenham por objetivo organizar o poder de polícia administrativa ambiental impescindem da inclusão no polo passivo, tanto do ente federativo detentor da competência material, como de sua respectiva Câmara de Vereadores, competente para editar a legislação local, exclusiva ou suplementar.

Caso o Estado tenha instituído Autarquia ou Fundação com atribuição para executar a função de polícia administrativa do ambiente, essa pessoa jurídica deverá também ser incluída no polo passivo da ação estrutural, pois a ela incumbe o mister de assessorar tecnicamente o Município, ou até mesmo capacitar seus agentes, além do dever de atuar de forma supletiva e subsidiária no licenciamento ambiental e paralelamente na repressão das infrações às normas protetivas do ambiente, tudo na forma da LC 140/2011, como já visto.

Convém aqui, para bem ilustrar o tema da legitimidade passiva nas ações estruturais ambientais, a ponderação de Mancuso, ao explanar sobre tutela coletiva dos direitos transindividuais²⁸⁰:

A expressiva amplitude da legitimação passiva nas ações voltadas à tutela de interesses meta individuais não é casual, mas antes leva em conta o que ordinariamente acontece nos casos concretos, a par das responsabilidades em diversa graduação, diretas e indiretas, emergentes segundo a natureza do dano produzido, e, ainda, o grau de informação das pessoas concernentes, a hierarquia entre os órgãos públicos envolvidos e, mesmo, a extensão subjetiva da coisa julgada.

[...]

A legitimidade passiva, desse modo, haveria que ter toda a amplitude possível, de modo a permitir a perfeita proteção dos interesses sob tutela contra os atos de quem quer que o vulnerasse.

Enfim, a despeito das dificuldades que podem surgir na formação do polo passivo de um processo estrutural ambiental, a técnica processual do diálogo das fontes normativas permite seja aplicado o art. 329 do CPC/2015, que flexibiliza a estabilidade subjetiva da demanda, permitindo que a qualquer tempo, desde que antes da sentença, possa ser aditada a inicial para incluir novo litisconsorte passivo, evitando-se um provimento ineficaz.²⁸¹

²⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 236-237.

²⁸¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 256-257.

5.8 Intervenção de terceiros e *amicus curiae* nas ações estruturais ambientais

O conflito estrutural tem como característica elementar o policentrismo, havendo vários níveis diferentes de afetação, na medida em que cada grupo se vê mais próximo ou distante do cerne do problema estrutural. Por essa razão, o interesse de cada um em participar mais ou menos da solução do problema variará bastante, proporcionalmente.

Para alguns haverá muito interesse em contribuir, diretamente, para uma solução mais conforme a sua posição, despertando a necessidade de se organizarem associativamente, com fito de intervir no processo judicial. Outros apresentarão um grau de interesse menor, que não justifica o ônus que implica atuar como parte processual, embora moralmente desejem contribuir para uma solução melhor, do ponto de vista social. Existirão, ainda, aqueles que por serem minimamente impactados pelo resultado da ação, não despertem nenhum interesse. Daí porque merece especial atenção neste trabalho a figura do *amicus curiae*. No ordenamento brasileiro, o instituto do *amicus curiae* foi positivado no bojo da Lei 9.869/1999, que regulamentou as ações especiais de controle de constitucionalidade, portanto, com campo bem restrito de aplicação.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil no ano de 2016, em razão da previsão inserta no art. 138 passou a ser aplicável às ações em geral, para colaborar com o Judiciário, fornecendo elementos para melhoria do conhecimento e convicção do julgador, se este assim reputar oportuno e conveniente, diante da “relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”.

Embora não restrito às ações coletivas, é nestas que o *amicus curiae* é visto com maior frequência, por ser natural, na senda dos direitos transindividuais, o julgamento atingir terceiros que não participam da relação processual.

No âmbito das ações coletivas estruturais visando a implementação de políticas públicas ambientais, em decorrência da total difusão irradiada do direito fundamental, o tema é sobremaneira importante, pois a sentença impactará, de formas e em intensidades diferentes, os diversos centros de interesses espalhados no corpo social.

É preciso compreender a natureza jurídica do instituto, o tipo de interesse que o diferencia das formas clássicas de intervenção de terceiros, o significado e alcance

exatos de seus requisitos e a interoperabilidade entre os microssistemas processuais coletivo e geral para, ao final, procurar estabelecer quem, de fato, está legitimado a intervir numa ação estrutural ambiental.

Embora não tenha o legislador empregado na ocasião expressamente o termo *amicus curiae*, parece ser consenso dentre os estudiosos do processo civil que, em nosso país, tal instituto fora introduzido no sistema positivado com a edição da Lei 9.869, de 10 de novembro de 1999, que regulamentou o procedimento especial das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade – ADI e de Constitucionalidade – ADC, de competência privativa do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *caput*, I, “a”).

Mesmo dantes à entrada em vigor do atual Código de Processo Civil em 2016, a doutrina já via no art. 7º, §2º, da Lei 9.869/99 a figura do *amicus curiae*, ao permitir que o ministro relator, ante à constatação de certas condições objetivas e subjetivas, permitisse “a manifestação de outros órgãos ou entidades”, após elencar no rol exaustivo do art. 2º os legitimados ativos daquelas ações próprias ao controle concentrado de constitucionalidade de leis federais e estaduais e atos administrativos federais, bem como ter vedado, sem ressalvas, intervenções de terceiros. (NEVES, 2015, p. 258).

Nesse sentido, como afirma Mendes: “embora não se admita intervenção de terceiros (art. 7º), poderá o relator, por despacho irrecorrível, acolher o pedido de interessados para que atuem como *amici curiae*”. (MENDES, 2021, p. 240).

A ausência de maior densidade normativa, que pudesse precisar os aspectos do instituto em comento deu margem a muitas dúvidas na sua interpretação, cabendo com mais ênfase à Jurisprudência do STF a tarefa de estabelecer pontos curiais, como o exato significado de “representatividade dos postulantes”, ou se entidades privadas, ou mesmo pessoas físicas, poderiam intervir nas ações especiais, na condição de *amicus curiae*.

Porém, as ações tratadas nas Leis 9.868/1999 (ADI e ADC) e 12.063/2009 (ADO) constituem instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade de normas, tendo-se o denominado processo objetivo, que não possui partes. Porquanto destinado à defesa da Constituição, basta uma dúvida acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, para incorrer o interesse público na sua instauração. “Não se há de exigir do autor a demonstração de interesse jurídico específico como pressuposto da instauração de controle abstrato de normas”. (MENDES, 2021, p. 84/87).

Dantes à vigência do CPC de 2015, as jurisprudências, tanto do STF como do STJ, restringiam a intervenção do *amicus curiae* às hipóteses expressas, vedando aplicações analógicas dos preceitos sobre o instituto, noutras formas processuais não contempladas.

Resolvendo questão de ordem no âmbito do julgamento do REsp n.º 1.023.053-RS, originado numa ação ordinária, em que as partes discutiam a natureza do “auxílio-alimentação” pago por empregador, para fins de integração de aposentadoria complementar privada, decidiu o STJ em Aresto datado de 23/11/2011²⁸²:

[...]

Ocorre, porém, que a participação do *amicus curiae* é prevista no ordenamento jurídico no processo e julgamento de ações de natureza objetiva, admitindo-se essa hipótese de intervenção, excepcionalmente, no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares demonstrar a generalização da decisão a ser proferida. Nesse sentido as Leis 9.868/99 (ADI e ADC), 9.882/99 (ADPF), 10.259/2001 (RE contra decisão dos Juizados Especiais Federais); arts. 482 (incidente de inconstitucionalidade) e 453-C (recursos repetitivos), amos do CPC.

No caso em exame, todavia, não restando o presente recurso submetido ao rito de recursos repetitivos e nem incluindo em alguma das outras hipóteses mencionadas, não há previsão legal para a inclusão da ABRAPP na condição de *amicus curiae*.

O deferimento do pedido, no caso presente, levaria à possibilidade de participação da ABRAPP como *amicus curiae*, ao menos em tese, em todos os demais recursos em que esteja em discussão direito individual a benefício previdenciário pago por entidade fechada de previdência, o que não encontra amparo na legislação processual.

[...].

Interessante viés perceptível na leitura do voto condutor da Ministra Maria Isabel Gallotti no mencionado acórdão, tocante à cautela na aplicação, por analogia, de normas processuais, quando capazes comprometer a razoável duração do processo, senão a racionalidade do sistema. Ampliar a possibilidade de intervenção de inúmeras entidades como *amicus curiae*, em ações subjetivas, precipuamente na fase recursal, poderia decorrer em efeitos indesejados.

O entendimento então firmado no STJ guardava sintonia com o tradicional primado de que, “em regra geral, as normas processuais devem ser havidas como absolutas e imperativas”, pois diretamente atreladas à função jurisdicional do Estado, que utiliza o processo judicial como instrumento para correta aplicação das

²⁸²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp n.º 1.023.053-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Dje de 16/12/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.colas.+e+%40num%3D%221023053%22%>>. Acesso em: 04 out. 2021.

leis que regem as relações subjetivas, entre particulares e entre estes e o poder público.²⁸³

De toda forma, iniciada a vigência do atual CPC, em 16 de março de 2016, que na Parte Geral, Livro III (que trata da intervenção de terceiros), dedicou o Capítulo V à figura do *amicus curiae*, tal figura adquiriu, desde então, uma dimensão muito maior, certamente não mais restrita a poucas e específicas hipóteses.

Para Donizetti, a ampliação das possibilidades de atuação do *amicus curiae*, na forma do art. 138, do CPC/2015, liga-se à “função paradigmática” dos tribunais superiores, unificar a interpretação do ordenamento positivo, através de precedentes vinculantes para os órgãos judiciais das instâncias ordinárias. Trata-se de “uma forma de legitimação dos procedimentos judiciais, porquanto viabiliza uma interpretação pluralista e democrática, permitindo que a decisão proferida em determinado caso, seja adotada como regra geral para casos idênticos”.²⁸⁴

A mesma funcionalidade do novo sistema de precedentes vinculantes, introduzido pelo novo CPC/2015, fora também detectada pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, cujo enunciado 250, a despeito de se referir expressamente ao processo trabalhista, se amolda perfeitamente ao processo civil: “obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate, portanto, mais democrática”.²⁸⁵

5.8.1 Natureza jurídica do *amicus curiae*

A despeito do inegável progresso do tratamento do *amicus curiae* no novo CPC, sobretudo frente às disposições anteriores, os comandos normativos extraídos do art. 138, cujo *caput* vem circundado por três parágrafos, ainda são insuficientes para arredar diversas dúvidas acerca dessa figura jurídica, deveras recente e ainda pouco compreendida no Brasil.

Qualquer que seja o instituto jurídico, para se estabelecerem os diversos aspectos para sua correta aplicação, primeiramente é preciso buscar em qual

²⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 05-25.

²⁸⁴ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117-118.

²⁸⁵ BRASIL. **Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianópolis.pdf>. Acesso em: 4 out. 2021.

classe encontra-se inserido, pois cada classe traz algumas características gerais, que lhe imprimem os principais contornos, traçando um norte seguro para o intérprete lidar com as particularidades das respectivas espécies.

No que é pertinente ao *amicus curiae*, nota-se acirrada divergência entre duas correntes, ambas dotadas de consistentes argumentos justificadores. Uma vislumbra no *amicus curiae* uma forma de intervenção de terceiros, tal como elencada pelo legislador, que alocou o art. 138 num Capítulo do livro que trata das espécies de intervenção de terceiros.

Não se olvidam, contudo, a maioria destes, de observar que se trataria de uma espécie deveras peculiar de intervenção de terceiros, merecendo, por isso, adjetivações que o designam como uma subespécie de intervenção de terceiros, “anômala” ou “*sui generis*”.²⁸⁶

Para Bueno²⁸⁷, uma “modalidade diferenciada de intervenção de terceiros”. Esta é a posição de Neves²⁸⁸, para quem, não obstante ter o legislador tratado o *amicus curiae* como uma modalidade de intervenção de terceiros típica (expressamente regulamentada), é contundente ao dizer que o correto seria “terceiro interveniente atípico”, pois o interesse que o leva a interferir no processo o difere do gênero dos auxiliares do juízo.

Noutro giro, é na própria conceituação inserta no art. 138 do CPC (independentemente da mera capitulação) que Theodoro Júnior²⁸⁹ extrai o sentido de constituir-se o *amicus curiae* num “auxiliar especial do juiz, a quem cabe informações técnicas reputadas relevantes para o julgamento da causa”, não podendo ser tido, no entanto, como uma das figuras clássicas de auxiliares do juízo, eis que repleto de peculiaridades.

Merecem ser colacionados Nery Junior e Andrade Nery²⁹⁰, os quais compartilham da corrente que vê no *amicus curiae* um auxiliar do juízo, na medida em que ao julgador compete fixar os limites do amigo da corte, inclusive fixando-lhe os prazos, “em prol da boa administração da justiça”.

²⁸⁶ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 118.

²⁸⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁸⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021.

²⁸⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 423

²⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 683-685.

Marioni, Arenhart e Mitidiero²⁹¹, em que pese não exporem claramente a posição ante o dilema da natureza da intervenção do *amicus curiae*, ora asseveram que “é um terceiro, representativo de certo grupo, categoria ou interesse [...]”, ora que “intervém para auxiliar o juiz; não pode ser equiparado às intervenções de terceiros clássicas, já que o terceiro, aqui, não auxilia nenhuma das partes”.

No STF, a questão da qualidade jurídica do *amicus curiae* fora enfrentada algumas vezes, prevalecendo, na Corte, o entendimento de que é um “colaborador da justiça” (que parece sinônimo de auxiliar do juízo), que não será afetado diretamente pelo resultado do julgamento, não tendo qualquer direito subjetivo de ingressar na relação processual. É o que denota o voto condutor do saudoso Min. Teori Zavascki, prolatado em embargos de declaração na ADI 3.460/DF.²⁹²

4. Realmente, o figurino do *amicus curiae*, além de pouco amadurecido dogmaticamente, ainda não conta com o abono de uma positivação mais abrangente, o que tem propiciado o surgimento de perplexidades como essa. Algumas características, porém, parecem marcar-lhe a essência no ordenamento brasileiro: o *amicus curiae* é um colaborador da justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento, que não atinge a sua esfera jurídica em condições diferentes do que as demais pessoas desvinculadas da relação processual. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença do *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado.

Esta última corrente, que vê no *amicus curiae* nova espécie de auxiliar de juízo, parece a que melhor se amolda ao critério que justifica a participação de alguém que não aduz interesse jurídico na lide, porquanto não suportará diretamente os efeitos que exsurgirão do julgamento.

Com sua expertise numa área específica do conhecimento, que seja tema da demanda, contribui para melhor composição de lides de acentuada

²⁹¹ MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 269-297.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Dec. Na ADI 3.460/DF, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7993717>>. Acesso em: 10 out. 2021.

repercussão social, além de aumentar a legitimidade da decisão tomada pelo Judiciário, eis que nessas ações nem todos aqueles que serão potencialmente atingidos de algum modo têm legitimidade legal para integrar a relação jurídica adjetiva.²⁹³

Será o próprio magistrado condutor da demanda que estabelecerá os poderes, os atos nos quais participará e a forma pela qual se dará a participação (art. 138, §2º).

A intensidade e amplitude dos poderes outorgados pelo juízo irão variar caso a caso, conforme sinta necessidade de receber esclarecimentos sobre matérias de fato ou de direito, além das possibilidades reais daquele que presta o auxílio.

Pode limitar-se à apresentação de memoriais, ou informações, mas também podem envolver prerrogativas bem mais amplas, como a participação em prova pericial, o oferecimento de sustentação oral ou ainda o aporte em outras provas.²⁹⁴

Embora centralizado no Juiz, que é quem está investido no poder jurisdicional, o juízo é composto também pelos seus auxiliares, que com ele colaboram, dando-lhe o suporte complementar que necessita para prestar a jurisdição.²⁹⁵ Assim, “podem ser denominados auxiliares da justiça todas as pessoas que colaboram com a função judiciária”.²⁹⁶

O CPC/2015 ampliou o rol do art. 139 do revogado Estatuto adjetivo, acrescentando novas figuras, a maioria das quais já existiam em disposições esparsas, ou nas leis de organização judiciária dos Estados: chefe de secretaria, tradutor, mediador, conciliador, partidor, distribuidor, contabilista e regulador de avarias (art. 149).

Certo é que as oito figuras contidas não compõem um rol taxativo, eis que o próprio preceito em comento ressalva a possibilidade “de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária”.

Não raro, leis especiais contém outras previsões de auxiliares do Juízo, a exemplo da Lei 11.101/2005, que trata dos processos de falência e recuperação judicial de empresas, cujo art. 21 prevê “o administrador judicial (que pode ser pessoa física ou jurídica) é o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio (portanto, com

²⁹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 423.

²⁹⁴ MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 297.

²⁹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 456.

²⁹⁶ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.

responsabilidade), deve cumprir com as funções acometidas pela lei”. Nessa condição, deverá “se manifestar nos autos sempre que determinado”.²⁹⁷

Tanto quanto o administrador judicial nas ações falimentares, o *amicus curiae* nas ações coletivas manifesta-se sobre questões de fato e também de direito, quando assim lhe for determinado pelo Juiz presidente do processo.

Importante frisar, para ser considerado auxiliar do juízo, não é necessário vínculo jurídico estável com a administração da justiça. Existem os auxiliares “estáveis”, que atuam continuamente nos juízos aos quais estão vinculados, oficiando em todos os processos que lá tramitem, como os escrivães e oficiais de justiça (servidores públicos estatutários) e os auxiliares “eventuais”, convocados ocasionalmente, para desempenhar funções determinadas, em processos específicos, caso dos peritos e dos intérpretes.²⁹⁸

A necessidade de valerem-se os Magistrados do auxílio de terceiros, inclusive estranhos ao quadro funcional do Judiciário, em assuntos que demandem conhecimentos técnicos ou científicos relevantes ao julgamento da ação, não é nenhuma novidade no processo civil brasileiro, como lembra Vigliar:²⁹⁹

Há determinados atos no processo que não são praticados diretamente pelo juiz que, assim, necessita de auxiliares. O exemplo clássico é o da realização de atos que necessitam de conhecimentos técnicos não dominados pelo juiz (como o perito em engenharia; o intérprete em língua estrangeira), mas que devem ser conhecidos e debatidos para o esclarecimento da verdade em determinado processo.

A condição precípua a ser aferida de qualquer um que se pretenda solicitar ou admitir a intervenção na qualidade de *amicus curiae* é o “seu interesse institucional – que é o traço distintivo desta modalidade interventiva, que não se confunde com o 'interesse jurídico' das demais modalidades interventivas”.³⁰⁰

Ao menos no tocante ao fundamento de legitima a atuação do *amicus curiae*, não parece haver divergência quanto ao “interesse institucional”, como sua razão de ser. Por isso, parece fundamental se ter em mente que esse interesse institucional não pode jamais ser confundido com o bem conhecido interesse jurídico, este

²⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57-61.

²⁹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 456.

²⁹⁹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

³⁰⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 195.

diretamente ligado ao conceito de lide e que justifica as verdadeiras formas, típicas e atípicas, pelas quais terceiros podem integrar a relação jurídica processual, ao lado das partes legítimas.

É no interesse jurídico, agora expressamente espreado pelo vigente art. 17 para todas as formas possíveis de postulação perante o juízo, portanto, também para as formas típicas e atípicas de intervenção de terceiros, que repousa o ponto fulcral para se desvendar a escurreita definição da classe à qual pertence o *amicus curiae*.

Não por outra razão, se passará, doravante, às análises dos conteúdos dogmáticos dos conceitos de interesse jurídico e interesse institucional, este último ainda consideravelmente menos explorado do que aquele.

5.8.2 Interesse institucional *versus* interesse jurídico

O interesse de agir, constante do art. 3º do revogado de CPC/1973, fora mantido na atual redação do CPC/2015, cujo art. 17 proclamou: “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

Como observa Donizetti, houve um aprimoramento da nova redação, frente àquela do dispositivo anterior, restando, agora, evidente que o interesse jurídico impescinde não só para as partes principais, a quem compete propor e contestar a ação, mas, também para as intervenções de terceiros. “Por exemplo, para intervir como assistente é indispensável que o terceiro seja juridicamente interessado (art. 19, *caput*)”.³⁰¹

Mesmo dantes à edição do atual CPC, os processualistas já atribuíam uma interpretação ampliativa ao art. 3º do estatuto anterior, como se pode constar de antiga edição da obra de Nery Junior e Andrade Nery³⁰², publicada nos idos de março de 2006: “o vocábulo ação deve ser aqui entendido em seu sentido mais lato [...], em todas as suas modalidades (ação, reconvenção, ação declaratória incidental, denúncia da lide, chamamento ao processo, oposição [...])”.

³⁰¹ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

³⁰² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 683-685.

Embora muitos afirmem que “para que se tenha interesse é preciso que o provimento jurisdicional seja útil a quem postula”³⁰³, parece mais acertada a doutrina que observa que o interesse processual vai além da utilidade da intervenção.

A tutela propugnada não precisa ser só útil, mas imprescindível à satisfação de um direito substantivo de quem a pleiteia. Noutras palavras, sem que o Judiciário intervenha com a força imperativa estatal, não poderá o titular do direito, por outra forma, obter o “bem da vida”.

Os órgãos integrantes do Poder Judiciário são órgãos de jurisdição e não de mera consultoria jurídica, de quem quer que seja. Não é sua missão constitucional, pelo contrário, sendo-lhe vedado intervir nas relações sociais como uma espécie de conselheiro. Nisso, toda razão assiste a Theodoro Júnior:³⁰⁴

Localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma *necessidade*, como advertiu Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação “que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não o fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares). Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. Falta interesse, portanto, se a lide não chegou a configurar-se entre as partes, ou se, depois de configurada, desapareceu em razão de qualquer forma de composição válida.

Não se pode deixar de notar o evidente elo apontado pelo autor, entre o interesse processual aqui tratado e o conceito tradicional de lide, marcado por uma pretensão jurídica subordinante de um lado, e, do outro, uma resistência injustificada daquele que deveria subordinar-se àquela pretensão.

Via de regra, o interesse jurídico para integrar um dos polos da relação processual é diretamente ligado ao inadimplemento de uma obrigação jurídica. Alguém se julga titular de um direito albergado pelo ordenamento positivo (credor), mas depara-se com a recusa por parte daquele a quem compete cumprir a prestação (devedor).

³⁰³ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82.

³⁰⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Apenas excepcionalmente existem hipóteses em que inexiste uma lide material de fundo (não há resistência de um devedor em subordinar-se à pretensão jurídica do titular do direito), mas, por imperativo legal, não há outra forma de se obter a concretização do direito, senão por conduto de sentença judicial. São os casos de direitos indisponíveis, como anulação de casamento, extinção do poder familiar, adoção etc.³⁰⁵

Coisa muitíssimo diversa é o interesse institucional, que justifica a participação do *amicus curiae* numa determinada ação judicial, nos moldes do art. 138, do CPC/2015.

O intuito do *amicus curiae* não poderá ser outro, senão contribuir com sua atuação para a melhor solução possível para a demanda, do ponto de vista do interesse altruístico a que ele esteja institucionalmente vinculado.

Pode ser um interesse técnico, científico ou social, mas jamais poderá refletir qualquer forma de proveito material ou benefícios, para si ou para outrem. “O interesse institucional que motiva a intervenção do *amicus curiae* não se confunde com interesse próprio, de natureza jurídica ou econômica”.³⁰⁶

Muito importante se faz essa distinção entre interesse institucional *versus* interesse jurídico, pois parecem ser coisas inconciliáveis, diametralmente opostas. Quem ostenta interesse jurídico jamais poderá vir a ser admitido a atuar na condição de *amicus curiae*, pois lhe faltará a isenção, no sentido de não auferir qualquer proveito ou benefício próprio, ou para um grupo delimitado ou delimitável de pessoas.

A estes, verdadeiramente interessados no resultado do julgamento, porquanto serão afetados juridicamente, restará ingressarem na relação processual originariamente estabelecida entre autor(es) e réu(s) como terceiros intervenientes, senão a compoendo, ao menos coadjuvando, fortalecendo a atuação processual da parte em favor da qual intervém.

A vivência prática e o conhecimento empírico sobre certos assuntos relevantes ligados à demanda é o que deve ser considerado para aferir a conveniência dessa manifestação, pois “o interesse institucional é voltado à melhor solução possível do processo, por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão”.³⁰⁷

³⁰⁵ BEDAQUE, José dos Santos. **Código de Processo Civil interpretado**. Antonio Carlos Marcato (coord.), p. 42/43. Atlas, São Paulo: 2004.

³⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 372.

³⁰⁷ Op. cit.

De grande valia para se compreender a dimensão desse interesse institucional é a lição de Bueno³⁰⁸, que indica as duas vertentes paralelas que o compõe, frente ao processo cuja intervenção se pretenda. Do ponto de vista extrínseco, deverá estar claro que não auferirá benefícios, caso prevaleça no julgamento o interesse defendido. Intrinsecamente, deverá demonstrar que esse mesmo interesse é relevante para a composição do litígio e deve ser considerado pelo julgador.

Mesmo se tratando de instituto relativamente novo, parece já suficientemente consolidado que a participação a título de *amicus curiae* não pode estar contaminada por interesse na relação fática concreta, que perfaz o fundamento jurídico do pedido do autor.

Se houver a hipótese é (ou, quando menos, pode ser) de intervenção de terceiro nas modalidades tradicionais e, a depender da intensidade do direito, de o interveniente pretender o seu ingresso em juízo como parte, ainda que em litisconsórcio. (BUENO, 2017, p. 600).

Destaca-se a peremptória afirmação de Theodoro Júnior: “É certo que o interveniente não pode se apresentar como defensor de interesses individuais próprios, sempre haverá de participar como alguém que atue em vista de interesses institucionais”³⁰⁹.

O Superior Tribunal de Justiça também tem se valido da distinção entre o interesse processual, justificador da intervenção verdadeira de terceiro, frente ao interesse institucional, próprio e exclusivo do *amicus curiae*:

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal ressaltou ser imprescindível a demonstração, pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público (STF, AgRg na SS 3.273-9/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20/6/2008).

3. No mesmo sentido: “O STF já apreciou a questão da natureza jurídica do *amicus curiae*, afirmando, em voto do Relator, Min. Celso de Mello, na ADI n. 748 AgR/RS, em 18 de novembro de 1994, que não trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um fato de 'admissão informal de um colaborados da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado em favor de um ou de outro, o *amicus curiae*, por seu turno, somente procura uma

³⁰⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁰⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 425.

decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador” (STF, ADPF 134 MC, Rel Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/4/2008, publicado em Dje 29/4/2008).

4. Na espécie, o interesse do sindicato vincula-se diretamente ao resultado do julgamento favorável a uma das partes – no caso, seus próprios filiados-, circunstância que afasta a aplicação do instituto.

5. Ademais, a participação de “amigo da Corte” visa o aporte de informações relevantes ou dados técnicos (STF, ADI ED 2.591/DF, Rel Min Eros Grau, DJ 13.42007), situação que não se configura no caso dos autos, porquanto o tema repetitivo é de natureza eminentemente processual.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na PET no REsp 0017458-39.2007.2.05.8300/PE 2012/0156497-7, 1ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 22/3/2017, publicado em Dje 28/3/2017)³¹⁰

[...]

2. A ora recorrente apresentou requerimento de ingresso no feito como *amicus curiae*. O pedido foi indeferido às fls. 579, e STJ. Contra tal decisum, foi apresentado agravo que manteve a posição de indeferimento por entender que “Lado outro, é certo constara que o requerente não pode ter seu ingresso autorizado.

Deveras, não basta alegar que “[...] a matéria discutida na presente ação envolve direitos dos servidores públicos municipais de São José do Rio Pardo, tendo o sindicato interesse em participar como terceiro interessado na demanda. [...]”. Consoante se explicou anteriormente, é mister que o *Amicus Curiae* esteja completamente desnudo de interesse na ação, assim como possa agregar, mercê de seu conhecimento técnico, elementos novos a subsidiar a atividade judicante. Tais vetores, renovadas as vênias atrás impressas, não se mostram coevos. O interesse no resultado da contenda é manifesto. O requerente assim se manifestou expressamente a esse respeito, declarando, com firmeza em seu arrazoado, que é [...] a única entidade de primeiro grau legitimada para tomar as medidas administrativas e judiciais, necessárias e legais, numa óbvia revelação de estar voltado a defender, a qualquer custo, os interesses materiais e processuais dos seus associados, a desaprumar dos pressupostos do instituto” (fls. 613-614, e STJ).

[...]

4. O Tribunal de origem, com base no contexto fático probatório dos autos, concluiu que “o único intuito do Requerente consiste em integrar a relação processual para escudar os interesses de seus filiados, o que se põe em completa desarmonia com o fito do instituto e sua incontestada essência” (fls. 615, e-STJ). Alterar o entendimento do Acórdão recorrido demanda o revolvimento fático dos autos, o que é vedado em Recurso Especial, ante o óbice da súmula 7/STJ.

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1.766.158/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 11/12/2018, publicado Dje 8/2/2019).³¹¹

Contudo, estar despido do intuito de auferir vantagens não implica em imparcialidade total, neutralidade, eis que sempre tenderá a influir em favor daquele interesse institucional ao qual está ligado, desde que repute, sinceramente, que a

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/44884192/agravo-remimental-na-peticao-no-recurso-especial-agrg-na-pet-no-resp-1336026-pe-2012-0156497-7>. Acesso em: 14 out. 2021.

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/673855756/recurso-especial-resp-1766158-sp-2018-0234943-6/inteiro>. Acesso em: 14 out. 2021.

solução defendida será a melhor sob a óptica da coletividade. A esse respeito Marioni, Arenhart e Mitidero (2019):³¹²

Embora não se exija *imparcialidade* do *amicus curiae*, a função de auxiliar o Judiciário que lhe é inerente impõe, ao menos, que o amigo da Corte não tenha nenhum interesse jurídico (relação jurídica conexa ou dependente da relação deduzida no processo) no feito, sob pena de essa intervenção transformar-se em uma assistência escamoteada art. 119, CPC).

Diante de todo o quanto já se pode cotejar, partindo-se das premissas de que o *amicus curiae* é alguém sem interesse jurídico, mas detentor de expertise científica, técnica ou empírica sobre o tema complexo ou socialmente relevante da demanda, que é chamado pelo Judiciário a vir contribuir para a prestação jurisdicional, fornecendo informações capazes de influir na formação da convicção do julgador, parece corretíssimo enquadrá-lo no conceito geral de auxiliar do juízo. Vejamos Nery Junior e Andrade Nery (2018):³¹³

São funcionários, servidores públicos, ou cidadãos comuns (investidos de múnus público), que, no exercício de seus misteres, atendem às determinações do juiz, dando sequência a atos de vital importância para o desenvolvimento do processo e para a garantia da infraestrutura necessária ao exercício da jurisdição.

Note-se que a intervenção do *amicus curiae* sequer terá o condão de deslocar a competência do órgão julgador, ainda que absoluta, por expressa disposição do art. 138, §1º, do CPC.

Eventuais regras de competência em razão da pessoa ou funcional (estabelecida em lei de organização judiciária, com vistas à especialização de juízo em certa matéria), válidas quando um determinado ente atue como parte ou terceiro interveniente, não incidirão se atuar a título de *amicus curiae*. Por exemplo, a admissão da União, Autarquia, Fundação, ou Empresa Pública Federal, não deslocará a competência para a Justiça Federal, não obstante a regra do art. 109, *caput*, inciso I, da Constituição.³¹⁴

Feitas as considerações pertinentes à melhor compreensão do que, de fato, constitui o interesse institucional, que autoriza e legitima a participação do *amicus*

³¹² MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

³¹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 683-685.

³¹⁴ MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 297.

curiae, bem como a distinção frente ao interesse jurídico (este presente nas verdadeiras formas de intervenção de terceiros), justifica-se a preferência pela corrente que entende tratar-se de mais uma figura auxiliar do juízo, não de um terceiro que ingressa, efetivamente, na relação jurídica alheia.

5.8.3 Transindividualidade – relevância da matéria e repercussão social da controvérsia

Muito embora o interesse institucional seja o ponto fulcral para distinguir a natureza do *amicus curiae*, o art. 138, do CPC não estampa esse termo.

Talvez por isso a doutrina tem usado como ponto de partida para defini-lo, a expressão “representatividade adequada”, esta sim inserida no *caput*, como um requisito para admissão desse ator processual.

Segundo Donizetti, como “o *amicus curiae* não intervêm no processo para defender seus próprios interesses”, deverá existir uma “relação de congruência” entre sua finalidade institucional e o conteúdo material lide subjacente à ação (o jurista afirma que em todas as hipóteses de intervenção deve haver uma relação de congruência similar àquela das ações objetivas de controle de constitucionalidade).³¹⁵

Bueno vai mais além, propõe que o interesse institucional é algo transindividual, com elevada dose de dispersão, exigindo-se que fique demonstrada a efetiva canalização desse interesse, através da intervenção do *amicus curiae*³¹⁶:

O interesse institucional, por isso mesmo, deve ser compreendido de forma ampla, a qualificar quem pretende ostentar o *status* de *amicus curiae* em perspectiva metaindividual, apta a realizar interesses que não lhe são próprios nem exclusivos como pessoa (natural ou jurídica) ou como órgão ou entidade. São, por definição, interesses que pertencem ao grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas e que são canalizados (devidamente representados) pelo *amicus curiae*. O *amicus curiae* representa aqueles interesses em juízo como adequado portador que ele é.

Traço indissociável atribuído ao *amicus curiae* pelo art. 138, do CPC/2015 é a transindividualidade potencial do julgamento da ação. Os requisitos da “relevância da matéria”, ou “repercussão social da controvérsia”, explicitam sua destinação primordial aos processos coletivos, àquelas ações próprias à tutela dos interesses

³¹⁵ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 119.

³¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 600.

coletivos estrito senso e difusos, capazes de impactar sensivelmente o tecido social.

Tanto assim, passará a ser admissível também em ações individuais, nas seguintes hipóteses eventuais, todas elencadas no CPC: a) instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade, em sede de Tribunais inferiores (art. 950, § 3º); b) o STF admitir análise de repercussão geral, em recurso extraordinário (art.1.035, §4º); c) julgamento de recursos repetitivos, no STF ou STJ (art. 1.038, *caput*, I). Soma-se a essas hipóteses o procedimento para edição, revisão ou cancelamento pelo STF, de suas súmulas vinculantes (Lei 11.417/2006, art. 3º, §2º).

Em todas elas, não obstante os processos tenham se formado e desenvolvido dentro da sistemática comum da tutela individual, é irrefutável que, a partir da instauração dos indigitados incidentes processuais, adquirem verdadeira dimensão coletiva, operando, desde então, a depender da resolução do incidente, efeitos sensíveis a grupos de pessoas mais ou menos determináveis, ou mesmo indetermináveis.

Interessante nota lançada por Didier (2018)³¹⁷ se mostra bem elucidativa. No julgamento de *habeas corpus* em favor de único paciente, em que se discutia o significado e alcance de elementos normativos que compõem o tipo penal incriminador do delito de racismo, o STF admitiu a participação de um jurista, na condição de *amicus curiae*, colhendo seu parecer. Argumentou-se a relevância social que resultaria da decisão.

Estas alusões se prestam, exclusivamente, a demonstrar o liame insuperável entre o instituto do *amicus* e o aspecto transindividual da demanda, para que possa ser aplicado.

Não cabe aqui aprofundar nas demais hipóteses legais de cabimento do *amicus*, que não aquela do art. 138, genérica e passível de aplicação nas ações coletivas de tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja proteção não é dever exclusivo do Estado, mas de todos os indivíduos.

5.8.4 O risco de interpretação equivocada do instituto do *amicus curiae* para a tutela coletiva do meio ambiente

Talvez pelo curto período de vigência do CPC/2015, não tenha ainda o Judiciário tomado consciência da grande importância que repousa na correta distinção entre o que

³¹⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1. Salvador: JusPodivm, 2018.

seja interesse institucional e interesse jurídico, para se aferir quem está apto a contribuir, desinteressadamente, para a solução mais adequada dos litígios ambientais, sob a óptica da coletividade, despido de interesses pessoais seus ou de grupos mais ou menos determináveis.

A pretexto da boa intencionada abertura democrática do processo judicial coletivo, muitas vezes se tem admitido mal disfarçadas manifestações de interesses nada sociais, por entidades representativas de interesses verdadeiramente jurídicos, quiçá econômicos, de grupos, classes ou categorias.

O sistema processual brasileiro coloca instrumentos de intervenção à disposição de terceiro que possa, de algum modo, em alguma dimensão ou intensidade, ser impactado pelos efeitos jurídicos resultantes do julgamento de ações coletivas ambientais.

Se há ações em que o legislador vedou as intervenções de terceiros, não se pode olvidar que deliberações deste jaez decorrem de exercícios de ponderações entre valores jurídicos axiológicos conflitantes, estabelecendo, racionalmente, o ponto exato de equilíbrio mais adequado às espécies de litígios materiais subjacentes àquela modalidade de ação.

Admitir-se a intervenção de quem ostenta potencial para ser atingido, em alguma medida, em direitos próprios ou de grupo a quem se mostre vinculado, na condição de *amicus curiae*, implica indesejável burla às normas processuais, que se sabe serem de ordem pública, editadas no interesse da boa administração da justiça, fora do livre alvedrio das partes, e do próprio juízo.

Pior que isso abre espaço para ações contrárias ao primado da boa-fé processual. Por exemplo, permite a quem se enquadre à moldura delineada para o assistente (CPC, art. 119), defenda seus próprios interesses jurídicos, sem as contrapartidas processuais apropriadas: sujeição às preclusões consumadas (recebe o processo no estágio que se encontre); assunção a titularidade em caso de contumácia do assistido (art. 122, parágrafo único); submissão aos efeitos da coisa julgada (art. 123).

Incumbe ao juiz ou relator o mister de dirigir o processo em sintonia com as normas cogentes que o regulam, coibindo comportamentos atentatórios (CPC, art. 139). Por isso, a filtragem da espécie de interesse do pretense *amicus curiae* pode e deve ser feita a qualquer momento, não só no ato da sua admissão.

Caso admitido, se vier a se manifestar de forma parcial, com foco a corroborar interesses não difusos, mas individuais ou de grupos determinados ou determináveis, há de ser revogada a decisão que o admitiu, inclusive com determinação do desentranhamento de seus escritos e exclusão dos registros de suas falas. É a antiga e bem conhecida máxima jurídica: “não há bônus sem ônus”.

5.9 Causa de pedir nas ações estruturais ambientais

A causa de pedir é um dos requisitos essenciais da petição inicial, segundo art. 319, *caput*, III, de CPC vigente, que reproduziu a redação do Art, 282, III, do CPC/1973, ensejando o indeferimento da peça, se não sanado o defeito no prazo legal, consoante atual art. 321 (antigo 284).

A causa de pedir corresponde à locução “fatos e fundamentos jurídicos do pedido” que foi empregada pelo legislador. Dada à distinção legislativa, prevalece o entendimento que separa a causa de pedir em “remota” e “próxima. Como ensina Bueno: “O entendimento que prevalece é que os “fundamentos de fato” devem ser entendidos como a causa remota, enquanto os ‘fundamentos de direito’ correspondem à causa próxima”.³¹⁸

Em que pese não haver unanimidade na definição das duas espécies de causa de pedir, parecem mais convincentes os argumentos daqueles que afirmam que a causa de pedir remota são os fatos concretos que vinculam as partes em torno de uma pretensão/objeto, enquanto a causa de pedir próxima (fundamento jurídico) perfaz a lesão ou ameaça de lesão a um direito materialmente tutelado pela ordem positivada.

Assim entende Neves, quando assevera³¹⁹: “[...] em minha concepção pessoal a causa de pedir próxima são os fatos e a causa de pedir remota é o fundamento jurídico, porque é dos fatos que decorrem os fundamentos jurídicos”.

No mesmo sentido é a lição de Theodoro Junior:³²⁰

Todo direito nasce do fato, ou seja, do fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A causa de pedir, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si mesmo dá-se a

³¹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 856.

³¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 144-145.

³²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 74.

denominação de “causa remota” do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de “causa próxima” do pedido.

Por isso, entende-se que o sistema processual civil brasileiro adotou a “teoria da substanciação” da causa de pedir, segundo a qual o julgador não fica vinculado à qualificação jurídica atribuída aos fatos pela parte autora, que pode ser tida como mera sugestão. “O juiz pode alterar a qualificação jurídica dos fatos, desde que estes não se modifiquem”.³²¹

Este o entendimento balizado por Scarpinella, “os fatos que integram a causa de pedir são aqueles que, individualmente, dão origem a consequências jurídicas, vele repetir, são os fatos constitutivos do direito do autor”, lembrando dos tradicionais brocardos latinos *da mihi factum, dabo tibi jus e jura novit curia*, segundo os quais a qualificação jurídica dos fatos é dever do magistrado e não das partes.³²²

O que vincula o juiz são os fatos capazes de gerar as efeitos ou consequências jurídicas que o autor pretende obter com prestação jurisdicional, isto é, o fundamento jurídico do pedido.

Ainda sobre a causa de pedir, releva a lembrança da seguinte observação de Theodoro Júnior: “de um mesmo fato podem-se extrair duas ou mais consequências jurídicas”.³²³

Quando se pretende ter em mente ações coletivas estruturais ambientais, os fatos constitutivos do direito do autor serão sempre extensos, pois como já se viu, os litígios estruturais envolvendo o meio ambiente são sempre multifatoriais, complexos (admitindo várias soluções legalmente possíveis e legítimas *prima facie*), policêntricos (atingindo vários centros distintos de interesses, de formas e intensidades diversas) e de difusão irradiada para toda a coletividade.

Trata-se de um plexo de interesses públicos e privados imbricados na formulação e execução das políticas públicas ambientais cogentes, com a finalidade de concretizar os instrumentos jurídicos existentes na legislação especial em vigor, no âmbito de cada ente componente da federação, de forma articulada, permanente, em regime de mútua cooperação, sem olvidarem do dever imposto às esferas superiores de agirem, subsidiariamente, em caso de omissão ou atuação insuficiente

³²¹ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90-91.

³²² BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 857.

³²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 74.

das esferas inferiores, ainda que a estas caiba a primazia legal de fazê-lo.

Assim, a desestruturação crônica e duradoura que conduz ao problema estrutural ambiental, e, por corolário, ao litígio coletivo estrutural ambiental, estará impreterivelmente a acometer os “instrumentos jurídicos” concebidos nas leis estruturantes da Política Nacional do Meio Ambiente – PNAMA, sobretudo a Lei 6.938/1981 (que o instituiu) e da Lei Complementar 140/2011, que o aperfeiçoou, frente às novas disposições constitucionais.

Para se obter o almejado estado de conformidade constitucional das políticas públicas de preservação e proteção do ambiente, o poder público deverá implementar os instrumentos jurídicos da PNAMA, sem os quais não poderão exercer o poder de polícia administrativa especializada ambiental, limitando o uso da propriedade e a liberdade econômica, sempre que necessário à salvaguarda do interesse comum na manutenção do equilíbrio ecológico.

Em profundo trabalho sobre o processo coletivo estrutural, numa pedagógica analogia entre o processo de recuperação judicial (que considera uma ação estrutural no âmbito de uma entidade privada desestruturada), Galdino ensina que:

O resultado alcançado não demonstra ausência de racionalidade entre meios e fins, mas sim da escolha entre os fins possíveis, considerando as consequências que implica. É nesse sentido que a racionalidade entre sobre fins pode ser reconstruída com a preocupação em ser um meio. Utilizando da alegoria de von Wright, o fim é então considerado como uma espécie de “plataforma” (ou estrutura, vide item 3.3.1) a ser alcançada não como um fim em si mesmo, mas por fins adicionais que sua obtenção permitirá.

[...]

Ocorre que ela não é visada como um objetivo puro e simples. Trata-se de um alcance de um objetivo que servirá como plataforma para efetivação de outros fins, tais como: a manutenção dos empregos dos trabalhadores, o pagamento dos credores, a continuidade da geração e recolhimento de tributos, a manutenção da cadeia produtiva de que participa etc.³²⁴

No caso específico da ação coletiva estrutural ambiental, a causa de pedir é a desestruturação crônica e duradoura dos instrumentos jurídicos já previstos na legislação nacional expedida pela União, no exercício de sua competência privativa, sobretudo os municípios.

A reestruturação desse aparato legislativo, normativo e executivo por estes entes periféricos permite o estabelecimento da “plataforma” a partir da qual poderá

³²⁴ GALDINO, Matheus de Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 924.

ser feita a tutela dos vários aspectos que compõem o bem jurídico ambiental, de forma cooperativa e estruturada, como quis o Constituinte.

5.10 Instrumentos jurídicos de tutela do meio ambiente e causa de pedir nas ações estruturais ambientais

Foi examinado que a Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente – PNAMA, constitui marco fundamental, ao passo que estruturou um verdadeiro microsistema jurídico de Direito Ambiental propriamente dito, definiu conceitos próprios, objetivos específicos e atribuiu o dever de tutela ao poder público em geral, abarcando as esferas federal, estadual, distrital e municipal, dentre outras tantas disposições de relevo para a matéria.

Merecem ser destacados dois aspectos fundamentais trazidos pela LPNAMA. Em primeiro lugar, organizou de forma descentralizada e cooperativa a gestão entre os entes, no Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, que reúne todos os órgãos ambientais, deliberativos/normativos (Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais do Meio Ambiente, Ministério e Secretarias Estaduais e Municipais) e executivos (com atribuição para exercer em concreto a polícia administrativa especializada ambiental), conforme se lê no seu art. 6º.

O segundo destaque cabe à previsão dos instrumentos da PNAMA, instrumentos jurídicos administrativos e judiciais, dispostos ao poder público para promoção da tutela adequada desse bem jurídico comum. Os principais são: avaliação dos impactos ambientais, licenciamento ambiental, zoneamento ambiental e responsabilidade administrativa por infrações ambientais.³²⁵

Estes instrumentos são as formas previstas em lei, pelas quais os órgãos e agentes públicos encarregados da polícia administrativa ambiental interferem legitimamente na propriedade e nas liberdades individuais, com finalidade de garantir que não sejam usadas abusivamente, comprometendo direitos da coletividade, ou mesmo de terceiros.

Corroborando a natureza policial administrativa dos instrumentos da PNAMA, merece colação interessante e elucidativa classificação de Silva, que os divide em três grupos, segundo o conteúdo do ato e seu momento de execução, em instrumentos de

³²⁵ ABI-EÇAB, Pedro. GAIO, Alexandre. Tutela do meio ambiente. In: VITORELLI, Edison. Manual de direitos difusos. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 702-703.

intervenção ambiental, instrumentos de controle ambiental e instrumentos de intervenção repressiva.³²⁶

Os *instrumentos de intervenção ambiental* são mecanismos normativos com base nos quais o poder público intervém no meio ambiente para condicionar a atividade particular ou pública ao fim da Política Nacional do Meio Ambiente. Esses instrumentos que examinaremos em capítulo subsequente são:

I- o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;

II- o Zoneamento Ambiental;

III- A Avaliação do Impacto Ambiental;

IV- a criação de Espaços Territoriais Especialmente Protegidos pelo Poder federal, estadual e municipal tais como Estações Ecológicas, Reservas Biológicas, Áreas de Proteção Ambiental, de Relevante Interesse Ecológico e Reservas Extrativistas;

V- os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental.

São *instrumentos de controle ambiental* todos aqueles atos e medidas destinados a verificar a observância das normas e planos que visem à defesa e recuperação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio biológico. Esse controle é exercido sempre pelo poder público, mas pode ser de iniciativa dele ou de interessados particulares. Ocorrerá em três momentos:

a) *antes* da ação suscetível de danos ao meio ambiente, dito controle prévio, que se realiza pelo *Estudo e Avaliação do Impacto Ambiental e Licenciamento Prévio* de obras ou atividades efetivamente potencialmente poluidoras;

b) *durante* a ação potencialmente danosa ao meio ambiente, dito *controle concomitante*, que se efetiva pelas *inspeções, fiscalização, produção de Relatórios de Qualidade do Meio Ambiente*, a ser divulgado anualmente pelo IBAMA, a garantia de prestação de informações relativas ao meio ambiente; o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa do Meio Ambiente e o Cadastro Técnico de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais;

c) *depois* da ação potencialmente prejudicial ao meio ambiente, dito *controle sucessivo* ou *“a posteriori”*, mediante vistoria e exames, a fim de verificar se a ação se ateve aos ditames legais de proteção ambiental.

Os *instrumentos de controle repressivo* visam a corrigir os desvios da legalidade ambiental pela aplicação de *sanções administrativas, civis ou penais*, que veremos em capítulo subsequente sobre a reparação dos danos ecológicos.

Todos constituem formas legais de limitação do exercício da propriedade e das liberdades, sobretudo à livre iniciativa econômica, na medida do quanto necessário a compatibilizar dois valores fundamentais, o desenvolvimento socioeconômico da população e a preservação do equilíbrio ambiental, possibilitando o desejado “crescimento sustentável”.

³²⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 236-238.

5.10.1 Espaços Territoriais especialmente protegidos

Segundo conceituação de Silva:³²⁷

espaços territoriais especialmente protegidos são áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e a proteção dos recursos naturais.

O mesmo doutrinador esclarece que na sistemática positiva brasileira, que um espaço territorial especialmente protegido se torna uma unidade de conservação, quando assim é declarado expressamente pelo poder público.

A Lei 6.938/81 já estatua como um dos instrumentos da PNAMA a criação pelos poderes públicos federal, estadual e municipal, de espaços territoriais especialmente protegidos (art. 9º, VI).

Mas, com a CF/88 esse instrumento de tutela ambiental ganhou proeminência, previsto expressamente no art. 225, §1º, III, que impõe à todas as unidades da federação o dever de defini-los, frisando que posterior alteração ou supressão somente podem ser feitas através de lei (em sentido estrito), vedando qualquer utilização que possa comprometer a integridade dos atributos que justificaram a instituição.

No uso de sua competência legislativa concorrente, a União editou a Lei 9.585/2000, que traçou as diretrizes gerais a serem observadas no “Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza”, com importantes definições de conceitos de conservação da natureza, diversidade biológica, recurso ambiental, preservação, proteção integral, manejo, usos direto, indireto e sustentável, dentre outros (art. 2º, I ao XIX).

Também definiu seus objetivos (art. 4º) que em seu conjunto protege o conteúdo ecológico dessas áreas no todo e tem como foco o desenvolvimento sustentável, isto é “conjugando os interesses das populações locais com a integridade do patrimônio ambiental natural.” e diretrizes (art. 5º), estas voltadas primariamente à preservação da identidade dos ecossistemas mais importantes, e,

³²⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 251.

secundariamente à recuperação do estado original, na medida do possível.³²⁸

Destacando escritos do Ministro Herman Benjamin, Sarlet e Fensterseifer dão o devido destaque à sistematização da matéria, com proeminência de um modelo ecossistêmico de conservação da natureza considerada conjuntamente, num todo, e não dos aspectos individuais de cada espécie de bioma.³²⁹

O dever constitucional imposto a todos os entes, quanto à definição de suas áreas a serem especialmente protegidas, foi tratada no art. 3º da Lei 9.985/2000, que estatuiu um sistema nacional de unidades de conservação da natureza – SNUC – a ser (necessariamente) constituído pelo conjunto das unidades federais, estaduais, distritais e municipais.

Portanto, parece que é dever de cada município buscar em seu perímetro aspectos ambientais, no sentido mais amplo, que justifiquem a definição, criação e instituição de suas próprias áreas a serem objeto de uma especial proteção ambiental, assim é entendida aquela mais contundente e restritiva frente às medidas ordinárias de tutela ambiental sempre aplicáveis, de forma ampla e territorialmente indistinta.

A lei especial do SNUC observou a parametrização estrutural da lei do PNAMA, não olvidando o legislador de se tratar de importante instrumento de concretização desta.

Há previsão de órgãos consultivos e deliberativos, bem como de órgãos executores nos âmbitos federal, estadual e municipal, figurando como órgão central o Ministério do Meio Ambiente, a quem cabe a coordenação do SNUC.

Importante ressaltar a criação do ICMBIO – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – pela Lei 11.516/2007, com atribuição específica para executar no âmbito federal a SNUC, além de subsidiar os órgãos estaduais e municipais no seu mister.

Nesse silogismo, parece acertado o entendimento de que apesar da redação enxuta, o art. 3º da lei do SNUC, que preconiza que se trata de um sistema “constituído pelo conjunto das unidades de conservação federais, estaduais e municipais” deve ser interpretado com vistas ao princípio da cooperação dos entes federativos em matéria ambiental, observadas as competências legislativa,

³²⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1.498-1.500.

³²⁹ SARLET, Ingo; FENTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 675.

concorrente e executiva comum para procederem com a proteção do equilíbrio ecológico, aplicando-se quanto à organização das mesmas competências constitucionais os critérios da LC 140/2011, a qual apesar de focar o instrumento do licenciamento ambiental, foi expedida em atendimento ao quanto determinado para os fins do parágrafo único do art. 23 da CF/88.³³⁰

Dando sistematicidade às áreas de proteção especial ecológica, a lei de SNUC as divide em dois grandes grupos, a partir do grau de restrição imposta no regime jurídico de cada um deles, conforme se depreende do disposto no art. 7º, I e II.

No preciso esclarecimento de Milaré:³³¹

Unidades de uso sustentável “São aquelas cujo objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela de seus recursos naturais. Mais explicitamente, visam a conciliar a exploração do ambiente à garantia da perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável. [...] Unidades de proteção integral são aquelas que tem por objetivo básico preservar a natureza, livrando-a quando possível, da interferência humana; nelas, como regra, só se admite o uso indireto dos seus recursos, isto é, aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais, com exceção dos casos previstos na própria lei do SNUC.”

A legislação especial de regência elenca ambos os róis nos Arts. 8º e 14, respectivamente. Não cabe nos limites deste trabalho adentrar ao regime jurídico e especificidades de cada uma das subespécies legalmente divididas, de áreas de especial proteção ambiental.

Em conformidade com o art. 225, §1º, da CF/88, o legislador infraconstitucional fez constar expressamente do art. 22 da lei do SNUC que as unidades de conservação são criadas por ato do poder público, daí sendo possível sua criação por várias formas de atos normativos, desde que expedidos por órgãos ou autoridades para tanto competentes, assim como por exemplo, resoluções dos conselhos ambientais, portarias de secretários estaduais e municipais etc.

Tanto a transformação de uma unidade de conservação de uso sustentável em unidade de proteção integral, como a ampliação dos limites territoriais de unidade podem ser feitas também por ato normativo “do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade”, consoante previsão dos §§5º e 6º do art. 22 da lei do SNUC, já

³³⁰ SARLET, Ingo; FENTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 681.

³³¹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1.504-1.508.

que se trata de ampliações do nível qualitativo e quantitativo de proteção.

A criação de unidades de conservação ambiental deve necessariamente ser precedida de estudos técnicos que servirão para identificar a localização, dimensão e fornecer os demais dados científicos que subsidiarão a autoridade responsável pela deliberação, estudos estes que ficam a cargo do órgão ambiental executor do ente respectivo, conforme disposições do art. 22, §2º da lei do SNUC e art. 4º do Decreto n.º 4.340/2002, além de consultas públicas através de reuniões e outras formas de oitiva da população local e demais interessados (art. 22, §3º da lei do SNUC e art. 5º, §1º, do Decreto 4.340/2002).

Já a desafetação da área de conservação e a redução de seus limites territoriais impescindem de lei específica, sendo ilegais (art. 22, §7º, da LSNUC) e inconstitucionais (art. 225, §1º, III, da CF) outras formas normativas, pois a diminuição do nível de proteção ambiental carece, no mínimo, de amplo debate pelos segmentos da sociedade, democraticamente representados nas Casas Legislativas.³³²

5.10.2 Zoneamento Ambiental

Na precisa definição de Machado, “o zoneamento consiste em dividir o território em parcelas nas quais se autorizam determinadas atividades ou interdita-se, de modo absoluto ou relativo, o exercício de outras atividades”.³³³

O zoneamento ambiental é multidisciplinar, analisa uma determinada área a fim de estabelecer, mediante emprego de critérios técnicos e científicos, suas fragilidades e potencialidades, para subsidiar o gerenciamento dos planos e programas de ocupação e uso dos seus recursos naturais.³³⁴

Previsto na LPNAMA, o zoneamento ambiental foi regulamentado pelo Decreto 4.297 /2002, atualizado pelo Decreto 6.288/2007. No entanto, várias outras normas também dispõem sobre uso do solo, instituição de áreas especiais, tombamento de áreas de valor paisagístico etc. tratando, por conseguinte, também do zoneamento ambiental.³³⁵

³³² MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1.498-1.519.

³³³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 246.

³³⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 936-941.

³³⁵ Op. cit., p. 943-944.

Compete à União elaborar o zoneamento em âmbito nacional e regional, lembrando-se que a própria Constituição considerou patrimônio nacional os biomas Floresta Amazônica, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-Grossense e Zona Costeira (art. 225, §4º).

Embora caiba aos Estados o zoneamento regional e aos Municípios o local, ambos devem ser compatíveis com o zoneamento nacional, o último também com o regional (Dec. 4.297/2002, Arts 6º, 6º-A e 6º-B).

Os Municípios foram incumbidos pela Constituição de promoverem a “ordenação da cidade” (art. 182, §2º), o que exige estudo de seu território e identificação da destinação ideal de suas localidades. Aliás, como bem colocado por Machado, um Município não se compõe unicamente pela zona urbana, havendo também áreas rurais a serem devidamente zoneadas, parecendo, por isso, mais correto falar-se “zoneamento municipal”, ao invés de “zoneamento urbano”³³⁶.

O principal instrumento de ordenamento local é o Plano Diretor, instituído por lei em editada pela Câmara de Vereadores, obrigatória aos possuíam mais de 20.000 habitantes, em conformidade com as diretrizes gerais nacionais fixadas na Lei Federal 10.267/2001– Estatuto das Cidades (CF, art. 182, *caput* e §§ 1º e 2º), a qual elenca dentre o conteúdo mínimo exigido o zoneamento ambiental (art. 4º, *caput*, “c”).

O zoneamento ambiental é imprescindível para a execução do EPIA – Estudo Prévio do Impacto Ambiental, pelo órgão ambiental do respectivo ente, em cada caso concreto em que se pretenda instalar obra ou empreendimento potencialmente poluidor, pois um dos primeiros elementos aferidos será exatamente a compatibilidade das características da área pretendida, com a natureza da atividade a ser desempenhada, como adiante de examinará.

Por isso, o zoneamento consta no art. 9º da LPNAMA antes da “avaliação de impactos ambientais” (nomenclatura usada no preceito legal). Assim, segundo Machado: “Havendo, portanto, regra que estabeleça zoneamento ambiental para um determinado espaço territorial [...], não pode ser contrariada pela concessão de autorização do poder Público não só Estadual, como Federal e Municipal”.³³⁷

³³⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 252.

³³⁷ Op. cit., p. 346.

5.10.3 Estudo prévio do impacto ambiental – EPIA

Na conceituação de Milaré³³⁸, trata-se o EPIA de um “estudo realizado previamente à análise da viabilidade da atividade ou empreendimento utilizador de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente”.

Embora a Avaliação dos Impactos Ambientais – AIA (terminologia empregada pelo legislador) já constasse no Art 9º, III, dentre os instrumentos básicos da política de preservação ambiental, o instituto foi revigorado pela CF/88, cujo art. 225, §1º, IV elenca dentre os deveres do Estado em matéria ambiental: “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”.

A Resolução CONAMA 237/1997 regulamenta com amplitude todo o procedimento do licenciamento ambiental, o qual logicamente perpassa pela AIA. Define no art. 1º, III, que:

Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação da área degradada e análise preliminar de risco.

A interpretação sistemática das normas cotejadas leva, segundo muitos doutrinadores, dentre os quais Vitorelli, à conclusão de que a AIA é um gênero, que comporta as várias modalidades diferentes de estudo ambiental, a serem exigidos pelo órgão ambiental licenciador, para subsidiar a análise do pedido, dependendo das características e natureza da atividade que se pretende desenvolver.³³⁹ Este é também o entendimento de Milaré.³⁴⁰

³³⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 960.

³³⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática, JusPodivm. Salvador: 2021. 2

³⁴⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 958.

A exigência variará proporcionalmente ao risco, à potencialidade lesiva do empreendimento para o meio ambiente. O estudo prévio e correlato relatório de impacto ambiental – EPIA/RIMA constituem a modalidade mais complexa e profunda de estudo ambiental, sendo a modalidade exigível para “empreendimentos e atividades potencial ou efetivamente causadoras de significativa degradação ou impacto ambiental”.³⁴¹

E outra não poderia ser a conclusão, posto que o texto constitucional especifica a exigibilidade do “estudo prévio do impacto ambiental”, em se tratando de “significativa degradação do meio ambiente” (art. 225, §1º, IV).

Por exclusão, quando a atividade objeto da verificação acarretar potencialidade de dano ambiental não impregnada da adjetivação “significativa”, o órgão poderá exigir as modalidades mais simples de estudo ambiental, insertos no art. 1º, III, da Resolução CONAMA 237/97.

A Lei 6.938/81 atribuiu ao CONAMA estabelecer as normas e critérios para o licenciamento das atividades efetiva ou potencialmente prejudiciais ao ambiente (art. 8º, I). Trata-se aqui de norma geral editada pela União, na competência do art. 24, §1º, da CF, não excluindo Estados e Municípios a competência para editarem suas normas, em atenção aos interesses regionais e locais, desde que não afrontem as diretrizes nacionais³⁴².

Atualmente, o rol de atividades com potencial lesivo significativo, para fins de cumprir a exigência constitucional de EPIA, consta no art. 2ª, da Resolução CONAMA 1/1986. Encontrando-se a atividade incluída no rol, não poderá o órgão ambiental licenciador deixar de exigir o EPIA, sob pena de nulidade do ato, por vício de legalidade, passível ser reconhecido a qualquer tempo pela administração (ou Judiciário), com retroação *ex tunc*, para extirpar todo e qualquer efeito.

A inserção de atividade no art. 2º, da Resolução CONAMA 1/1986 (ou norma estadual ou municipal) estatui verdadeira presunção absoluta em favor da administração ambiental³⁴³, de que o potencial lesivo é significativo. Ao interessado não há outra possibilidade, senão providenciar a elaboração do EPIA/RIMA, a ser apresentado ao órgão licenciador, com fito de informá-lo

³⁴¹ SARLET, Ingo; FENTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 484.

³⁴² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 277-278.

³⁴³ Op. cit. p. 282.

adequadamente, para poder decidir.

O rol é meramente exemplificativo, pois “a Constituição não admite limitação taxativa dos casos de estudo de impacto ambiental”.³⁴⁴ Ademais, a inserção do termo “tais como”, na redação do art. 2º, *caput*, da Resolução CONAMA 1/1986 deixa claro seu caráter não taxativo, permitindo ao aplicador, a partir das hipóteses expressas, uma interpretação ampliativa, para abarcar outras que, embora não previstas expressamente, impliquem em risco igualmente significativo ao bem ambiental (fundamentando suficientemente tal decisão).

Quanto ao momento, tanto o EPIA, como todas as demais modalidades de Estudos Ambientais serão necessariamente exigidos antes do início da obra ou empreendimento, dada sua natureza evidentemente preventiva, não sendo possível postergar a exigência, pois o simples início das medidas preparatórias da instalação já pode impactar negativamente o equilíbrio ecológico.

Trata-se, talvez, do instrumento jurídico que no melhor traduz a incidência dos princípios da precaução e da prevenção no Direito Ambiental, como bem ilustra a lição de Vitorelli:³⁴⁵

A avaliação dos impactos ambientais (AIA) também é um dos principais instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente previsto no art. 9º, inciso III, da Lei nº 6.938/1981. Decorre primordialmente dos princípios da precaução e da prevenção, e tem como finalidade evitar que um empreendimento ou atividade, justificáveis sob o prisma econômico, venham a se revelar prejudiciais ao meio ambiente, atuando antes de seu início, isto é, ainda na fase de planejamento, para prever e evitar danos. Indicar alternativas para implantação do projeto de forma mais favorável ao meio ambiente, e sugerir medidas mitigadoras e compensatórias.

O estudo ambiental deve ser elaborado por uma equipe estritamente técnica e multidisciplinar, capaz de aferir os diversos aspectos físicos, biológicos, sociais e econômicos do local donde será instalado o empreendimento. O EPIA exige no mínimo 14 profissionais, as demais modalidades números menores, variando conforme suas complexidades.³⁴⁶

Somente estão habilitados a integrar a equipe multidisciplinar os profissionais inscritos no Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental, administrado pelo IBAMA (LPNAMA, art. 9º, VIII e 17, I), podendo ser pessoa física ou jurídicas. Ressalte-se que cabe ao interessado os ônus da contratação da

³⁴⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática, JusPodivm. Salvador: 2021. 2 ed.

³⁴⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática, JusPodivm. Salvador: 2021. 2 ed.

³⁴⁶ Op. cit.

equipe (Resoluções CONAMA 1/1986, art. 8º e 237/97, art. 11).³⁴⁷

Enfim, o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA consiste na transmissão, por escrito, dos trabalhos realizados no EPIA, não podendo dele dissociar, sob pena de nulidade.³⁴⁸ Em linguagem acessível, indicará as conclusões acerca das prováveis consequências da atividade para o ambiente e as alternativas possíveis, comparando-se as vantagens e as desvantagens de cada uma, além do conteúdo mínimo constante do art. 9º, parágrafo único, da Resolução CONAMA 1/1986.³⁴⁹

Estabelecidas suas características, parece correto afirmar que o EPIA/RIMA é um procedimento de polícia administrativa ambiental de acentuada importância, que poderá resultar na indicação ao órgão da licenciador da necessidade da imposição de restrições parciais (condicionantes da autorização) ou total (indeferimento da autorização).

5.10.4 Licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental constitui, sem dúvida, o mais importante dentre os instrumentos legais dispostos aos órgãos estatais responsáveis pela tutela administrativa do meio ambiente, para poderem executar com a eficácia e eficiência que se espera a função de polícia administrativa especializada ambiental.

A lei instituidora da PNAMA já contemplava o licenciamento ambiental no art. 9º, IV, tendo sido claramente recepcionado pela CF/88, porquanto capaz de propiciar ao poder público exercer as obrigações para com o ambiente postas nos incisos elencados no §1º do art. 225, sobretudo antecipando-se a qualquer risco concreto ou potencial de dano ecológico, evitando sua concretização, ou ao menos mitigando seus efeitos e extensão, na maior medida do possível.

Por se tratar de um instituto integrante da política nacional de preservação ambiental, coube à União editar a LC 140/2011, organizando a competência material comum dos entes federativos, conforme mandamento do art. 23, *caput*, VI e VII e parágrafo único, da CF.

³⁴⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 970-975.

³⁴⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 283-284.

³⁴⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 978.

Além da alusão expressa ao instituto do licenciamento ambiental, ao dispor sobre as competências materiais da União (art. 7º, XIV), Estados (art. 8º, XIV e XV), Municípios (art. 9º, XIV e XV), assim o definiu:

procedimento administrativo destinado a licenciar atividade ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental (art. 2º, I).

Segundo conceitua Milaré, “trata-se de *processo administrativo* por meio do qual se busca aferir a viabilidade ambiental de atividades ou de empreendimentos supostamente causadores de degradação ambiental”.³⁵⁰

Sem apresentar dissonância, Farias lembra que a ao licenciamento ambiental não se limita a aferir previamente a viabilidade ambiental do empreendimento, mas também definirá os critérios e condicionantes a serem observadas pelo empreendedor, constituindo³⁵¹:

o processo administrativo complexo que tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem como objetivo assegurar a qualidade de vida da população por meio de um controle prévio de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente.

Consoante leciona Vitorelli, devem ser ressaltados dois aspectos que acentuam a importância do licenciamento ambiental, frente aos demais instrumentos jurídicos do PNAMA, que dispõem os órgãos e agentes encarregados de promover tutela do ecossistema.³⁵²

Para o autor, o primeiro aspecto é o fato do licenciamento ambiental materializar vários princípios de Direito Ambiental, como o da prevenção (identifica os riscos conhecidos e fixa as medidas para expugná-los ou atenuá-los), precaução (identifica riscos possíveis, mas incertos ou não plenamente conhecidos, impondo maiores cautelas), poluidor-pagador (ônus do interessado custear as despesas com estudos e tecnologias para prevenir e reduzir danos, além de compensações à coletividade), usuário-pagador (remunerar o erário pelo uso do bem comum) e desenvolvimento

³⁵⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1.000.

³⁵¹ FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental**: aspectos teóricos e práticos. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

³⁵² VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática, JusPodivm. Salvador: 2021. 2 ed.

sustentável (compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a manutenção do equilíbrio ecológico).

No segundo aspecto, é fácil perceber que o licenciamento ambiental resulta na aplicação conjunta dos demais instrumentos da PNAMA, englobando os efeitos da definição de áreas ambientais especialmente protegidas, zoneamento ambiental, estudo e avaliação de impactos ambientais, fiscalização ambiental e imposição de penalidades por infrações às normas ambientais.

Criticando a atecnia legislativa e oscilação da doutrina no emprego dos termos “procedimento” e “processo” de licenciamento ambiental, Milaré é firme na afirmação de que se ele se amolda ao conceito de processo administrativo, “relação jurídica integrada por algumas pessoas, que nela exercem várias atividades direcionadas para um determinado fim”. Iniciado pelo interessado perante o órgão ambiental competente, os atores praticaram atos coordenados logicamente, com fim de obter uma decisão de deferimento ou indeferimento da solicitação.³⁵³

Também traz lembrança de J. J. Calmon de Passos, para quem procedimento apenas “é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva de um processo”.

Conclui-se que em se tratando de um processo, com intensa conflituosidade, interesses antagônicos, o licenciamento ambiental impescinde da observância de todas as garantias processuais, publicidade, contraditório, ampla defesa, recursos, motivação das decisões etc.

Em linhas gerais, os rito básico do licenciamento ambiental está delineado no art. 10 da Resolução CONAMA 237/97, que traça as etapas desse processo administrativo específico, iniciando-se com a definição pelo órgão competente dos estudos, planos e documentos necessários, em termos com o tipo de licença pretendida (I), instrução (II), análises (III), diligências complementares (IV), audiência pública (V), diligências complementares à audiência (VI), pareceres técnico conclusivo e jurídico (VII) e decisão administrativa (VIII).

Caso decida o órgão ambiental favoravelmente ao interessado, será expedida a licença ambiental. Consiste num ato administrativo formal, pelo qual a administração ambiental autoriza que se realize a obra ou atividade almejada, contendo as condições, restrições e medidas de controle ambiental a serem obedecidas, na localização, instalação, ampliação e operação do empreendimento

³⁵³ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1.002-1.003.

(Resolução CONAMA 237/97, art. 1º, II).

No procedimento comum da Resolução CONAMA 237/97, art. 8º, I, II e III, há três espécies diferentes de licenças ambientais, conforme o momento e estágio do Processo: licença prévia (verificação da viabilidade ambiental do projeto, examinando-se eventual exigência de estudo ambiental, afetação de espaços especialmente protegidos, zoneamento ambiental, Plano Diretor Municipal e adequação à legislação ambiental federal, estadual e municipal); licença de instalação (autoriza o início das obras, nos termos das condições fixadas, para evitar ou atenuar os impactos negativos); licença de operação (permite o início das operações do empreendimento, após o órgão ambiental constatar o cumprimento das condições e medidas de controle fixadas).³⁵⁴

Por derradeiro, deve ser bem frisado que inexistente no Brasil qualquer hipótese de licença ambiental por prazo de validade indeterminado. Serão sempre sujeitas a termo certo de validade, fixado no próprio ato, devendo o interessado diligenciar perante o órgão licenciador o processo de renovação da licença ambiental, com o advento do prazo de validade.

O órgão licenciador também está vinculado aos prazos máximos fixados pela Resolução CONAMA 237/97, para cada uma das espécies de licenças ambientais, até 4 anos para a licença prévia, 6 anos para a licença de instalação e de 4 a 10 anos para licença de instalação (art. 18, I, II e III).

Aliás, o caráter precário da licença ambiental é contundente ao ponto de que sequer o prazo legal fixado na concessão é algo absoluto. Pelo contrário, ainda que dentro do prazo de validade e sem qualquer infração por parte do empreendedor, se houver modificação das circunstâncias, por exemplo, novas descobertas científicas e tecnológicas, ensejará a modificação das condicionantes anteriores, devendo o interessado adequar-se às novas medidas impostas, sob pena de suspensão das operações, tudo sem gerar direito de indenização. Por isso, a doutrina tem utilizado constantemente ao tratar do tema a expressão “não existe direito adquirido de poluir”. Segundo Sarlet e Fensterseifer³⁵⁵:

³⁵⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática, JusPodivm. Salvador: 2021. 2 ed.

³⁵⁵ SARLET, Ingo; FENTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 482-483.

A concessão de licença ambiental para obra ou atividade lesiva ou potencialmente lesiva ao meio ambiente não representa ato administrativo irrevogável ou *ad eternum*. A natureza dinâmica da política ecológica e sua forte relação com o desenvolvimento científico e tecnológico pode exigir, em determinado momento, a adoção de medidas mais restritivas por parte do Estado, fixando a **revisão da licença ambiental** já concedida para o adequado enfrentamento da poluição ambiental.

[...]

O próprio aprimoramento do conhecimento científico pode identificar no futuro a lesividade ecológica de determinadas práticas hoje devidamente licenciadas e não reguladas com maior rigor, exigindo que os órgãos ambientais passem a exigir medidas mais restritivas dos seus empreendedores. O Direito Ambiental não admite o que se poderia denominar de um suposto “**direito adquirido de poluir**”, contra o que já se pronunciou, aliás, o próprio STJ. Eventual restrição aos interesses e direitos do empreendedor de obra ou atividade licenciada, como na hipótese referida anteriormente em que se impõe a revisão de licença ambiental previamente concedida, não ensejará, em regra, qualquer direito à indenização.

Muito importante para o tema em estudo, com foco na estruturação judicial do poder de polícia administrativo ambiental, é a vetusta observação de Vitorelli³⁵⁶:

De modo excepcional, a Res. CONAMA 237/97 (art. 12, §1º) autoriza que os Conselhos Estaduais ou Municipais de Meio Ambiente estabeleçam e aprovem procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, denominado de Licenciamento Ambiental Simplificado.

Portanto, somente com a correta implementação dos órgãos colegiado (Conselho do Meio Ambiente) e executivo ambientais é que o ente periférico estará apto a implementar seu próprio procedimento simplificado, mais célere e menos custoso, para licenciar empreendimentos de baixo impacto (e extensão local), a bem do desenvolvimento socioeconômico dos municípios.

Também evidencia a enorme importância de o Município implementar organismo especializado na tutela ambiental, conformando o dever de cooperação com os entes maiores na promoção desse meta-valor, e zelar pelos aspectos ecológicos de estrito interesse da população local.

Trata-se do art. 10, III, VII e VIII da Resolução CONAMA 237/97, o qual estatui que todo o processo analítico e decisório somente poderá ser validamente executado por órgão ambiental “integrante do SISNAMA” (Sistema Nacional do Meio Ambiente), cujo órgão central é o Ministério do Meio Ambiente, responsável pelo planejamento, coordenação, supervisão e controle das diretrizes gerais da PNAMA (LPNAMA, art. 6º, I).

³⁵⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática, JusPodivm. Salvador: 2021. 2 ed.

No tocante à partição da competência material entre os entes federativos para procederem com o licenciamento ambiental, o tema já mereceu especial e detida atenção, em tópico anterior destinado à legitimidade passiva para as ações coletivas estruturais ambientais, por serem os dois pontos inexoravelmente imbricados.

O desempenho da competência material comum pelos entes federativos na manutenção do equilíbrio ecológico, os critérios de distribuição racional, sistematização, mecanismos e formas de concretizar o dever de cooperação recíproca concebido na Constituição, produzem muitos e graves reflexos no instituto do licenciamento ambiental (e nos demais instrumentos administrativos da PNAMA).

Justifica afirmar-se a existência de um dever constitucional para todos os entes federativos implementarem, em suas respectivas áreas de competência, políticas públicas ambientais eficientes e eficazes, o que inclui a criação, instalação e estruturação adequada dos órgãos colegiados e executivos a serem integrados ao SISNAMA. Isso constituiu a base que legitima a inclusão de um Município e o respectivos Estado como litisconsortes passivos nessa modalidade de ação.

5.10.5 Fiscalização ambiental e sancionamento administrativo das infrações ambientais

A responsabilização administrativa por infrações às normas de proteção do bem jurídico ambiental perfaz um dos instrumentos da PNAMA, na dicção do art. 9º, IX da lei 6.938/81: “as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental”.

A mesma LPNAMA preconiza, no art. 14, que o descumprimento das medidas de preservação ou correção ambiental

sujeitará os transgressores à multa simples ou diária (I); à perda ou restrição de incentivos ou benefícios fiscais (II); à perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento (III); à suspensão de suas atividades (IV).

O Constituinte de 1988 consignou no art. 225, §3º que os responsáveis por condutas consideradas lesivas ao meio ambiente serão sujeitos de sanções penais, administrativas e civis (reparação do dano), consagrando a tríplice responsabilidade ambiental.

Ademais, “sujeitarão” é flexão do verbo sujeitar no futuro do presente do indicativo, tempo verbal normalmente utilizado para expressar uma ordem que se refere a um fato futuro.

Disso se denota um dever de o poder público implementar o arcabouço jurídico necessário a tal responsabilização, não se tratando de mera faculdade.

Tratando dos crimes contra o meio ambiente, Prado³⁵⁷ se refere ao preceito do §3º do art. 225 da CF como

mandamento expreso de criminalização [...] uma determinação particular, em que se prevê explicitamente a cominação de sanções penais e administrativas, conforme o caso, aos sujeitos (pessoas físicas e jurídicas) que eventualmente causem lesão ao citado bem.

A União, no uso das competências privativa em matéria penal (CF, art. 22, I) e concorrente para normas gerais sobre meio ambiente (CF, art. 24, *caput*, VI e § 1º), editou a Lei 9.605/98, que dispõe sobre sanções administrativas e penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

No entanto, no que se refere à repressão administrativa, limitou-se a declarar no art. 70, *caput*: “considera-se infração administrativa ambiental toda ação e omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

Em que pese o legislador ter dado ao Capítulo VI a rubrica “da infração administrativa”, limitou-se, num único artigo, a conceituar o instituto, não tendo cuidado de descrever nenhuma conduta a ser considerada ilícito administrativo ambiental.

A Lei 9.605/98 está regulamentada pelo Decreto 6.514/2008, que trata amiúde do assunto, no Capítulo I – “Das Infrações e Sanções Administrativas ao Meio Ambiente”, perfazendo 93 artigos, divididos em três Seções e diversas Subseções.

Poder-se-ia indagar acerca da conformação dessa sistemática ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), tendo o cidadão, destinatário das limitações de polícia, liberdade para fazer tudo aquilo que não encontrar vedação legal.

Tal questão já foi bastante enfrentada pela nossa doutrina publicista e também pelos Tribunais, sobrepujando no debate o entendimento do que, embora

³⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 87-88.

também incida no Direito Administrativo Sancionado o princípio da legalidade, não se exige nesta esfera o mesmo rigor visto no Direito Penal, a “estrita legalidade penal”.

Na explicação de Machado³⁵⁸: “Ao contrário do Direito Penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja, no Direito Administrativo prevalece a atipicidade”.

Sarlet e Fenterseifer³⁵⁹ apregoam que partindo-se do preceito do art. 70 da Lei 9.605/98 e buscando-se interação nos preceitos suficientemente específicos e detalhados do Decreto de execução 6.514/2008, tem-se por atendido o primado da legalidade. Examinemos:

O dispositivo traz um conceito bastante genérico, mas que se ajusta perfeitamente ao propósito de estabelecer um marco normativo básico que é complementado pela **tipificação** das infrações administrativas ambientais levada a efeito pelo **Decreto 6.514/2008**, por exemplo, na **infração administrativa de poluição** prevista no art. 61.

Ao caracterizar as **infrações administrativas ambientais** (arts. 24 a 93), atendendo ao **princípio da legalidade estrita**, o Decreto 6.514/2008 segue a mesma estrutura temática da Lei 9.605/98 na tipificação dos crimes ambientais, com exceção apenas da parte das infrações cometidas exclusivamente em unidades de conservação, que não possuem tópico previsto na Lei 9.605/98.

Embora não afirme expressamente a conformação do Decreto 6.514/2008 ao princípio da Legalidade, ao discorrer sobre tutela administrativa ambiental sancionadora Milaré costuma utilizar o termo genérico “regras jurídicas”, abarcando não só decretos (privativos do chefe do Poder Executivo), mas outros atos normativos inferiores, ressaltando a necessidade de o órgão editor contar com atribuição legal para fazê-lo.³⁶⁰

Portanto, a infração administrativa é caracterizada pela mera inobservância de regras jurídicas, de que pode ou não resultarem consequência prejudiciais ao ambiente. Essas regras jurídicas são explicitadas pela Constituição Federal, por normas federais, estaduais e municipais, por resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente e Conselhos Estaduais de Meio Ambiente e por normas regulamentares editadas por outros órgãos dotados por lei de competência normativa.

³⁵⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 385.

³⁵⁹ SARLET, Ingo; FENTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 442-443.

³⁶⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1.002-1.003.

Feitos esses esclarecimentos fundamentais, o que mais nos importa aqui é o fato de que os entes regionais e periféricos possuem competência supletiva para normatizar, em suas esferas de atuação, a tutela administrativa ambiental sancionadora. É o que resulta das disposições constitucionais dos Arts. 23, VI, 24, VIII, 25 §1º, 30, I, II, VIII e 225, *caput* e §§ 1º e 3º.

Quando da instituição da nossa PNAMA pela Lei 6.938/81, mesmo dantes o advento da CF/88 (que assegurou aos Municípios autonomia política, financeira e administrativa) já se entabulava a possibilidade de os Municípios normatizarem, *per si*, a responsabilização administrativa dos infratores das normas protetivas do ambiente. É o que se infere do art. 14, *caput*, que comina penas de multa, suspensão de benefícios/incentivos fiscais, linhas de crédito e das atividades, com a ressalva “sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal”.

A LC 140/11 define no art. 9º o rol de competências municipais ambientais, dentre as quais executar em seu território as políticas protetivas nacional e estadual (I), gerir seus próprios recursos naturais (II), formular e executar sua própria política ambiental (III), controlar o comércio de substâncias nocivas ao ambiente (XII) etc.

Não se pode olvidar, ainda, do dever imposto aos Municípios de atuarem em cooperação com os demais entes na fiscalização e repressão dos ilícitos administrativos ambientais, na forma do art. 17, §§ 2º e 3º, da LC 140, em sintonia com o escopo constitucional de fortalecer ao máximo a proteção do ecossistema.

Por fim, cumpre assinalar que a competência legislativa para a definição de infrações e das respectivas penalidades é concorrente, com possibilidade de suplementação pelos demais entes da legislação federal (art. 24, VI, VII, VIII e §§ 1º a 4º, da CF/1988).³⁶¹

Quanto às penalidades administrativas a serem impostas aos infratores, a Lei 9.605/98 comina em seu art. 72, I a XI, dez sanções, que são vinculantes apenas para os órgãos ambientais federais. Estados e Municípios podem cominar outras penalidades em suas normatizações próprias³⁶² (desde que não diminuam o mínimo protetivo estatuído na lei federal).

³⁶¹ SARLET, Ingo; FENTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 442.

³⁶² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 389.

Corroborando o dever de os Municípios implementarem suas estruturas normativas e orgânicas dessa polícia especializada, a validade do auto de infração ambiental, além da descrição minuciosa dos fatos e indicação do dispositivo violado, exige o agente responsável pela lavratura ocupe cargo que contenha expressamente essa atribuição, na lei de regência, como advertem Sarlet e Fenterseifer.³⁶³

Comentando o §1º, do art. 70, da Lei 9.605/98, referidos autores pontuam que a atribuição legal expressa do agente para proceder à autuação ambiental liga-se à garantia constitucional do devido processo legal administrativo (máxime o sancionatório), cuja inobservância conduz sabidamente à nulidade do ato, por defeito de legalidade:

A legislação ambiental estabelece de forma específica “quem” são as autoridades competentes para a lavratura do auto de infração e instaurar o processo administrativo ambiental, inclusive em respeito ao devido processo legal em sede administrativa.

[...]

Um ponto importante a ser destacado diz respeito à necessidade de prévia designação dos servidores dos órgãos ambientais para a atividade fiscalizatória, sob pena de implicar em nulidade do auto de infração ambiental, conforme entendimento consolidado pelo STJ.

A Lei 9.605/98 reforçou também neste ponto as diretrizes nacionais, limitando a competência para autuar infrações ambientais aos órgãos regularmente integrados ao SISNAMA, conforme expressa dicção do §1º, do art. 70 (excepcionando as Capitânicas dos Portos, orgânicas da Marinha do Brasil).

Nota-se a conformação à LPNAMA, cujo art. 6º, ao tempo em que ressalva as competências normativas suplementares estadual e municipal (§1º), é imperativa ao dispor que os órgãos “seccionais” e “locais” de controle e fiscalização “constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente” (*caput*, V e VI).

Deste modo, parece correto concluir que uma dupla exigência se impõe, para que possa o Município cumprir com seu dever de cooperar na tutela do equilíbrio ecológico. Além de instituir funções públicas com atribuição expressa de fiscalizar e lavrar autos de infração ambiental, o órgão no qual serão lotados deverá estar integrado ao SISNAMA, pois sem essas formalidades não poderão sequer aplicar as normas ambientais federal e estadual.

³⁶³ SARLET, Ingo; FENTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 449.

Enquanto instrumento jurídico estatal de sancionamento, em âmbito nacional o processo administrativo ambiental encontra-se regulado, em termos gerais, na Lei 9.605/98 (que se limita a mencionar a necessidade de contraditório e ampla defesa – art. 70, §4º e fixar prazos mínimos defesa/impugnação, julgamento, recurso hierárquico e pagamento de multa – art. 71, I a IV) e pelo Decreto 6.514/2008 este último contém no Capítulo II, Arts. 94 a 148, consoante lição de Milaré.³⁶⁴

Referido Decreto contém um regramento suficientemente detalhado, delineando verdadeiro rito especial para o processo administrativo sancionador ambiental, estabelecendo de forma bem distinta as fases de autuação, conciliação, defesa, instrução, julgamento em primeira instância e recurso hierárquico.

Na esteira da mesma lição, conclui o professor que

por conta da organização administrativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ser matéria de sua competência privativa, podem estabelecer regramento próprio sobre o assunto ou se valer da norma federal, integral ou subsidiariamente.

Optando por editar regulamentação própria para tratar do processo administrativo ambiental, não poderá o Município deixar de observar todos as garantias que desdobram dos princípios do contraditório e ampla defesa, cotejados no art. 70, §4º, da Lei 9.605/98 e corretamente enumerados no art. 95, do Decreto 6.514/2008 (legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência).³⁶⁵

A competência material concorrente dos entes federativos na fiscalização e sancionamento ambiental, sua racionalização e organização foram analisadas no tópico destinado à legitimidade passiva para as ações coletivas estruturais ambientais, por constituírem o próprio critério para tal definição.

³⁶⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 465-466.

³⁶⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 386.

5.10.6 Do Pedido Estrutural Ambiental

Conforme conceituação de Gismondi³⁶⁶:

As medidas estruturantes são representadas por técnicas combinadas de diálogo, cooperação, fiscalização e supervisão constantes (do cumprimento das determinações judiciais), com a potencial utilização de meios subrogatórios destinados à superação de eventuais resistências à efetivação das prestações judicialmente certificadas.

Mesmo autor também esclarece que a finalidade principal é conferir efetividade à tutela executiva e modificar o padrão de condutas futuramente, através da imposição de prestações de fazer complexas, relacionadas ao controle jurisdicional de decisões políticas quanto à reestruturação de instituições públicas de grande porte, para concretizar valores públicos fundamentais.³⁶⁷

Como os litígios estruturais são complexos, permitindo várias soluções possíveis e válidas *prima facie*, exige-se também que o pedido seja imbuído de uma racionalidade entre os custos financeiros e sociais (externalidades negativas) e as vantagens (externalidades positivas) que justifiquem a opção constante do pedido estrutural.³⁶⁸

Na formulação do pedido, deverá o autor da ação estrutural dar maior relevância jurídica ao estado de coisas futuro que pretende possibilitando o desenvolvimento de uma cognição adequada para estabelecer o novo estado de conformidade institucional.

“Deverá definir e efetivar os meios proporcionais ao alcance daquele estado de coisas, no tempo, modo e grau a serem processualmente estabelecidos.” Só assim haverá congruência entre o pedido estrutural e a causa de pedir estrutural.³⁶⁹

No Brasil, vários sistemas jurídicos ligados a importantes políticas públicas já foram criados em linhas e diretrizes gerais pela União, como financiamento e repartição da responsabilidade entre os entes federativos, como o Sistema Único de Saúde (SUS), o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SISNASE) etc. Antes mesmo de mapear o litígio coletivo, é mister conhecer como a política pública está organizada juridicamente”.³⁷⁰

³⁶⁶ GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes: Da Execução negociada à Intervenção Judicial**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 230.

³⁶⁷ Op. cit. p. 245-246.

³⁶⁸ GALDINO, Matheus Souza. **Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 922-923.

³⁶⁹ Op. cit., p. 919.

³⁷⁰ BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos Processos Coletivos Estruturais: novos**

No caso da ação estrutural ambiental, o representante adequado, responsável pela propositura, deverá primeiramente ter a compreensão adequada da política nacional do meio ambiente – PNAMA, que compreende todo o sistema nacional do meio ambiente definido na Lei n. 6.938/81, e também outros tantos institutos a ele integrados por meio de legislações específicas, como é exemplo da LC 140/2001.

Também se exige do autor da ação estrutural, na fase de preparação, atenção especial à consequência que decorre da irradiação dos litígios estruturais que, como já visto, afetam inúmeros grupos e subgrupos da sociedade, de formas e intensidades diferentes a cada um deles, podendo variar do compartilhamento de muitos pontos, até uma total posição antagônica.

A primeira providência será definir quem são as pessoas que serão afetadas de forma mais incisiva pela reestruturação de uma política pública ambiental, pois estes devem ser ouvidos previamente. Cada subgrupo tem o direito de influenciar na busca da solução que mais harmonize com seus interesses.

Vitorelli sugere que o legitimado coletivo defina um diagrama que reflita o grau de interesse e afetação de cada grupo, garantindo-lhe atenção proporcional para participar das opções que serão expostas como objetos da ação estrutural, sugerindo formulação de questionários de pesquisa e reuniões setoriais, além das audiências públicas que são obrigatórias na matéria ambiental.³⁷¹

Tendo em vista o Ministério Público, em razão de seu protagonismo nas tutelas coletivas em geral (mas que vale também para outras instituições que não dispõem do instrumento do Inquérito Civil), Vitorelli³⁷² ressalta que

Ainda que esta ampliação de informações possa parecer, em alguma medida, asfixiante, não existem soluções simples para problemas complexos. Quanto mais rica for esta fase, mais fácil será avaliar, de modo realista, a qualidade da solução proposta, em face da situação que se pretende remediar.

Ainda no que se refere aos estudos que precedem a boa preparação do pedido estrutural, convém trazer a colação ensinamento do coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Rio Grande do Norte, o Promotor de Justiça Marcos Aurélio de Freitas Barros, sobre o que denomina “mapeamento do conflito”³⁷³:

horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 91

³⁷¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática, JusPodivm. Salvador: 2021. p. 238-253. 2 ed.

³⁷² Op. cit., p. 180.

³⁷³ BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos Processos Coletivos Estruturais**: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 93.

É fundamental, por fim, com o mapeamento do conflito, conhecer o problema coletivo, o contexto fático em profundidade, fazendo um bom desenho da realidade concreta, o que permite, também, divisar os grupos sociais atingidos pelo litígio coletivo. [...] Para esse mapeamento do conflito, é de bom tom se valer de estudos técnicos, o que justifica, inclusive, investimentos em assessorias técnicas com variadas expertises, além de enfrentar o notável desafio para o Jurista de realizar, em casos que envolvam políticas públicas, um adequado e cuidadoso controle do Orçamento Público, haja vista as limitações orçamentárias existentes.

Além de antever todas as situações problemáticas que decorrem da complexidade e policentrismo próprios das lides estruturais, ao formular os pedidos na Petição Inicial não poderá o autor se olvidar de que o órgão jurisdicional competente, seja ele qual for, será sempre limitado na elaboração das medidas adequadas à superação da desestruturação institucional que se posta, pois os casos tais casos sempre possuem alto grau de incertezas e zonas cinzentas.³⁷⁴

Sendo a causalidade complexa uma das características distintivas dos litígios estruturais, a solução exige do Judiciário um plexo de soluções alinhadas com o fito de, ao fim e ao cabo, obter a reestruturação institucional necessária. Por isso, “pressupõe certa maleabilidade na elaboração da causa de pedir e dos pedidos que dela advém no momento da instauração da demanda, da veiculação da pretensão em juízo”.³⁷⁵

É certo que o princípio da correlação ou da adstrição (exige-se congruência entre os fatos constitutivos do direito e os pedidos) incide sobre todo o processo civil e também quanto aos litígios coletivos, os de natureza estrutural, inclusive.

Se, por um lado, não é dado ao Juízo decidir *extra, ultra ou citra petita* sob pena de nulidade, por outro, há que se garantir a utilidade dos provimentos judiciais, a eficácia da medida frente à solução do problema, modo que “no tocante a políticas públicas, os conflitos apresentam particularidades, pois os interesses envolvidos são mutáveis e dinâmicos.”³⁷⁶

Como bem ressalta Cota, é praticamente impossível estabelecer desde o momento da formulação do pedido quais serão as medidas mais adequadas à composição do litígio estrutural, o que via de regra só poderá ser estabelecido de forma mais precisa no decorrer do processo. Assim a adstrição/congruência que a

³⁷⁴ GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes**: Da Execução negociada à Intervenção Judicial. Curitiba: Juruá, 2018. p. 250-253.

³⁷⁵ COSTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 92.

³⁷⁶ YEDA, Camila Perez; SANTOS, Moreira dos. **Processo Estrutural**: Controle jurisdicional de políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2021. p. 87-89.

Sentença deve guardar em relação ao pedido e a rigidez do seu aditamento/modificação devem ser interpretados sob um novo ângulo.³⁷⁷

“Isso implica a necessária possibilidade de o autor, ao longo de todo o processo e após a instrução probatória, adequar sua pretensão à realidade posta, ou, à situação de momento do caso em análise.” Deve ser facultado ao autor num primeiro momento formular um pedido indeterminado quanto à especificação e extensão das obrigações de fazer, como se dá na organização burocrática de instituições públicas, casos em que esse detalhamento está implícito na formulação do pedido principal ou inicial.³⁷⁸

Em regra, o pedido somente pode ser acrescido ou alterado até o oferecimento da resposta do réu, ou, com seu consentimento após a resposta, tornando-se imutável após a estabilização do processo pela decisão saneadora.

Contudo, o próprio CPC/2015 contém expressamente normas de exceção a tais regras, permitindo a flexibilização do pedido, tanto quanto ao conteúdo e extensão da obrigação, como no que se refere ao momento processual adequado. Nada mais do que o já abordado “diálogo recíproco entre as fontes normativas” em matéria de tutela civil coletiva.

Parece deveras acertada a lição de Cota quando ressalta um conjunto de regras já existentes no CPC, que evidenciam a necessária dose de flexibilização do pedido, respectivamente quanto à sua indeterminação (art. 324, §1º, II), forma de interpretação (arts. 322, §2º e 493) e consideração pelo julgador de fatos supervenientes passíveis de repercutir na demanda (arts. 336, 337 e 493).³⁷⁹

Embora o *caput* do art. 324 do CPC, de modo imperativo, determine que “o pedido deve ser certo e determinado”, seu §1º traz hipóteses de flexibilização da regra geral, com destaque aqui ao inciso II: “quando não for possível determinar, desde logo as consequências do ato ou fato”. Esta hipótese parece estar presente nas ações estruturais, máxime quando versem sobre políticas públicas de tutela ambiental.

O Art. 322, §2º, do CPC, dirigido principalmente ao julgador, preconiza que deva interpretar de forma menos restrita o pedido, considerando o conjunto das postulações num todo, extraindo a vontade subjacente à declaração da parte autora.

³⁷⁷ COSTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 142-143.

³⁷⁸ Op. cit., p. 144-145.

³⁷⁹ Op. cit., p. 144-153.

“Essa interpretação, no processo estrutural, deverá observar a expressão de vontade da parte em seu conjunto.”

Soma-se também à possibilidade de interpretação ampliativa do pedido, passível de flexibilizá-lo adequadamente o disposto no art. 493 do CPC, que incumbe ao Juiz tomar em conta fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, que surjam durante o curso processual, a requerimento das partes ou mesmo de ofício.

Também para o réu o CPC assegura deduzir novas alegações, após apresentada sua resposta, quando sobrevier fato ou direito novo capaz de repercutir no julgamento (art. 342, I), podendo fazê-lo até mesmo em grau de apelação (art. 1.014).

Tendo-se na estabilização da demanda a finalidade teleológica de evitar perplexidade ao réu e inviabilizar ou dificultar o contraditório e a ampla defesa, não parece haver prejuízo quando o juízo garante à parte contrária fazer os contrapontos que julgar necessários.

Por fim, conclui o autor sua formulação asseverando “que o sistema processual brasileiro já possui determinadas regras que evidenciam certa flexibilidade do instituto do pedido e as potencialidades desta flexibilização no tratamento de litígios estruturais.”³⁸⁰

No entanto, a dispensa do dever de formular pedido certo e determinado nas ações estruturais contém obviamente limites. Deve-se ter muito cuidado com pedidos demasiadamente genéricos, pois “se nem o autor da demanda consegue, com o mínimo de precisão, definir, ainda que em linhas gerais, o que pretende ou algumas medidas necessárias, não será o Juiz que o fará, certamente”.³⁸¹

A indeterminação se refere apenas ao pedido imediato, à espécie da obrigação a ser imposta pela sentença.

Quanto ao pedido imediato, o tipo de tutela jurisdicional pretendida, fazer, não fazer, entregar coisa certa ou incerta (pagar quantia em dinheiro extrapola o objetivo da ação estrutural) deverá sempre e necessariamente ser indicado desde logo pelo autor, não sendo a ele facultado, portanto, formular pedido de “condenação a qualquer

³⁸⁰ COSTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 153.

³⁸¹ BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos Processos Coletivos Estruturais**: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 75.

prestação, pois a generalidade do pedido está restrita a quantidade e qualidade”.³⁸²

Tal limite na indeterminação do objeto do pedido estrutural, apenas contemplando o pedido imediato, foi muito bem abordada por Pinto.³⁸³

Assim, uma vez respeitado o pedido de tutela requerido pelo autor (bem da vida), poderá o Juiz utilizar-se de mecanismo mais adequado para atingir a satisfação do direito posto em juízo, independentemente da existência ou não de pedido de aplicação de determinada técnica, constante na petição inicial.

Também cabe lembrar que frente a problemas de desestruturação crônica e duradoura de instituições, órgãos ou políticas públicas, pedidos de tutelas judiciais meramente interditórias, totais ou parciais (por exemplo: simples interdições de hospitais, entidades de acolhimento de menores ou idosos em situação de vulnerabilidade etc.) se mostram inadequadas, inúteis e até mesmo contraproducentes, pois além de não resolverem, geram agravamento da precariedade que se propoem a combater.

Como bem observa Barros:

A lógica de só apontar o dedo, indicar erros, realizar o chamado controle-bloqueio (centrado só em saber se o ato é válido ou inválido), que leva à interrupção da atividade administrativa deve ser superado. A função do órgão de controle não pode ser meramente homologatória. Tal modelo de controle à distância gera medos, receios e trava a atividade administrativa que, como dito, envolve riscos calculados.³⁸⁴

O mesmo autor lembra que com o advento da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LINDB – (Lei 13.655/2018) se estabeleceu um controle mais rente à realidade das políticas públicas, impondo aos órgãos de controle externo da Administração (Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunais de Contas, Poder Judiciário) considerarem as reais dificuldades e obstáculos encontrados pelo gestor, tais como carências orçamentárias, de recursos humanos e físicas (art. 22, *caput*), tomando-se cuidado para não substituírem o Administrador (a quem a Constituição tem primazia na gestão de tais questões).

³⁸² COSTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 138.

³⁸³ PINTO, Henrique Alves. A condução de decisões estruturais pelo Código de Processo Civil de 2015: breve análise teórica e pragmática. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 545.

³⁸⁴ BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos Processos Coletivos Estruturais**: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 86-87.

Em longo trabalho de pesquisa sobre o tema do processo civil estrutural, Vitorelli propõe uma espécie de roteiro a ser observado por quem pretenda se valer de tal instrumento de tutela civil coletiva.³⁸⁵

a) “O pedido deve ser tão certo e tão determinado quanto for possível, quanto permitam as circunstâncias do litígio.”, não podendo ser definido fora do contexto do duplo papel de permitir ao réu compreender sobre o que deve defender-se e ao juízo sobre o que deve sentenciar;

b) Deve conter os fundamentos normativos e regulamentares que indiquem a forma de conformidade que a instituição, órgão ou estrutura deve operar, reduzindo a subjetividade ao mínimo possível, ante ao arcabouço normativo existente sobre o tema;

c) O pedido deve conter a expedição de ordem ao requerido para que elabore e apresente um plano de reestruturação da instituição ou política pública defeituosa, indicando as medidas estruturais necessárias, contendo diagnóstico do problema, das necessidades de recursos, de pessoal e o cronograma de curto, médio e longo prazo;

d) Embora seja observada a primazia do próprio gestor para apresentar o plano, quer porque detém a preferência constitucional, quer porque em regra é quem mais possui conhecimento de todos os dados e aspectos do problema, bem como das dificuldades e realidades materiais, é possível requerer ao Juiz que nomeie um terceiro para fazê-lo, mediante termo de compromisso, na forma do art. 466 do CPC, devendo esta opção ser justificada adequadamente no caso concreto, já que excepcional;

e) O pedido de implementação do plano de transformação estrutural deve ser acompanhado de pedidos de monitoramento e de revisão periódica, pois os problemas estruturais são dinâmicos, experimentando alterações no curso do processo e mesmo na fase de cumprimento de sentença. O monitoramento pode ser feito pela apresentação em juízo de relatórios periódicos, sendo recomendável a designação de audiências para tal apresentação;

f) Também, de forma a garantir que a Administração observe o cronograma estabelecido e as medidas e parâmetros técnicos definidos pelo plano, deve conter sanções para hipótese de injustificado descumprimento;

³⁸⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática, JusPodivm. Salvador: 2021. p. 238-292. 2 ed.

g) Embora sejam possíveis também inspeções ministeriais e judiciais complementares aos relatórios, para garantir a confiabilidade destas, elas são limitadas na medida em que Juízes e Promotores não possuem os conhecimentos técnicos e científicos necessários. Por isso, deve haver pedido para que o Juiz determine que a avaliação dos relatórios e a constatação *in locu* seja feita por Órgão Ambiental do Estado ou pelo próprio IBAMA, que tem atribuição para atuar supletivamente, ante à impossibilidade dos municípios. Nada impede, contudo, que seja requerida a formação de um comitê plural para tal avaliação do plano, o que por vezes pode parecer mais adequado em alguns casos;

h) Pedido mais drástico, mais invasivo sobre as competências constitucionais originárias da Administração, que somente deve ser cogitado como última opção, é o pedido para que o Judiciário nomeie um terceiro com atribuição para executar e fiscalizar o plano de reestruturação, ou até mesmo elaborá-lo. Esse “interventor” impescinde do prévio afastamento do responsável pela administração do órgão ou política pública, ainda que apenas em parte de suas atribuições, o que além de uma intervenção de um poder estatal noutro (constitucionalmente autorizada), pode trazer efeitos colaterais indesejáveis, ensejando tensões institucionais e resistência, que devem ser evitadas o quanto possível.

Essa figura do interventor judicial encontra base legal no ordenamento jurídico vigente, na Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), que “estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”, e autoriza o decreto de intervenção judicial nas empresas, quando necessária para permitir execução específica, nomeando o interventor, como ensinam Didier Jr e Zaneti Jr.

Também cogitam da aplicação analógica do disposto no art. 99 da Lei de Falências (Lei 11.101/2005), que prevê a nomeação de Administrador Judicial para auxiliar na execução das medidas de reestruturação das entidades privadas.³⁸⁶

Como visto, são os municípios dotados de um papel de extrema relevância para o combate da poluição em todas as suas formas, ora atuando com base em suas próprias competências constitucionais, ora cooperando paralelamente com o exercício do poder de polícia ambiental reservado à União e aos Estados, dada sua

³⁸⁶ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 603. v. 04.

maior capilaridade e proximidade com os problemas, em comparação com os entes maiores.

Por exemplo, o Município é obrigado a zelar pelas áreas verdes, como praças e parques instituídos a bem do equilíbrio ecológico das cidades. Até mesmo a poda de árvores existentes em espaços públicos (praças, áreas verdes, ruas etc.) não pode ser feita de forma aleatória e imotivada, mas apenas de modo que não comprometam os atributos que justificam a proteção, o que exige a realização de estudo prévio de impacto ambiental, mesmo que seja omissa a legislação municipal, força do disposto no art. 225, §1º, III, da CF/88, de pronta aplicabilidade (competência exclusiva estritamente local).³⁸⁷

O zoneamento ambiental efetuado pela municipalidade é instrumento de acentuada importância para uma política preventiva e restauradora do ambiente, de modo a exigir um sistema de autorização e fiscalização eficientes, sem os quais estará com sua omissão permitindo a exposição da saúde dos munícipes a riscos de danos, devendo o Ministério Público e o Judiciário estarem atentos e atuarem para sanar tal omissão, se necessário for.³⁸⁸

Outra questão de interesse local que exige a implementação de políticas ambientais adequadas pelo município é a dos resíduos potencialmente prejudiciais, que devem ser depositados em local menos inapropriado possível, e após o adequado tratamento, diminuindo os impactos negativos para sua população e para o ecossistema.

Deve exercer diuturna fiscalização para que resíduos produzidos noutras localidades não sejam irregularmente levados e depositados em seu território, pois tal aceitação exige ato administrativo ou lei devidamente justificáveis.³⁸⁹

Quanto aos ruídos, a poluição sonora também depende da atuação a contento dos entes locais, que devem garantir a aplicação da legislação federal e municipal já existentes a respeito (competência comum cooperativa), ou mesmo editar legislação suplementar própria que aumente o nível de proteção ambiental, adequando-a às particularidades locais (competência suplementar). Por exemplo, determinando utilização de materiais isolantes do som, construção de barreiras acústicas etc.

³⁸⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 486-487.

³⁸⁸ Op. cit., p. 488.

³⁸⁹ Op. cit., p. 491-492.

Embora seja competência privativa da União legislar sobre trânsito (art. 22, XI, da CF/88), o município pode e deve legislar suplementando com vistas ao interesse local específico, bem como garantindo a aplicação da legislação federal, o Código Brasileiro de Trânsito (Lei 9.503/1997) e atos normativos gerais expedidos pelo CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito.

Aliás, cabe ressaltar que no que se refere ao trânsito de veículos automotores de via terrestre, o art. 23, III, do CTB, autoriza que mediante convênio com o Estado, o Município assumira a fiscalização do trânsito local, como agente da autoridade de trânsito.

Já a Lei 13.022/2014, o Estatuto Geral das Guardas Municipais, traz no art. 5º, VI, a possibilidade de convênio para que a Guarda Municipal atue como polícia administrativa de trânsito. No entanto, ainda hoje parece válida a observação de Farias: “Destarte, o problema não é a competência em si, mas a capacitação para exercê-la de fato.”³⁹⁰

Em continuidade, indica três exigências que devem ser cumpridas pelo município, sob pena de ver o órgão ambiental estadual atuando diretamente em seu território, mesmo que sobre questões que seriam, em princípio, de interesse local, nos termos do art. 15, II, da LC 140/2011: I – ter um órgão ambiental; II – ser esse órgão ambiental capacitado; III – ter Conselho Municipal do meio ambiente.

Obviamente, ante o princípio da estrita legalidade administrativa, deve haver lei local instituindo e atribuindo expressamente as competências de polícia administrativa ambiental ao órgão, inclusive criando e disciplinando os cargos de fiscais ambientais, técnicos ambientais, analistas ambientais etc. Dada a competência para auto-organizar seus serviços, poderá adotar a forma centralizada, como secretaria ou departamento, ou descentralizada, como agência, autarquia, fundação e até mesmo sociedade de economia mista.

O mesmo autor parece correto quando afirma que, embora a única exigência da LC 140/2011 seja “o número de técnicos compatível com a demanda”, a interpretação correta deve ser no sentido de que disponha também de quadro pessoal devidamente capacitado para o controle ambiental, além de equipamentos, sem os quais não estará atendendo ao princípio da eficiência no exercício da tutela ambiental.

³⁹⁰ FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental**: aspectos teóricos e práticos. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 157.

De toda sorte, a LC 140 não cuidou de fixar os requisitos mínimos para que se considere adequado o aparato municipal de polícia administrativa ambiental, tendo o legislador delegado tal aferição aos Conselhos Ambientais dos Estados, o que, inclusive, tem suscitado na doutrina a hipótese de inconstitucionalidade dessa disposição, por implicar no avanço de um ente sobre competência de outro. Porém, até o presente não há medida judicial de controle concentrado suspendendo a eficácia do artigo da LC 140.

A respeito da problemática da definição do conceito de quadro técnico adequado, aponta Farias³⁹¹ que tal não é fácil, pois a composição variará de acordo com as características específicas de cada um destes entes, como se pode notar da transcrição que aqui se faz oportuno:

Na verdade, não há como estabelecer exigências técnicas sem conhecer a realidade regional e local. [...] A identificação do perfil ambiental do lugar, como número e espécies de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, e recursos naturais existentes (tipos de solo, fauna, flora, paisagens, recursos hídricos etc.), é pré-condição para definição da quantidade e da qualificação dos profissionais envolvidos e das metas a serem atingidas. Com efeito, tudo terá de ser definido em função da economia, da extensão territorial e das riquezas naturais, pois o planejamento ambiental de um município de vocação industrial será distinto do de vocação turística e assim por diante.

Tocante à obrigatoriedade do Conselho Municipal de Meio Ambiente, ressalta a participação popular e a transparência, restando à lei municipal que o criar definir a forma de participação da sociedade civil.

Na observância dos princípios ambientais, deverá a Câmara de Vereadores buscar como paradigma o Decreto n.º 99.247/90, que disciplina o CONAMA, já que a própria estrutura do SISNAMA exige uma simetria federativa.

A Constituição autoriza os entes instituírem taxas a serem cobradas em razão do exercício do poder de polícia (art. 145, II, 1ª parte). Aliás, no nosso Ordenamento o conceito de poder de polícia é dado pelo Código Tributário Nacional, art. 78, recepcionado pela CF/88 com força de Lei Complementar.

Por se tratar de tributo, a taxa de polícia administrativa ambiental só pode ser instituída por lei, em sentido estrito, em observância ao princípio da legalidade tributária (CF, art. 150, I).

³⁹¹ FARIAS, Talden. **Competência Administrativa Ambiental: Fiscalização, Sanções e Licenciamento Ambiental na Lei Complementar 140/2011**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 161.

O exercício do poder de polícia administrativa ambiental deverá ser efetivo para legitimar a cobrança da taxa, pois o fato gerador de um tributo tem que ocorrer para que surja a obrigação tributária do contribuinte de pagar.

5.10.7 Conciliação Estrutural Ambiental

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, como já visto diversas vezes, é um bem coletivo de profícua difusão por todo o corpo social, sendo tarefa impossível tentar estabelecer qualquer delimitação de grupos de titularidade. Demais disso, por opção constitucional (art. 225, *caput*) a sua tutela incumbe não só ao poder público, mas também a todo e qualquer cidadão, aspectos estes que tornam o tema da conciliação ambiental merecedor de um exame acurado, à parte, também recomendável à luz das características da complexidade e policentrismo que envolve problemas de desestruturação do poder de polícia ambiental.

Durante algum tempo pairaram dúvidas sobre a possibilidade dos legitimados extraordinários para a tutela coletiva firmarem acordos extrajudiciais ou judiciais sobre direitos materiais metaindividuais, dos quais não são titulares.

Na atualidade, tais dúvidas não mais subsistem, na medida em que o art. 113 do CDC alterou a redação do art. 5º, §6º, da LACP, dispondo que “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.³⁹²

5.11 Sentença estrutural ambiental

Na concepção de Didier Jr e Zaneti Jr³⁹³:

Decisão estrutural é aquela que, partindo da constatação de um Estado de desconformidade, estabelece o Estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meio). Em essência a Decisão estrutural não estrutura, mas sim reestrutura o que estava desorganizado.

³⁹² AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 70.

³⁹³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 591. v. 04.

Ocorre que essa reestruturação de instituições ou políticas públicas deficitárias envolve a conjugação de várias atividades, a cargo de vários agentes administrativos e políticos, competências legislativas, normativas e executórias que extrapolam os conhecimentos jurídicos do Juiz responsável pelo julgamento da ação estrutural, constituindo um enorme desafio construir uma sentença que supere os obstáculos que possam embaraçar a efetividade da sentença estruturante. “Os atos de preparação para o cumprimento da obrigação de fazer devem ser internamente analisados e decididos por agentes e servidores de vários órgãos do ente público”.³⁹⁴

Esses aspectos próprios da tutela estrutural se mostram pouco compatíveis com o modelo tradicional de litigância coletiva, ainda fortemente marcado pela clássica doutrina da litigância individual, baseado em “ordens específicas e rígidas” estabelecidas pelo Judiciário, numa única decisão que concentra todos os elementos do litígio, e que simplesmente deve ser cumprida pelas partes, sem espaço para negociação quanto às formas e meios de cumprimento da obrigação, sob pena da adoção de medidas coercitivas para cumprimento forçado.³⁹⁵

Consoante advertência de Dantas³⁹⁶:

Quando o órgão judicial não tem todas as informações necessárias para a emissão das ordens executivas, quando a política pública objeto da ação é exercida em larga escala e com inúmeras variáveis, a utilização dessa técnica de implementação é perigosa. De fato, é possível que a ausência dessas informações, aliada à utilização de ordens rígidas e desproporcionais, leve à implantação de medidas que sejam excessivamente invasivas e de difícil ou impossível cumprimento [...].

O panorama coloca como grande desafio ao julgador estabelecer soluções flexíveis, capazes de equilibrar as ordens judiciais com as atividades que ocorrerão no âmbito extrajudicial, pois “não se alcança algo de tanta envergadura só com ordens fechadas e rígidas, ou privilegiando estas, mas através de soluções flexíveis e adaptáveis à mutabilidade do conflito.”³⁹⁷

³⁹⁴ DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado**: Dos litígios estruturantes. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 61-64.

³⁹⁵ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**: A tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo Poder Público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 125-129.

³⁹⁶ Op. cit., p. 150-151.

³⁹⁷ BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos Processos Coletivos Estruturais**: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 102-103.

Devem os julgadores diante de uma ação coletiva estrutural resistirem à tentação de aplicar as formas de tutela coletivas comuns, tentando fazer a reforma institucional “a conta gotas” julgando na verdade inúmeros casos individuais repetitivos, “na crença de que, a partir dessas decisões, o sistema poderá ser reformado”, o que a experiência jurídica brasileira já comprovou ser insuscetível de ser concretizado.³⁹⁸

Expectativas irreais acerca da efetividade da sentença acarretam consequências como a frustração dos sujeitos processuais, que terminam perdendo o interesse na reestruturação necessária, contentando-se com um mínimo obtido, de forma imediatista, que não resolverá a violação sistemática do direito fundamental metaindividual. Exige-se, portanto, do Julgador

um raciocínio tipicamente legislativo, que responde às circunstâncias fáticas e não à norma abstrata. O Juiz analisa a realidade para verificar quanta dignidade é possível realizar, com as condições materiais que estão disponíveis”, balanceando legalidade e realidade.³⁹⁹

Na explicação deveras elucidativa de Gismondi⁴⁰⁰:

A complexidade da execução deve ser identificada pelo Magistrado, no caso concreto, mediante raciocínio prognóstico, com avaliação da crise satisfativa existente. [...] Partindo da cuidadosa análise do caso concreto, despindo-se da tradicional visão da execução como atividade jurisdicional necessariamente imperativa e sancionatória, deve o Magistrado ponderar qual o método de solução da crise de satisfação que se revele mais adequado, necessário e proporcional, que harmonize e pondere a necessidade de satisfação da pretensão com a realidade e as respectivas dificuldades práticas de sua efetivação.

Parte da doutrina tem encontrado na sentença estrutural uma “natureza jurídica individualizada estrutural”, uma espécie dentro do gênero sentença, enquanto “norma jurídica individualizada” elaborada pelo Juiz, agente político, para regulamentar um determinado conflito concreto. Tal espécie de Sentença é composta por uma “decisão matriz” (postulado teórico) que se desmembra em mandamentos executivos ou “provimentos em cascata”.⁴⁰¹

³⁹⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: **Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; Marco Félix JOBIM. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 361.

³⁹⁹ Op. cit., p. 351-353.

⁴⁰⁰ GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes: Da Execução negociada à Intervenção Judicial**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 212.

⁴⁰¹ ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas de. A Sentença estruturante e o pleno acesso à Justiça: em busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; Marco Félix JOBIM. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 1.145-1.146.

Parece corretíssima a observação de Didier Jr e Zaneti Jr⁴⁰², que ao concordarem com o conteúdo complexo e semelhante à estrutura normativa em geral, enxergam na decisão estrutural duas normas imbricadas, uma de conteúdo principiológico e outra de conteúdo regra, cada qual operando seus efeitos naturais na solução do litígio coletivo policêntrico e complexo.

Vejamos:

Essa decisão tem conteúdo complexo.

Primeiro, ela prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; O seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontológica de uma norma-princípio.

Segundo, ela estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontológica de uma norma-regra.

Essas “técnicas decisórias heterodoxas” constituem uma evidente ruptura com o modelo dualístico do Processo Civil Brasileiro, conformado com uma única decisão, lastreada na pretensão de que compreenda toda a dimensão do litígio, voltando os olhos para o pretérito.

Agora, nos processos estruturais, pretende-se seguir “uma lógica de provimentos em cascata”, desmembrada numa “Decisão núcleo” ou “Decisão de primeira impressão” que aborde apenas os aspectos gerais do problema, postergando para o futuro as ações específicas para solucionar cada um dos pontos nos quais desdobra o problema, pois exigem “testagens e estudos extensos”.⁴⁰³

Tais técnicas decisórias heterodoxas, das quais impescindem o emprego na prolação de uma sentença estruturante, exigem por certo uma boa dose de relativização dos princípios da demanda (imutabilidade das partes, pedido e causa de pedir, após superados os momentos processuais indicados na Lei) e da congruência/adstrição (o julgador é limitado objetivamente aos termos do pedido, sob pena de nulidade da sentença *ultra, extra e citra petita*).⁴⁰⁴

⁴⁰² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 591. v. 04.

⁴⁰³ VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourada Mapurunga. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; Marco Félix JOBIM. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 392.

⁴⁰⁴ VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourada Mapurunga. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; Marco Félix JOBIM. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 392-393.

Parece assistir razão à parcela majoritária da doutrina que vislumbra a possibilidade de obter o necessário lastro jurídico para uma interpretação do pedido compatível com os nuances do litígio estrutural, nos mecanismos já existentes na legislação processual, sobretudo após entrar em vigor o Código de Processo Civil de 2015.

Vitorelli lembra que o CPC/2015 eliminou preceito subjacente dantes contido no art. 293 do CPC/1973 que dispunha: “Os pedidos serão interpretados restritivamente”. Agora prevalece o comando normativo inserto nos Arts. 322, §2º, 341, III e 489, §3º, autorizativo de uma verdadeira interpretação aberta e flexível do objeto delineado pelo autor.⁴⁰⁵

Tocante à flexibilização da interpretação do pedido pelo julgador nas ações coletivas estruturantes, Pinto destaca o contido nos Arts. 141 e 492 do CPC/2015, ao restringirem a cognição judicial à delimitação do objeto na inicial, devem ceder frente algumas devidamente autorizadas por regras de exceção constantes do próprio estatuto processual, e outras disposições contidas no microsistema processual coletivo.⁴⁰⁶

Segundo o autor, bons exemplos são os Arts. 497 e 536 do CPC que autorizam o Juiz a agir de ofício e determinar medidas tendentes a assegurar a tutela específica das prestações de fazer ou não fazer, que não tenham sido requeridas pelo autor (toda e qualquer prestação de fazer ou não fazer, não somente quando essa modalidade constitua o próprio objeto do vínculo jurídico).

Da mesma forma, o próprio microsistema processual civil coletivo contém no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor idêntica previsão, tendo este a primazia para ser aplicado também na espécie estrutural de ação coletiva. No entanto, também lembra que a flexibilização encontra limites no próprio ordenamento, já que o art. 322 do CPC dispõe que

Quando o Código exige que o pedido seja certo, portanto, ele não está se referindo ao pedido imediato, mas ao pedido mediato: o bem da vida que se pretende obter em juízo, o qual deve estar expresso e especificado na Petição Inicial.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 316-317.

⁴⁰⁶ PINTO, Henrique Alves. A condução de decisões estruturais pelo Código de Processo Civil de 2015: breve análise teórica e pragmática. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; Marco Félix JOBIM. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 540-544.

⁴⁰⁷ PINTO, Henrique Alves. A condução de decisões estruturais pelo Código de Processo Civil de 2015: breve análise teórica e pragmática. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; Marco Félix JOBIM. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 541-544.

Também se pode extrair de Yeda e Santos⁴⁰⁸ entendimento no sentido de que:

os referidos preceitos contidos na legislação processual vigente permitam ao Juiz uma interpretação do pedido com a flexibilidade necessária à conformação com o objeto dos processos estruturais. É o que se vislumbra das assertivas seguintes.

Ressalte-se, neste ponto, a previsão do §2º do artigo 322 do Código de Processo Civil, de que 'a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.' O artigo 493 também permite que a Decisão seja ajustada à realidade ao permitir que o Magistrado leve em consideração, no momento de proferir a Decisão, o surgimento de algum fato superveniente que possa influenciar no julgamento, devendo ouvir previamente as partes.

Da mesma forma, o artigo 342, inciso I, permite à parte ré aduzir novas alegações após sua contestação relativas a direito ou fato superveniente. No tocante à execução, o artigo 505, inciso I, prevê a revisão do decidido no caso de relações jurídicas de trato sucessivo, bem como o artigo 536, estabelece que o Julgador determine as medidas necessárias, em obrigações de fazer ou não fazer, para a efetivação da tutela jurisdicional.

Todo esse arcabouço processual já positivado é deveras suficiente para se estabelecer um “modelo de ordens abertas e flexíveis” (diálogo recíproco das fontes normativas), capaz de atingir o desiderato de uma Sentença estrutural. Para Dantas:

Nesse modelo, a decisão judicial se limita a estabelecer diretrizes, princípios ou aspectos pontuais da política pública que devem ser corrigidos e observados para a proteção dos direitos fundamentais envolvidos, atribuindo às partes, em especial ao poder público, a discricionariedade no que toca à eleição dos meios necessários para o atingimento do fim proposto, ou seja, quanto a previsão de regras específicas ou de um regulamento para o atendimento ao fim proposto.

Em outras palavras, ao invés do modelo anterior, no qual o órgão judicial atua de forma monolítica, individual e solipsista, tem-se um sistema no qual o Juiz dialoga com as partes, define medidas executivas após ouvir e levar em consideração os argumentos e as informações apresentados, inclusive admitindo a negociação e a definição de medidas consensuais.⁴⁰⁹

Dentro do dever de cooperação, “as partes, junto com o magistrado, são protagonistas, responsáveis pela construção de uma decisão judicial justa e efetiva, em uma verdadeira comunidade de trabalho”.⁴¹⁰

Máxime nas ações estruturais, diferente do que normalmente ocorre nas

⁴⁰⁸ YEDA, Camila Perez; SANTOS, Moreira dos. **Processo Estrutural**: Controle jurisdicional de políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2021. p. 91-92.

⁴⁰⁹ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**: A tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 133-136.

⁴¹⁰ YEDA, Camila Perez; SANTOS, Moreira dos. **Processo Estrutural**: Controle jurisdicional de políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2021. p. 94-95.

demandas coletivas em geral, a correção ou implementação de políticas públicas, via judicial, o poder público ao ser demandado também terá todo interesse em buscar a solução mais adequada, da forma mais rápida possível, não sendo de seu interesse que em razão de rigidez interpretativa das regras da estabilização da demanda, seja a Ação extinta e sobrevenham inúmeras outras ações individuais, com risco de insegurança jurídica e desequilíbrio na execução orçamentária.

Vitorelli se refere a essa forma de construção da decisão estrutural como “método dialógico”, no qual o Juiz adota modelo de atuação próprio dos órgãos administrativos ou legislativos, ouvindo de forma direta ou indireta ao menos alguns grupos mais afetados, até mesmo em eventos públicos, de modo a encontrar as falhas nas propostas das partes formais e encontrar a mais razoável solução possível.⁴¹¹

Debruçando-se sobre o tema, Vogt e Pereira desdobram as “técnicas decisórias heterodoxas” nos seguintes eixos principais de uma decisão estrutural: a) Relativização da estabilização da demanda (partes, pedido e causa de pedir); b) Flexibilização da congruência objetiva (normalmente no curso da demanda são descobertos novos fatos e circunstâncias que seriam incompatíveis com o pedido inicial, se rigidamente interpretado); c) Delegação pelo juízo da cognição a entidades técnicas e científicas com expertise no tema da reestruturação, externos aos quadros do judiciários); d) Atuação do Juiz como espécie de supervisor hierárquico desse “delegatário”; e) Adoção de “sentenças com reservas” (que dependem de elemento futuro e incerto para que produzam alguns efeitos determinados); e f) Fracionamento da sentença (sentenças incompletas que exigem atividade judicial cognitiva posterior).⁴¹²

Merece destaque a técnica das “sentenças condicionais”, naquilo que se refere à autorização legal para serem utilizadas pelo magistrado. Segundo as mesmas pesquisadoras, podem ser encontradas no art. 492, p.u, do CPC, que ao excepcionar o *caput*, deve ser interpretada “no sentido de que certa é a decisão que não deixa dúvidas (obscuridade, contraditoriedade ou omissão) acerca de sua interpretação, o que não impede que a eficácia da decisão se submeta a um evento

⁴¹¹ VITORELLI, Edilson. **Litígios Estruturais**: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; Marco Félix JOBIM. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 355-356.

⁴¹² VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourada Mapurunga. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; Marco Félix JOBIM. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 392-397.

futuro e incerto”, como se dá na hipótese da multa cominatória por atraso ou descumprimento da obrigação de fazer.

Também se pode detectar condição suspensiva no art. 98, §3º, do CPC (que autoriza a cobrança de honorários de sucumbência do beneficiário da justiça gratuita se comprovada no prazo de cinco anos a alteração positiva de sua capacidade financeira).

Já no que se refere às sentenças com reserva, estariam legalmente autorizadas nos Arts. 354 e 356 do CPC, que autorizam o julgamento conforme estado do processo de forma parcial, quer extinguindo-o apenas em parte, sem resolução de mérito, quer analisando o mérito parcialmente.

Interessantíssima proposta é trazida na obra de Didier Jr e Zaneti Jr, que propõe a técnica das “decisões em cascata”, próprias das decisões estruturais, desmembrando-se a sentença numa primeira decisão genérica sobre o problema e outras decisões posteriores sobre as diversas questões pontuais que o desdobram, passível de ser extraída do comando do art. 493 do CPC, que impõe ao julgador ater-se às alterações fáticas no decorrer do trâmite da ação, de modo a elas também ajustar a sentença. Vejamos:

Outra característica marcante das decisões estruturais é que, muitas vezes, à decisão principal seguem-se inúmeras outras que tem por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal – é o que Sérgio Cruz Arenhart chama de provimentos em cascata.

Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principlológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer 'a primeira impressão' sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da 'decisão núcleo', ou para a especificação de alguma prática devida.

O art. 493 do CPC também ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais. Este dispositivo trata da tradicional ampliação do *thema in decidendum* e deve ser relido à luz da natureza flexível e indispensável ao processo estrutural.

Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda – e, de resto as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural – segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência.⁴¹³

⁴¹³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 610. v. 04.

A superação do litígio estrutural torna interessante essa técnica de “provimentos escalonados”, pois permite que os problemas “sejam resolvidos à medida que apareçam, por meio de permanentes concretizações de uma decisão judicial anterior de caráter inicialmente genérico”, à luz do caso concreto e das circunstâncias que surjam no curso da execução.⁴¹⁴

A sentença estrutural deverá deliberar sobre a futura atividade fiscalizatória judicial, pois essa intervenção permitirá que o juízo tenha contato direto e contínuo com as inúmeras informações que não teriam o mesmo grau de clareza e eficiência, se buscadas por outros mecanismos, como a simples análise distante de documentos, depoimentos etc.⁴¹⁵

Na atenta lembrança de Gismondi, o juízo deve estar ciente de sua limitação quanto à obtenção de todas as informações necessárias e para própria elaboração das medidas adequadas à complexidade dos problemas estruturais, “nessa perspectiva, na elaboração das medidas estruturantes, o magistrado deve contar com o apoio de auxiliares, inclusive de natureza técnica, que lhe permitam obter o mais fidedigno grau de informações necessárias”.⁴¹⁶

A decisão inicial nuclear e genérica deverá se fazer acompanhar de planos de reforma flexíveis, com primazia à reestruturação desejada, sujeitos a permanente revisão durante o desenvolvimento da fase de implementação, estabelecendo metas de resultado a serem executados pelo poder público, sob supervisão ou intervenção judicial.⁴¹⁷

O policentrismo intrínseco aos litígios estruturais potencializa ao máximo a conveniência da participação das partes e dos envolvidos mais diretamente na formulação de acordos quanto a este plano judicial de ação, que deve constar da sentença. Conforme ensina Dantas, são várias as vantagens desse consenso acerca do plano de atuação judicial.

Em primeiro lugar, a cognição de tais problemas exige um alto consumo de tempo e recursos judiciais, sabidamente escassos, além da dificuldade própria do magistrado com detalhes técnicos necessários à reestruturação da estrutura pública.

Em segundo lugar, os interesses de alguns ou de todos os participantes são,

⁴¹⁴ GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes**: Da Execução negociada à Intervenção Judicial. Curitiba: Juruá, 2018. p. 200-206.

⁴¹⁵ Op. cit., p. 258-259.

⁴¹⁶ Op. cit., p. 253-254.

⁴¹⁷ BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos Processos Coletivos Estruturais**: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 72-73.

em alguma medida, idênticos ou assemelhados, tornando mais desejável e adequada à cooperação recíproca para a reestruturação institucional desejada, devendo o Juiz intervir tão somente para decidir pontos controvertidos.

Em terceiro lugar, quanto maior forem os pontos de consenso mais justa será a solução final e mais realista e factível o cronograma de sua implementação, já que o poder público é quem detém, em regra, maior expertise institucional no tema.⁴¹⁸

Quanto ao plano judicial, a sentença inicial deverá estabelecer os parâmetros e indicadores condizentes com os objetivos traçados, de forma clara e objetiva, que proporcione um controle judicial mais forte e a redução da discricionariedade administrativa nesta fase.

Para tanto, parece ser indispensável a participação auxiliar de organizações ou profissionais especializados, quer na formulação desses parâmetros e indicadores, quer na aferição dos resultados obtidos pelo poder público, avaliando avanços, estagnações e retrocessos da política pública objeto da tutela reestruturante.⁴¹⁹

Não por outro motivo afirma Gismondi, “nos processos civis de interesse público que estabeleceram prestações de fazer complexas, a atuação de agentes auxiliares do juízo na tarefa de fiscalização e acompanhamento da execução se mostra essencial”.

Contudo, não deixa de lembrar que o art. 149 do CPC/2015 (em que pese ter ampliado o rol do Código anterior revogado), se limita em abrir o rol para outras funções a serem objeto das leis estaduais de organização judiciária.⁴²⁰

Não obstante a ausência de previsão expressa no CPC, bem como do aspecto aparentemente fechado do rol do art. 149 (exceto ante previsões em legislação estadual específica) a imprescindibilidade do auxílio desses *experts* é robusta por diversas razões, como o acompanhamento *in locu* das medidas estabelecidas e manterem maior equidistância do juízo frente aos problemas e partes, preservando tanto a sua imparcialidade como a imagem do próprio Poder Judiciário.

⁴¹⁸ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**: A tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 154-157.

⁴¹⁹ Op. cit., p. 158-160.

⁴²⁰ GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes**: Da Execução negociada à Intervenção Judicial. Curitiba: Juruá, 2018. p. 184.

Em casos mais extremados, podem, excepcionalmente, tais colaboradores, até mesmo encampar as funções dos agentes públicos demandados, de forma excepcional e pontual.⁴²¹

Dantas se refere aos auxiliares esporádicos do juízo em litígios estruturais como “mestres” (incumbidos da tarefa de coletar informações, apresentar propostas ou recomendações e avaliar questões de fato sobre o cumprimento das normas) e “monitores” (com tarefa apenas de informar ao julgador sobre o cumprimento das decisões judiciais pela administração pública, bem como sobre os resultados obtidos).

O fundamento legal para essa nomeação de um auxiliar externo aos quadros do Judiciário, com a função de participar, em menor ou maior grau, da elaboração do plano judicial de implementação e/ou monitorar a atividade da Administração Pública tendente a reestruturação determinada, pode ser extraído de algumas disposições legais já positivadas no Processo Civil Brasileiro, como o art. 139, IV do CPC, que estabeleceu verdadeira cláusula geral de adoção pelo Juiz de qualquer medida atípica necessária a compelir o devedor a cumprir sua obrigação de fazer ou não fazer, sem olvidar que tal comando também pode ser extraído das normas subjacentes aos Arts. 84, §5º, do CDC e 536, §1º, do CPC.

Interessantíssima proposição quanto a preceitos legais que podem também ser trazidos ao contexto dos processos coletivos estruturais, mediante adoção do diálogo recíproco das fontes normativas, são as disposições da vigente Lei de Falências (Lei 11.101/2005), cujo art. 99 prevê a nomeação na sentença que decretara a quebra do ente privado, de um administrador judicial que possa auxiliar o juízo na reestruturação da Empresa, e também do art. 102 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), cujos Arts. 102 e 107, §2º, autorizam ao Juízo Federal, na execução da decisão administrativa do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, nomear um interventor para administrar a empresa, quando se der recusa pelos gestores estatutários.⁴²²

Defensores dessa proposição, Didier Jr e Zaneti Jr atentam para a circunstância de que embora legalmente autorizada pela Lei de Defesa da

⁴²¹ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**: A tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 164-166.

⁴²² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 603-604. v. 04.

Concorrência, a intervenção judicial é medida deveras drástica, pois intervém na rotina da instituição pública a ser reestruturada, e interfere nas atribuições constitucionais e legais do gestor, somente podendo ser vista como absolutamente subsidiária e excepcional.

Em razão da característica do processo estrutural de buscar uma transição do estado de coisas, passando do atual estágio de desestruturação crônica e prolongada de uma instituição ou política pública para um estágio futuro de conformidade constitucional, a sentença estrutural deve também estabelecer um regime de transição, zelando pelo princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, e também da justa expectativa (quem está se relacionando com a administração pública, presume-se que de boa-fé acredita na legalidade de tal relação), evitando perplexidade social.

Tal obrigatoriedade hoje resulta do art. 23 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, devendo ser observada não só pelo Judiciário, mas por todo órgão público decisor, de controle interno e externo.⁴²³

Boa explicação acerca da conveniência do regime jurídico de transição constar da sentença estrutural é trazida por Osna, referindo-se ao caso em que o Ministério Público do Trabalho – MPT ajuizou Ação Civil Pública contra a Universidade Federal do Paraná – UFPR, buscando a extinção de contratos de pessoal terceirizado que prestava serviço no Hospital das Clínicas daquela Autarquia Federal, por entender que tais contratações padeciam de nulidade absoluta e assim deviam ser expugnados pela Justiça do Trabalho. Considerando o argumento da UFPR de que a extinção imediata dos contratos paralisaria as atividades do hospital público universitário, principal responsável pelo atendimento ao SUS no Paraná, mesmo que irregulares as contratações não poderiam ser simplesmente anuladas, sob pena de desestruturar mais ainda a instituição pública de saúde, o Juiz do Trabalho responsável pela ação coletiva estatuiu uma fase de transição de longo prazo, estipulando metas periódicas de substituição dos terceirizados por empregados públicos concursados, constando que a cada dois anos as partes se reuniriam perante o juízo, para avaliar a progressão das substituições.⁴²⁴

Por derradeiro, caso tenha havido requerimento do legitimado extraordinário nesse sentido, a sentença estrutural deverá analisar a possibilidade e conveniência de

⁴²³ Op. cit., p. 608.

⁴²⁴ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” - **Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; Marco Félix JOBIM. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 469.

determinar o cumprimento 219 antecipado das obrigações reconhecidas, força do disposto no art. 520, §5º, do CPC, também compatível e aplicável com o sistema processual coletivo.⁴²⁵

⁴²⁵ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**: A tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 118.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Constituição em 8 de outubro de 1988, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi aquilatado com o status de bem jurídico autônomo, um direito fundamental difuso, de terceira dimensão, cuja titularidade foi atribuída indistintamente à toda coletividade, inclusive às gerações futuras. Embora seja obrigação de todos zelar pelo equilíbrio ecológico, ao poder público cabe o dever de promover a tutela do meio ambiente de maneira eficaz e eficiente, combatendo a poluição e degradação ambiental, em todas as suas formas.

O tema ambiental tem como norma fundamental no Art. 225 da Constituição, que traz no *caput* os contornos necessários à definição e compreensão dos aspectos desse bem jurídico material, além indicar desde logo os principais instrumentos jurídicos a serem utilizados pelos poderes constituídos na tarefa de zelar adequadamente pela sua integridade, ao longo de seus respectivos parágrafos. Tudo sem olvidar de outras várias disposições espalhadas ao longo de texto constitucional, que também aludem à preservação do meio ambiente equilibrado.

Embora todas as normas constantes do bloco constitucional tenham eficácia imediata, pois contam com idêntica posição hierárquica dentro do ordenamento, não se pode negar o potencial para o momento de aplicação apresenta variação, a depender da densidade do conteúdo atribuído pelo constituinte na redação. Há preceitos que possuem potencial para serem imediatamente aplicados às hipóteses a que se destinam, enquanto outros dependem de complementação de seu conteúdo pelo legislador infraconstitucional.

Direitos fundamentais de terceira dimensão ou difusos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, exigem atuação positiva e contínua do Estado, que deverá promover um conjunto de ações planejadas e integradas, em diversas frentes de atuação, objetivando a implementação progressiva desses valores, com objetivos a curto, médio e longo prazo. Esses programas continuados estatais são o que se denomina políticas públicas.

Há casos em que o Constituinte cuidou expressamente de indicar determinadas políticas públicas como de observância obrigatória para os poderes constituídos, que nesses não possuem outra opção, senão obedecer ao comando constitucional e agirem para conformar a atuação estatal àqueles objetivos maiores

da sociedade brasileira. São as denominadas políticas públicas vinculantes ou cogentes, que vinculam constitucionalmente os Poderes estatais.

Diante de políticas públicas vinculantes, há drástica redução da discricionariedade administrativa, ao menos nos moldes daquela concebida na clássica doutrina do Direito Administrativo, embora não fique de todo suprimida.

A liberdade legalmente outorgada ao administrador fica adstrita à escolha da melhor forma de tutelar o direito fundamental difuso, dentre todas aquelas que a princípio se mostrem juridicamente possíveis. Não lhe cabe, contudo, decidir pela implementação ou não a respectiva política pública, eis que a decisão já foi tomada pelo próprio constituinte.

Esse é exatamente o que se dá com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma política pública constitucional do Estado brasileiro, vinculante ao poder público.

Ocorre que políticas públicas voltadas à implementação de direitos fundamentais difusos são bastante caras, dispendiosas para o erário, exigindo aportes consideráveis de recursos públicos, de forma continuada ao longo do tempo.

Por outro lado, no regime constitucional vigente, toda a atividade financeira do Estado, arrecadação e gastos, exige um planejamento técnico e complexo, a curto, médio e longo prazo, de modo a garantir o desenvolvimento socioeconômico sustentável da nação.

Esse instrumento de planejamento e gestão financeira do poder público é o Orçamento Público, que visa compatibilizar a arrecadação com as necessidades e demandas sociais por serviços públicos. No Brasil o Orçamento Público possui natureza de lei (CF, art. 165), de iniciativa privativa do Poder Executivo, devendo observar todos os requisitos constitucionais, formais e materiais, para edição dessa espécie normativa.

O controle de constitucionalidade das leis orçamentárias também pode ser feito pelo Judiciário, inclusive de forma difusa, por qualquer Juízo ou Tribunal, diante de um caso concreto que lhe seja submetido a julgamento. Sob óptica da Administração, o controle da execução do orçamento pelo gestor pode ser objeto de controle judicial de legalidade, sobretudo diante dos princípios constitucionais da legalidade, publicidade, eficiência etc. (CF, art. 37).

Também quando se tem em vista a tutela judicial do meio ambiente, mesmo sem negar a escassez de recursos frente a todas as contingências a serem

atendidas pelo poder público, há um patamar mínimo, sempre exigível, do qual não pode se omitir o administrador (mínimo existencial) e cuja inobservância legitima a intervenção do Judiciário na política pública, sem arranhar a separação dos Poderes.

A principal forma que pode se valer o poder público para contribuir com seu dever de proteção ambiental é o poder de polícia administrativa ambiental, consistente na atividade de limitar as liberdades individuais e a propriedade, nos termos da lei, para coibir que tais direitos venham a ser utilizados com abuso pelos seus titulares, em prol do interesse da coletividade, que repousa na manutenção do equilíbrio ambiental.

Não obstante a constitucionalização do meio ambiente em 1988, é fato inegável que a Lei 6.938/1981 já havia instituído no Brasil a Política Nacional do Meio Ambiente – PNAMA já havia instituído uma rede articulada integrando órgãos ambientais de regulação e execução federais, estaduais e municipais, compartilhando entre eles a responsabilidade pela conservação do ambiente. Trata-se do SISNAMA, Sistema Nacional do Meio Ambiente.

Tal lei foi recepcionada pela Constituição de 1988, que no art. 23 estatuiu competência material, executiva ou de implementação comum, cabendo a todos os entes federativos agirem de forma integrada e coordenada, em seus devidos espaços de atuação, com o escopo de possibilitar a mais ampla tutela possível do direito fundamental difuso.

Posteriormente, sobreveio a Lei Complementar 140/2011, norma geral editada pela União no exercício de sua competência legislativa concorrente, que sistematizou a competência material comum dos entes, de forma cooperativa, evitando entrechoques e dando a devida uniformidade à política ambiental brasileira, asseguradas as peculiaridades regionais e locais. Também estabeleceu competência subsidiária para os entes maiores atuarem, quando forem omissos os menores em suas competências originárias, ou não tiverem condições de fazê-lo ante a natureza ou a complexidade do empreendimento.

Do ponto de vista processual, em que pese existirem em nosso ordenamento ações específicas destinadas à tutela processual civil de direitos coletivos e difusos, sendo as principais a ação civil pública – ACP (Lei 7.347/1985), o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/1990) e ação popular constitucional – AP (4.717/1965), que com outros diplomas formam um microsistema processual civil

coletivo, estas não se mostram suficientes ante o atual desenvolvimento dos direitos metaindividuais, sobretudo os difusos, como o meio ambiente.

Há defasagens subjetivas e objetivas nessas ações clássicas de tutela coletiva, quando pretende judicializar políticas públicas para promover a tutela judicial dos direitos difusos, como o meio ambiente.

Do ponto de vista subjetivo, a adoção pelo microsistema processual coletivo da legitimação dos critérios da legitimação ativa extraordinária ou substituição processual e da representação adequada, limitando a determinadas instituições e entes jurídicos eleitos pelo legislador como representantes adequados da coletividade, se mostra em boa medida incompatível com a “conflituosidade intrínseca” dos litígios que envolvem políticas públicas que visam implementar direitos difusos.

Essa conflituosidade intrínseca significa que direitos fundamentais de natureza difusa contam com uma profusão de tal monta, que embora atinjam a sociedade como um todo, não o faz de modo uniforme, afetando de formas e em graus distintos os diversos grupos e subgrupos existentes no corpo social, mas que insuscetíveis de serem delimitados e identificados. Por mais atento e dedicado que seja, o legitimado extraordinário ou substituto processual não tem condições de atender simultaneamente essa gama de interesses, que muitas vezes se postam diametralmente antagônicos entre si, embora todos sejam aprioristicamente legítimos.

Objetivamente, os conflitos envolvendo direitos difusos são multifatoriais, decorrem de uma multiplicidade de causas e fatores, pois seu largo espectro faz com que se encontrem atrelados a situações fáticas muito variáveis, não sendo possível ao legislador antever a solução jurídica adequada para cada hipótese. Isso conduz logicamente à conclusão de que permitem várias maneiras diferentes de resolução legalmente admissíveis *prima facie*, característica esta que se tem sido denominada “complexidade”, e que irá refletir em grande dificuldade para que o legitimado extraordinário consiga entabular qual a solução mais eficiente e eficaz, sob o prisma da coletividade.

Litígios coletivos ambientais são por essência intrinsecamente conflituosos e complexos. Dada à total dispersão social bem jurídico ambiental, é impossível precisar grupos a partir da forma ou do grau de afetação pela solução adotada, bem como estabelecer qual a forma mais adequada, dentre as legalmente possíveis, de

compor esses mesmos interesses, que ora são harmônicos em parte, ora são totalmente antagônicos entre si.

Em que pese o esforço legislativo à época da edição da ação civil pública, para obter a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, e do inegável aperfeiçoamento do instituto pelo advento do Código de Defesa do Consumidor, ela traz em seu gene o caráter binário, resquício da dogmática processual clássica, erguida a partir das formas de tutela individual de direitos.

Concebida com escopo de controlar a legalidade de atos e procedimentos administrativos isoladamente considerados, ou mesmo das omissões injustificadas do poder público, mas de forma especificada visam impor o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer algo, também específico e bem delimitado, em prol de grupos indeterminados ou indetermináveis.

De índole cominatória, buscam assegurar o cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer pelo Estado, mediante cominações de gravames (normalmente multa diária) que induzam o gestor a tender à situação concreta, em tempo razoável.

Ora, a estruturação adequada do aparato de polícia administrativa ambiental por um ente constitucional não é algo que possa ser obtido com a simples condenação em obrigação de fazer. Muito longe disso, exige a formulação e implementação de política pública, com envolvimento de seus diferentes Poderes, órgãos e agentes, destinações orçamentárias suficientes, além da participação cooperativa de outros entes federativos, tudo de forma planejada e coordenada, assegurada a participação da sociedade civil, por seus diversos seguimentos, como associações comunitárias e classe, comunidades acadêmica e científica etc. Logicamente, isso não pode ser obtido em curto prazo.

A doutrina tem falado em “problema estrutural” quando há uma situação de desestruturação crônica e duradoura de um órgão público ou política pública constitucionalmente vinculante, que têm como finalidade promover a tutela de direitos fundamentais metaindividuais.

Quando esse estado de desconformidade institucional grave e generalizada é causa de violações continuadas de direitos fundamentais transindividuais, surge o denominado “litígio coletivo estrutural”.

Parece correta a proposição de que para ser considerado estrutural, um litígio deve conter cinco características: dinamicidade (a lesão deve estar em andamento,

não pode ser estanque), continuidade (perdurar por um espaço de tempo relevante, não pode ser por curto período), desestruturação (desorganização grave e generalizada), transindividualidade (desconformidades institucionais que lesam direitos individuais devem ser tratadas por ações individuais) e multifatorialidade (amanar de uma congruência de várias causas e fatores concorrentes).

Também não parece equívoco afirmar-se um sexto elemento característico próprio dos litígios estruturais, trata-se da sua “prospectividade”. Na solução dos litígios estruturais pouco importará o contexto de pouco, senão nenhuma utilidade identificar um ou alguns responsáveis pela desconformidade institucional instalada ao longo do tempo, até porque sua causalidade é multifatorial.

O caráter prospectivo dos litígios é outro traço marcante dos litígios estruturais que impõe fortes limitações para se obter soluções adequadas, mediante puro e simples emprego dos mecanismos e técnicas das ações típicas do macrossistema processual civil coletivo, pois são concebidas para o exame do pretérito, reconstituir fatos que ocorreram, verificar lesões já implementadas e nexos de causalidade, para recompor o estado de coisas anterior.

Nos litígios estruturais o viés é prospectivo, parte-se do presente para constatar o estado de desconformidade institucional crônica, almejando-se sua remoção, para atingir um estado de conformidade futuro, que faça cessar as violações continuadas ao direito fundamental difuso.

Apesar de balizadas opiniões defenderem a necessidade de positivação de uma nova modalidade de ação coletiva para enfrentar litígios estruturais, a maioria dos estudiosos do tema reputa tal positivação não só desnecessária, mas contraproducente. Se por um lado se apraz possível desenvolver um processo estrutural com emprego e adaptação das ações e técnicas processuais já existentes no nosso ordenamento, por outro é concebível imaginar que o legislador possa criar um instrumento processual capaz de atender à infinita variabilidade das nuances presentes em cada litígio estrutural concreto.

Atualmente fala-se na técnica do “diálogo recíproco das fontes normativas processuais”, a partir de um princípio da não taxatividade ou da máxima amplitude dos processos coletivos, extraído do art. 83 do CDC, somada à abertura trazida pelo CPC/2015, que também introduziu no sistema processual brasileiro diversas disposições e técnicas que também podem e devem ser utilizadas em sede de tutelas coletivas, visando ao fim último do processo, servir de instrumento para concretização de direitos e pacificação social.

Um forte exemplo disso é a regra de competência constante do art. 209 do ECA, que estatui a competência absoluta do Juízo do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou a omissão, para conhecer e julgar ações civis coletivas que tenham como fundamento políticas públicas de proteção dos direitos das crianças e adolescentes, também vinculantes ao poder público (CF, art. 227) e merecedoras de destinações orçamentárias privilegiadas (ECA, art. 4º, p.u., “d”), à similitude da tutela administrativa ambiental.

Essa integração da fonte normativa do art. 209 do ECA permite superarem-se as inadequações das regras de competência postas nos artigos 3º da LACP (local do dano) e 93, I e II do CDC (extensão territorial do dano), incompatíveis com a natureza prospectiva das ações coletivas estruturais, máxime as voltadas para políticas públicas de proteção ecológica.

A figura do *amicus curiae*, agora contemplada no art. 138 do CPC, mostra-se de grande valia para conformar o policentrismo e a complexidade das ações estruturais ambientais com a garantia constitucional de acesso (efetivo) à justiça, superando em boa medida as limitações da legitimidade ativa para as ações civis públicas, restrita àqueles entes e instituições escolhidos pelo legislador para promoverem a tutela coletiva dos direitos transindividuais.

Ainda inexistente consenso sobre a natureza jurídica desse novo ator processual (terceiro interveniente, auxiliar do juízo etc.), mas abre a possibilidade de que o juízo venha admitir a participação no feito de pessoa física ou jurídica, e até entes despersonalizados que possam com sua expertise científica, técnica ou empírica contribuir para a melhoria da decisão judicial, sobre tema de relevante interesse social, corroborando também a legitimação democrática da sentença.

Para ser admitido (sempre a critério do Juízo), além do potencial efetivo para colaborar com o julgador na formulação de uma decisão mais eficiente, deve demonstrar “interesse institucional”, um elo entre o direito difuso discutido e sua atividade científica, técnica ou social, que não se confunde e nem pode ser confundido com o interesse jurídico (condição da ação – CPC art. 17).

Não poderá ser admitido a participar do processo coletivo na condição de *amicus curiae*, todo aquele que possua interesse jurídico, isto é, que possa ser atingido pelos efeitos da sentença, de forma e com intensidade que o legitimam a ingressar no processo como na condição de assistente simples (CPC, art. 119) ou litisconsorcial (CPC, art. 124). Em suma, a intervenção do *amicus curiae* de ser

altruística, atua em prol do interesse da coletividade num todo, sendo-lhe vedado a defesa de interesse jurídico próprio, ou de algum grupo ou classe determinada.

A causa de pedir (fundamentos jurídicos do pedido) nas ações estruturais ambientais é a desestruturação crônica e duradoura dos instrumentos jurídicos administrativos previstos na legislação expedida pela União no exercício de sua competência privativa em matéria ambiental (por exemplo a Lei 6.938/1981 – PNAMA e LC 140/2011), pelos demais entes federativos, sobretudo no âmbito dos municípios.

Os instrumentos jurídicos administrativos concebidos pela legislação federal geral ambiental são exatamente as formas pelas quais os entes federativos deverão intervir legalmente nas liberdades individuais e na propriedade, sempre que se fizer necessário, para impedir que tais direitos possam ser utilizados de forma abusiva pelos titulares, em prejuízo do interesse maior da coletividade, na manutenção da higidez do ecossistema. Em sua, são os instrumentos postos pelo ordenamento para exercerem o poder de polícia administrativa ambiental, com eficiência.

O estado de desconformidade institucional, que constitui o fundamento jurídico da ação coletiva estrutural ambiental, estará caracterizado quando não estiverem razoavelmente estruturados os seguintes institutos:

- a) espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, §1º, III, e Lei 9.585/2000-SNUC);
- b) zoneamento ambiental (LPNAMA, art. 9º c/c Dec. 4.297/2002 e Lei 10.267/2001, art. 4º, *caput*, “c”);
- c) estudo prévio do impacto ambiental – EPIA (CF, art. 225, §1º, IV, c/c LPNAMA, art. 9º, III e Resoluções CONAMA 237/97 e 1/86);
- d) licenciamento ambiental (LC 140/2011 c/c Resolução CONAMA 237/97);
- e) fiscalização ambiental e sancionamento administrativo das infrações ambientais (CF, art. 225, §3º c/c LPNAMA, Arts. 9º, IX e 14, e Lei 9.605/98, art. 70, §1º).

Embora na sistemática processual, como regra, se exija do autor formular “pedido certo e determinado”, permite-se, excepcionalmente, pedidos genéricos (em quantidade e qualidade), nos casos em que tal precisão se mostre impossível. Dentre as exceções, consta justamente “quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato” (art. 324, *caput*, §1º, II).

Outro exemplo de diálogo entre as fontes normativas processuais, o art. 493 do CPC trouxe para o juiz o dever de levar em consideração no julgamento fatos apurados posteriormente à propositura da ação, mas que sejam capazes de influir no resultado da ação (modificativos, impeditivos ou extintivos), mesmo que ofício, desde que submetido à bilateralidade da audiência e da possibilidade de contraprova.

Em suma, o sistema processual civil vigente, considerado no seu todo, bem como as normas materiais que traçam as diretrizes gerais da política de proteção ambiental brasileira, permitem aos representantes legais da coletividade formularem pedidos suficientemente delineados, para serem admitidas em juízo ações coletivas estruturais visando compelir o poder público a implementar uma eficiente polícia administrativa especializada do meio ambiente.

Também sob a óptica do julgador, a técnica do diálogo recíproco das fontes normativas processuais permite superar as aparentes limitações que poderiam decorrer, em razão das características próprias dos litigiosa estruturais.

Por exemplo, os Arts. 322, §2º do CPC permita que o juiz proceda a uma interpretação flexível do “princípio da correlação ou congruência”, pelo qual estaria, ao menos em princípio, limitado a conceder a tutela dentro daquilo que foi expressamente pedido pelo autor, sob pena de ser considerada nula a sentença que conceda tutela diferente, mais ampla ou menos ampla. Agora, poderá fazê-lo, desde que demonstre, racionalmente, que sua interpretação tem consonância com a verdadeira vontade da parte, a partir do conjunto das postulações e de sua boa-fé presumida.

O mesmo raciocínio está autorizado ao interpretar a resistência formal dos requeridos na ação coletiva estrutural, pois a norma inserta no art. 341, III do CPC flexibiliza o ônus de impugnar especificamente todos os fatos articulados na petição inicial, podendo o julgador inferir uma resistência ampla e irrestrita, se racionalmente a contestação assim o permitir.

Ainda podem ser citados como instrumentos de flexibilização da adstrição do pedido, os Arts. 84 do CDC e 497 c/c 139, IV, do CPC, que mais autorizam ao Juízo lançar mão de medidas atípicas para induzir ou compelir o devedor a cumprir com a obrigação, de qualquer natureza, imposta na sentença.

A doutrina tem admitido no julgamento das ações estruturais a técnica “provimentos em cascata”, pela qual o julgador prolata uma primeira sentença de conteúdo genérico, limitada a reconhecer o problema estrutural e traçar diretrizes gerais para solução, e será complementada por outros provimentos posteriores, que abordarão as questões específicas que surgirão no curso do processo, adequando-se, assim, o

juízo à complexidade, multifatorialidade, dinamicidade e policentrismo dos litígios coletivos desta espécie.

Essa técnica resulta possível ante a integração racional de várias disposições processuais constantes do ordenamento, como o art. 354 do CPC, que autoriza o julgamento parcial do processo no estado, postergando-se o restante da cognição para após a instrução, e o art. 356 do CPC, em caso de cumulação de pedidos, possibilita o julgamento antecipado do mérito apenas quanto a alguns, postergando-se os demais. Também o parágrafo único, do art. 492 do CPC, autoriza prolação de sentença condicional, isto é, com eficácia sujeita a evento futuro e incerto.

Mais um bom exemplo de emprego do diálogo das fontes processuais, a transversalidade do Direito Ambiental a inesgotável gama de conhecimentos específicos que podem envolver cada litígio estrutural ambiental, pode ser enfrentada com boa dose de êxito com a nomeação pelo Juízo de auxiliares alheios aos quadros do Judiciário, com a expertise necessária para assessorá-lo, conforme a necessidade apresentada, mediante aplicação subsidiária do art. 99 da Lei de Falências, que prevê nomeação de um administrador judicial para auxiliar a reestruturação judicial de empresas privadas, além dos Arts. 102 e 107 da Lei de Defesa da Concorrência, que autoriza o Judiciário designar interventor para executar a decisão administrativa do CADE, caso recalcitem os gestores estatutários recalcitem fazê-lo.

Tudo sem se olvidar do emprego do “método dialógico”, pelo qual o Juiz ouve, de forma direta ou indireta, todos os interessados na construção da decisão do litígio estrutural, inclusive valendo-se de audiências públicas, lembrando-se que o dever de cooperação recíproca entre os participantes do processo ganha especial dimensão frente poder público, pois a promoção dos interesses da coletividade perfaz sua própria razão de ser, sobretudo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por isso, é que toda a discussão sobre o controle judicial de políticas públicas destinadas à implementação da tutela do meio ambiente não pode pôr de lado a questão da possibilidade de controle judicial do Orçamento Público, questão que suscita inúmeras dúvidas, não só no ponto da separação dos Poderes estatais, mas também sobre os possíveis parâmetros, limites e instrumentos processuais.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. Malheiros. São Paulo: 2000.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Tradução: Prof. Sérgio José Porto). Porto Alegre: Fabris, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. *In*: ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021.

ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). **Processos estruturais**. *In*: ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). A condução de decisões estruturais pelo código de processo civil de 2015. Salvador: JusPodivm, 2021.

ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). O processo civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos. *In*: ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021.

ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). **Processos estruturais**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). **Processos Estruturais**. *In*: ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. Salvador: JusPodivm, 2021.

ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). **Processos Estruturais**. *In*: ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (coord.). Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2021.

ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (org.). **A sentença estruturante e o pleno acesso à justiça**: em busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das políticas públicas. *In*: ARENHART, Cruz Sérgio. JOBIM, Félix Marco (org.). Processos Estruturais. Salvador: JusPodivm, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. FÉLIX, Marco (coord.). **Processos estruturais no DIREITO brasileiro**. Processos. JusPodivm. Salvador: 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2022.

BARBOSA, RUI. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, v. II. (Apud Paulo Bonavides, (curso de Direito Constitucional). São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020.
BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2021.

BAUERMANN, Desirê. **Structural injunctions no Direito Norte-Americano**. In: Sérgio Cruz; JOBIM, FÉLIX, Marco (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BENJAMIM, Antonio Herman V. **A citizen action norte-americana e a tutela ambiental**. [1991]. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062413.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, Gomes J.J. MENDES, Ferreira Gilmar e outros (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COTA, Samuel Paiva. **Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado: Dos litígios estruturantes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

DANTAS, Eduardo Souza. *Ações Estruturais e o estado de coisas inconstitucional*. Curitiba: Juruá, 2019.

DIDIER JR, Fredie e outros. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Disponível em: <www.mprj.mp.br?documentis/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Herme_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>. Acesso em 23/11/2021.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2021.

DIDIER JR., Fredie e Hermes Zanetti Jr. *Curso de processo civil, O processo coletivo*, vol. 4, 4ª ed. Salvador, Jus Podium, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. MERTINS, LEONARDO. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1992.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Talden. **Competência administrativa ambiental: fiscalização, sanções e licenciamento ambiental na lei complementar 140/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais. **Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46686/46645/96524>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

FIGUEIRA, Hector Luiz Martins. MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. O caso Brown versus Board of Education e a segregação racial nas escolas norte-americanas em paralelo com o racismo brasileiro. **Direito em Movimento**, v. 18 – n. 1, p. 159-174. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemmovimento_online/edições/volume18_numero1/volume18_numero1_159.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.

FISS, Owen. **The civil rights injunction**. Indiana University Press. Bloomington, 1978.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (Brasil). Disponível em: <<https://institudoc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianópolis.pff>>. Acesso em: 4 out. 2021.

FREITAS, de Passos Gilberto. Machado, Luíza Maria (coord.). **Sobre a efetividade da tutela ambiental**. In: FREITAS, de Passos Gilberto. Machado, Luíza Maria (coord.). Políticas públicas ambientais e tutela jurisdicional coletiva: breves reflexões. Campinas: Millenium, 2014.

FREITAS, Juarez. **As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração**. Revista do Programa de pós-graduação da UFC, v. 35, 2015.

Disponível em:

<https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11494/2/As_politicas_publicas_e_o_direito_fundamental_a_boa_administracao.pdf>. Acesso em: 02 mai, 2021.

GALDINO, Matheus Souza. **Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural**. Salvador: JusPodivm. 2021.

GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes: Da Execução negociada à Intervenção Judicial**. Curitiba: Juruá, 2018.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Pellegrini Ada. Watanabe, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas e seus limites**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). Outros limites do controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). Discricionariedade administrativa em matéria de política pública. In: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *In*: GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). A teoria da separação dos poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Pellegrini Ada. WATANABE, Kazuo (coord.). O orçamento e a “reserva do possível”: Dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Pellegrini Ada. Watanabe, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2002.

HARTMANN, Ana Lúcia. Ação civil pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais. *In*: ROCHA, João Carlos de Carvalho. *et. al.* **Ação Civil Pública: 20 anos da Lei 7.347/85**. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

INGO, Wolfgang Sarlet. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

JACOB, Cesar Augusti Alckmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. *In*: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 242.

JOBIM, Marcos Félix. ARENHART, Cruz Sérgio (coord.) Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais: bases para uma possível construção. *In*: JOBIM, Marcos Félix. ARENHART, Cruz Sérgio (coord.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021.

JUBILUT, Lyra Liliana. JUNIOR, Amaral do Alberto (org.). **O direito à saúde: perspectivas e possibilidades para uma proteção judicial mais exitosa – O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

JUNIOR, Alberto do Amaral. JUBILUT, Liliana Lyra (org.). O poder judiciário e os direitos humanos. *In*: **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LIRA, Adriana Costa. **O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de Processo Civil interpretado.** São Paulo: Atlas, 2004.

MARCATO, Carlos Antonio (org.). **Código de processo civil interpretado.** São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARIONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **As políticas públicas de igualdade e a discriminação racial.**

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Princípios jurídicos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico e o Princípio de Precaução.** IP, Belo Horizonte, nov./dez, 2014.

MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2020.

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa** (livro digital). Disponível em: <[www.https://michaelis.uol.com.br/busca/?r=0&f=0&t=0&palavra=programático](https://michaelis.uol.com.br/busca/?r=0&f=0&t=0&palavra=programático)>. Acesso em: 16 ago. 2021.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Processo Coletivo.** Salvador: JusPodivm, 2021.

OSNA, Gustavo. **Nem “tudo”, nem “nada”: decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos.** In: JOBIM, Marcos Félix. ARENHART, Cruz Sérgio (coord.). **Processos estruturais.** Salvador: JusPodivm, 2021.

PALUDO, Augustinho. **Orçamento Público**, AFO e LRF. Salvador: JusPodivm, 2020.

PIETRO, Di Zanella Sylvia Maria (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (coord.). **Tratado de direito administrativo** [livro eletrônico]: teoria geral e princípios do direito administrativo. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

PIOVESAN, FLÁVIA. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROCHA. João Carlos de Carvalho e outros (coord.). **Ação civil pública**: 20 anos da Lei 7.347/85. *In*: ROCHA. João Carlos de Carvalho e outros (coord.). **Ação civil pública e acesso à justiça**. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. Salvador: JusPodivm, 2021.

ROSA, João Carlos Carvalho. FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques e outro (coord.). **Ação civil pública**. *In*: ROSA, João Carlos Carvalho. FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques e outro (coord.). **Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária**. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **Processo estrutural**: controle jurisdicional de políticas públicas. Almedina. São Paulo: Almedina, 2021.

SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 115/127. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOUZA, Hêndrio Inandy José de. LEIMGRUBER, Mônica Pinto e outros (org.). **Inteligência, segurança pública, organização criminosa**. *In*: SOUZA, Hêndrio Inandy José de. LEIMGRUBER, Mônica Pinto e outros (org.). **A necessidade de criação de um subsistema de inteligência ambiental para eficiência da polícia administrativa ambiental**. p. 45-65. Brasília: Movimento, 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864052340/recurso-especial-resp-1479316-se-2014-0225211-9>>. Acesso em 21 mar. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resp 1.389.952/MT, 2ª turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03 jun, 2014. Dje 07 nov, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resp 1164017/PI. Primeira Seção. Rel. Min. Castro Meira, J. 24 mar, 2010. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/repetitivo/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=348&cod_tema_final=348>. Acesso em: 03 mai. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resp 650.728/SC, 2ª turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23 out. 2007. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/496365344/recursospecial-resp-1678972-sc-2016-oo76627-9>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). RMS 11499/MG. 1ª turma. Rel. Min. José Delgado, J. 01 mar. 2001. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 03 mai. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). RMS 12068/MG. 2ª turma. Rel. Min. Peçanha Martins, j. 17 set, 2002. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Disponível em

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443450232/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-153046-al2015-0100857-1>. Acesso em: 03 mai. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=S%DAMULA+618&p=true&tp=T>>. Acesso em: 14 out. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/44884192/agravo-remimental-na-peticao-no-recurso-especial-agrg-na-pet-no-resp-1336026-pe-2012-0156497-7>>. Acesso em: 14 out. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/673855756/recurso-especial-resp-1766158-sp-2018-0234943-6/inteiro>>. Acesso em: 14 out, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resp 625.249/PR, 1ª turma, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 15 ago. 2006, pub. Dje 31 ago, 2006. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7145033/recursospecial-resp-625249-pr-20004-0001147-9-stj/certidao-delulgamento-12862104>>. Acesso em: 05 dez. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resp n.º 1.023.053-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Dje de 16 dez, 2011. Disponível em

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.colas.+e+%40num%3D%221023053%22%22>. Acesso em: 04 out. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Emb. Dec. Na ADI 3.460/DF, Pleno, Rel. Min. Teori Zavasck. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7993717>>. Acesso em: 10 out. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Pleno, MS n.º 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Dje de 17 nov,1995, p. 69/206.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL(Brasil). ADI 3.943/DF, Ple0000no, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 7 mai. 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=9058261>>. Acesso em: 18 out. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL(Brasil). ADI 4.747/DF. Rel. Min. Rosa Weber. <<https://portal.stf.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339177662&ext=.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 1, p. 423. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VITORELLI, Edilson (org.). **Manual de direitos difusos**. *In*: A defesa jurisdicional dos direitos das crianças e dos adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2019.

VITORELLI, EDILSON **Litígios estruturais**: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

VITORELLI. Edilson (coord.). Tutela do meio ambiente. **Manual de direitos difusos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

YEDA, Camila Perez; SANTOS, Moreira dos. **Processo Estrutural: Controle jurisdicional de políticas públicas**. São Paulo: Almedina, 2021.