

EDUCAÇÃO AMBIENTAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL E RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA COSMOGONIA DE UM PARADIGMA INTERPRETATIVO MODERNO¹

Leonardo Alonso dos Santos

RESUMO: Analisa a possibilidade do ajuizamento da ação civil pública pelo Município, focalizando, sobretudo a responsabilidade civil subjetiva por omissão e a responsabilidade objetiva do ente público municipal. Para tanto, observa-se, no primeiro momento, a materialização do acesso à justiça no Estado Democrático de Direito, observando, especialmente, os processos coletivos. Já, no segundo momento, analisa-se, *in abstracto*, duas situações hipotéticas à luz das garantias do processo coletivo, as quais se entrecruzam com outros importantes institutos do direito processual e a responsabilidade civil administrativa, tais como, respectivamente, a legitimidade processual na ação civil pública e a ausência de responsabilidade do ente municipal em razão da inexistência da conduta omissiva do próprio Município e o dano eventualmente sofrido pelo munícipe. Deste modo, aponta a legitimidade ativa do Município na ação civil pública, consubstanciado através da efetiva fiscalização – materializada pelo poder de polícia –, como uma possibilidade de se afastar a responsabilidade civil subjetiva por omissão e, no que tange à responsabilidade civil objetiva do ente, nas causas relacionadas, especialmente, aos loteamentos clandestinos e às construções em área de proteção ambiental, também se evidencia a inexistência da referida responsabilidade objetiva.

1 O corrente trabalho é fruto de uma análise inédita sobre a possibilidade de inexistência da responsabilidade civil subjetiva por omissão em virtude da antecipação do ajuizamento de eventual ação civil pública pelo Município. Torna-se evidente, por outro lado, que determinadas críticas podem ser lançadas, destacando-se, a seguinte: como o Município poderia ajuizar uma ação civil pública antecipando determinado dano? De fato, não se trata de futurologia, mas sim de previsibilidade. É cediço que determinadas encostas apresentam mais vulnerabilidades do que outras, por isso, nesses casos, poderia o próprio Município se antecipar, e ajuizar a ação civil pública para afastar a discussão da omissão do ente. Ademais, não se vislumbra qualquer atitude antiética do Município, pois, como é cediço, em diversos momentos o próprio Ministério Público ajuíza centenas de ações civis públicas sem individualização do risco concreto, isto é, tratam-se, na verdade, de pedidos genéricos endereçados ao Poder Judiciário, no sentido de que se determine a apuração do efetivo dano ocorrido na localidade indicada, cerceando, por sua vez, o efetivo contraditório e a ampla defesa do ente público. No mesmo sentido: Apelação nº 0015114-62.2011.8.19.0042, Des. Helena Candida Lisboa Gaede - julgamento: 13/03/2012 - Décima Oitava Câmara Cível; Apelação nº 014588-95.2011.8.19.0042, Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho - Julgamento: 28/03/2012 – Décima Terceira Câmara Cível; Apelação nº 015043-60.2011.8.19.0042 – Des. Mauro Dickstein - Julgamento: 27/03/2012 – Décima Sexta Câmara Cível.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Responsabilidade Civil Administrativa. Legitimidade Ativa. Ação Civil Pública. Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

A presente reflexão é desenvolvida a partir de uma virada paradigmática acerca das ações civis públicas, sobretudo na esfera do “novo enfoque processual” apregoada pela doutrina, que deita raízes nas ondas renovatórias do acesso à justiça, nos termos do jurista italiano Mauro Cappelletti². Outrossim, a proposta reflexiva tem o condão de promover a defesa jurídica do ente público municipal, para inibir o excessivo contingente de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, sobretudo, no que diz respeito às áreas de situação de risco, enfatizando-se, nesse afã, as encostas que apresentam construções irregulares nessas áreas não edificáveis ou em áreas de proteção ambiental, bem como os loteamentos clandestinos.

Não obstante, o presente trabalho visa elencar determinadas decisões judiciais que corroboram a participação do ente público municipal no polo ativo da ação civil pública, nos termos do art. 5º, inc. III, da Lei nº 7.347/1985³, com o fito de proporcionar o efetivo acesso à justiça do Município nas demandas que versam sobre tutelas coletivas.

A pós-modernidade é um período de incertezas e crises, que potencializa a abertura às concepções de “segurança” em detrimento da liberdade. Em razão disso, o padrão racionalista e positivista ganha relevo para incrementar a construção de um mundo aparentemente mais apto às necessidades humanas, sendo o paradigma interpretativo desafiado diante do aumento da complexidade social. Nesse afã, a ciência pós-moderna – aqui situado o Direito – recebe a incumbência de romper com o paradigma clássico.

Sinto-me inclinado a estabelecer o diálogo entre o acesso à justiça e o processo coletivo com a temática por mim pesquisada, buscando aproximações, conexões e

² Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Editor, 1988.

³ Art. 5º da LACP - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei no 11.448, de 2007). III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei no 11.448, de 2007).

principalmente, a fim de estabelecer uma atitude reflexiva que possibilite uma práxis judiciária que contribua para potencializar a atuação do ente público municipal. Aliás, a legitimidade ativa do Município na ação civil pública, torna-se indissociável para melhor compreender determinados limites que adstringem as decisões de cunho responsabilizador.

Em razão disso, deve-se analisar a responsabilidade civil do Município, o qual busco desenvolver os aspectos significativos da legitimidade ativa na ação civil pública e a impossibilidade da configuração da responsabilidade subjetiva por omissão⁴, através da abordagem de dois casos, em abstrato, que serão oportunamente apresentados. Acrescenta-se que o efetivo acesso à justiça, no Estado Democrático de Direito, se materializa através de dois pontos cruciais, quais sejam: a contestação das políticas públicas e a participação da população na tomada de decisões⁵.

Nesse sentido, o direito processual moderno, os princípios⁶, bem como os direitos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, devem ser harmonizados, tendo em vista que determinam os padrões éticos, legais e políticos do processo, corroborando, em especial, o “novo enfoque processual”, consubstanciado através da materialização do acesso à justiça nos processos coletivos.

Esta proposta reflexiva tem como objetivo analisar a íntima relação entre a legitimidade ativa do Município na ação civil pública, que, através do efetivo poder de polícia⁷, v.g., a fiscalização de áreas de risco já salientadas pelos órgãos municipais⁸, possibilita, desse modo, o afastamento da responsabilidade civil subjetiva por omissão, bem como o afastamento da responsabilidade civil objetiva, v.g., ação civil pública

⁴ Com o desenrolar do trabalho será dito o motivo de considerarmos, no presente caso específico, o motivo da responsabilidade ser subjetiva, e não objetiva, sendo, imprescindível, para tanto, a distinção entre objeto a ser tutelado pela ação civil pública.

⁵ Vide HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução por Berilo Vargas. 10ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁷ Em se tratando de prevenção, é imprescindível que o Município exerça seu poder de polícia, tomando todas as medidas necessárias para evitar a ocupação em locais inapropriados.

⁸ Apresento a hipótese jurídica desenvolvida por mim, que pode ser compreendida como o subsídio para a estruturação de um novo pensamento crítico dos sujeitos na ação civil pública, especialmente no aspecto relacional da responsabilidade civil subjetiva por omissão. Diante da inexistência de materiais que tratam sobre o assunto, a escolha temática do *corpus* da proposta reflexiva fica aparentemente comprometida. Entretanto, norteado pela boa prática jurídica – tecnicidade e acuidade perceptiva dos fatos sociais –, entendo que tal hipótese é perfeitamente viável, tal como será observado ao longo da exposição, estruturando-se um raciocínio por meio da retirada do véu das consideradas certezas absolutas, bem como a incidência de luz em um prisma axiológico e ético para a construção de um novo olhar.

proposta por determinado Município objetivando a renovação de licenças ambientais para construção de espigões para contenção do avanço do mar em sua orla marítima, objetivando anular a decisão em outra ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, que somente considerou os pedidos do *parquet*, sem proporcionar o efetivo contraditório ao ente político, muito menos o respeito ao princípio da proporcionalidade dos gastos do Município em políticas públicas⁹; e, ainda à guisa de ilustração, destaca-se a decisão em sede de ação civil pública, proposta por um determinado Município, sobre a afixação de placa no local informando que o loteamento é irregular¹⁰.

Em outras palavras, aponta a legitimidade ativa do Município na ação civil pública, caracterizada através da efetiva fiscalização, que se materializa pelo efetivo poder de polícia¹¹¹², como uma possibilidade de afastar a responsabilidade civil subjetiva por omissão. Já, ao seu turno, a responsabilidade civil objetiva do ente poderá ser afastada nas causas relacionadas aos loteamentos clandestinos e às construções em área de

⁹ Ementa: PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. **ACÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MUNICÍPIO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES-PE OBJETIVANDO A RENOVAÇÃO DE LICENÇAS AMBIENTAIS PARA CONSTRUÇÃO DE ESPIGÕES PARA CONTENÇÃO DO AVANÇO DO MAR EM SUA ORLA MARÍTIMA.** [...]DEFESA DO MEIO AMBIENTE. TERRENOS DE MARINHA. ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS NO PROCESSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.** MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA ATINENTE À LEGITIMIDADE AD CAUSAM E ADEQUADA INTERVENÇÃO DO PARQUET.

(TRF-5 - Agravo de Instrumento AGTR 82315 PE 0071998-08.2007.4.05.0000. Data de publicação: 15/01/2010)

¹⁰ Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO PROCESSUAL CIVIL **ACÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MUNICÍPIO DE SÃO ROQUE COM VISTAS A REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO** MAGISTRADA A QUO QUE DEFERE PARCIALMENTE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA DETERMINAR O BLOQUEIO DA MATRÍCULA DO IMÓVEL E A **AFIXAÇÃO DE PLACA NO LOCAL INFORMANDO QUE O LOTEAMENTO É IRREGULAR** RECURSO PELOS REQUERIDOS PROVIMENTO PARCIAL DE RIGOR.

(TJ-SP – AI: 278528220128260000 SP 0027852-82.2012.8.26.0000, Relator: Sidney Romano dos Reis, Data de Julgamento: 16/04/2012, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/04/2012)

¹¹ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o exercício da função de polícia (tomada em sentido amplo, com a inclusão da atividade legislativa) se desenvolve em quatro fases (o denominado ciclo de polícia), a saber: i) **Legislação ou ordem de polícia;** ii) **Consentimento de polícia;** iii) **Fiscalização de polícia;** iv) **Sanção de polícia.** A **fiscalização de polícia** é uma etapa que está sempre presente no ciclo de polícia. Consiste na atividade pela qual a Administração verifica se o particular está cumprindo as regras emanadas na ordem de polícia (legislação) e, quando for o caso, se está observando as condições estipuladas na respectiva licença/autorização. A fiscalização possui uma **finalidade preventiva** e repressiva.

Vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

¹² Nesses termos, destaca-se a Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), que abrange ações de **prevenção**, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil.

proteção ambiental, se o próprio Município se antecipar e ingressar no polo ativo da ação civil pública.

Sendo imprescindível a utilização de uma boa técnica jurídica¹³ – aqui, frisa-se que a doutrina especializada não se debruça sobre o referido tema –, com o fito de sobrepor os obstáculos que se insurgem diante da verticalização do conhecimento da problemática. Para tanto, como já dito anteriormente, serão analisadas as possibilidades de se afastar a responsabilidade civil subjetiva por omissão e a responsabilidade objetiva, nas demandas que o próprio Município figurar no polo ativo da ação civil pública, destacando-se, eventualmente, determinada jurisprudência relevante ao tema, no sentido de verificar a aplicação prática das normas jurídicas ora debatidas.

O DIREITO DEMOCRÁTICO E FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA: O “NOVO ENFOQUE PROCESSUAL” DA TUTELA COLETIVA

De acordo com o art. 5º, XXXV, da CRFB/88¹⁴, muitas dimensões estão presentes dentro do direito de acesso à justiça, tendo em vista que, este, possui aplicabilidade imediata¹⁵, sendo considerado, nesse sentido, como cláusula pétrea¹⁶. Ao seu turno, torna-se passível de interpretação aberta, a fim de viabilizar o ingresso em juízo do Município nas ações civis coletivas e o efetivo contraditório participativo; em razão disso, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional¹⁷ impede a restrição pelo legislador do acesso ao órgão jurisdicional, sendo, portanto, poder-dever do Estado Democrático de Direito solucionar as lides suscitadas.

¹³ Como já dito anteriormente, torna-se elementar a tecnicidade e acuidade perceptiva dos fatos sociais, para a melhor compreensão da problemática.

¹⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - **a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**”;

¹⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º **As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata**”.

¹⁶ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

Nesse sentido, destaca-se a concepção *humanista* do processo. O anseio por um processo justo prognostica a elaboração de um meio justo, pretendendo-se, assim, obter subsídios para melhor interpretação e aplicação do acesso à justiça como direito fundamental inerente ao estado democrático de direito (GRECO, 2012, p.12)¹⁸.

Como afirma Campos e Silva, para que haja a concretude dos valores emanados pelo Estado Democrático de Direito, faz-se necessário a consolidação de uma sociedade justa, na qual manifeste no dia a dia a presença de costumes democráticos (CAMPOS E SILVA, 2013, p.4)¹⁹. Por isso, as instituições como as Procuradorias, o Ministério Público, os entes políticos e os Poderes devem ser garantidores do efetivo acesso à justiça administrativo, antes mesmo do “desague” da lide no próprio Poder Judiciário, a fim de promover a efetiva proteção dos direitos fundamentais na seara individual e coletiva.

Cumprе ressaltar que a doutrina inspirada em Mauro Cappelletti²⁰ destaca três ondas renovatórias do direito fundamental a garantia constitucional do pleno acesso à justiça. A primeira onda refere-se à assistência judiciária gratuita às pessoas hipossuficientes, bem como a isenção do pagamento das despesas processuais. A segunda onda está relacionada à excepcionalidade da legitimidade ordinária no tocante aos interesses difusos e coletivos que podem ser tutelados através da Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo. Por último, a terceira onda refere-se à busca da efetividade da jurisdição através de mecanismos capazes de proporcionar a concretização do efeito material da sentença em um lapso razoável de tempo, a fim de eliminar os exageros processuais.

Frisa-se, aqui, o terceiro postulado relacionado ao “novo enfoque processual”, sendo vinculado à Emenda Constitucional nº 45/04, que propõe melhorias para atingir a eficiência, inclusive em sede das tutelas coletivas, permitindo a efetiva interação entre a segunda e a terceira onda, que não se encontram isoladas em classificações estanques. O grande problema que se verifica hoje nesse novo enfoque, talvez não seja o mero acesso ao judiciário, uma vez que se encontra formalmente acessível, mas a grande preocupação é sair do judiciário com alguma solução efetiva.

¹⁸ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Marcia; RODRIGUES, Walter (Coord.), *O novo Código de Processo Civil: O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. São Paulo: Editora Elsevier, 2012.

¹⁹ SILVA, Ronald Campos e. *Processo de mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Editor, 1988.

Não obstante, os princípios fundamentais que estabelecem as diretrizes da Administração Pública se encontrarem elencados de forma explícita ou implícita na CRFB/88, tal como aqueles previsto no *caput* do art. 37, que, por sua vez, estabelecem expressamente os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nesse afã, constata-se que a presente Constituição enfatiza a preocupação da probidade das condutas dos agentes públicos, adotando-se, inclusive, a teoria do órgão, para indicar como os responsáveis pelos atos da administração direta e indireta, nas três esferas políticas, devem agir.

Com efeito, determinadas leis infraconstitucionais estabelecem outros princípios capazes de influenciar a atividade do Administrador Público, tal como se percebe na lei 9.784/1999, que elenca, no artigo 2º, os seguintes princípios da Administração Pública:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Nesse sentido, o rol do art. 2º é *numerus apertus*, pois não indicam a totalidade de princípios que orientam a Administração e não exclui outros constantes em leis, jurisprudência e doutrinas. Dessa forma, os princípios legitimam a dogmática jurídica em um Estado Democrático de Direito, traduzindo a essência e todos os valores que inspiram um determinado ordenamento jurídico. Conforme salienta Humberto Ávila, “os princípios são normas imediatamente finalísticas”:

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta que foi feita como necessária à sua promoção. As regras podem ser

dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta que foi feita como necessária” (ÁVILA, 2004, p.129-130)²¹.

Ainda, a perspectiva do “novo enfoque processual” (ou terceira onda renovatória do acesso à justiça) apresenta forte relação com o Princípio²² da Economia Processual e o Princípio da Economicidade. O primeiro, intimamente relacionado à boa-fé objetiva – hoje exigida de todos aqueles que atuam no processo, inclusive do membro do Ministério Público –, impede o ajuizamento de demandas que apresentam meros pedidos genéricos (v.g., **Ministério Público que ajuizou mais de 300 ações civis públicas, todas destinadas a evitar deslizamentos de encostas em diversas áreas do Município de Petrópolis. Conexão não configurada. Causas de pedir distintas. Petição Inicial que não menciona o risco concreto na área indicada. Responsabilidade atribuída a cada ente federativo e demais réus não especificada (TJRJ - 014588-95.2011.8.19.0042 – APELACAO, DES. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO - Julgamento: 28/03/2012 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL)**), devendo, portanto, o Ministério Público se

²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

²² Registra-se que Dworkin e Alexy são responsáveis pela clássica classificação entre princípios e as regras. Para Dworkin, os princípios comportam exceção, porque são aplicados de acordo com os pesos e medidas. Entretanto, as regras não apresentam exceção, pois elas são aplicadas no tudo ou nada. O conflito entre regras é resolvido no plano da validade através do critério hierárquico, do cronológico, de especialidade etc. Ademais, de acordo com Dworkin, a colisão entre regras são resolvidas pelo critério de validade, pois não podem coexistir no ordenamento jurídico uma regra válida e outra não válida quando ambas estão em conflitos, ou seja, existindo duas regras que dispõem de forma oposta sobre uma mesma matéria, verifica-se uma antinomia, que deve ser resolvida a fim de se manter a harmonia do ordenamento jurídico (GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 188).

Nas lições de Luís Roberto Barroso, destaca-se a distinção entre norma-princípio e norma-regra. A primeira regula situações mais elásticas em virtude de seu grau maior de abstração, enquanto a segunda regula aspectos pontuais. Diferentemente dos valores, os princípios são investidos de eficácia jurídica e, mais do que isso, de efetividade, pois a constituição lhes conferiu essa característica (BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teoria e pratica*. Editora Fórum, 2012, p. 75).

abster de demandar em tais feitos, mormente em caso que não se constata urgência ou probabilidade de não realização do dano, para homenagear o Princípio da Economia Processual²³²⁴. Por sua vez, o segundo, apresenta como referência o art. 70, da CRFB/88, sendo concebido como um princípio geral do Direito Administrativo, tendo em vista seu espectro de aferição de desempenho em termos de *custo-benefício da administração pública*²⁵.

Torna-se possível elucubrar: **Seria econômico, no aspecto processual e administrativo, o ajuizamento pelo Município de eventual ação civil pública para afastar a possível responsabilidade do ente?** Como será observado ao longo do presente trabalho, a propositura da ação civil pública, nos casos que serão detidamente analisados, tem o condão de proporcionar o benefício econômico, no aspecto processual e administrativo.

Portanto, esse “novo enfoque processual” é visto, a partir da Constituição de 1988, tanto no aspecto individual, quanto no aspecto coletivo, diferentemente do que previa as constituições anteriores, que, em regra, eram silentes. Desse modo, para otimizar essa perspectiva ética do processo coletivo²⁶, faz-se necessário um olhar acurado da legitimidade ativa do Município na ação civil pública e a responsabilidade civil administrativa do ente político.

PRIMEIRO CASO: LEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO COMBATE DOS LOTEAMENTOS CLANDESTINOS E DAS CONSTRUÇÕES IRREGULARES EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

²³ **Quem protege tudo, na verdade, não protege nada.**

²⁴ Vide CNJ. *Justiça em números*: 2015 [ano base 2014]. Brasília: CNJ, 2015

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

²⁶ O processo coletivo tem por objeto a tutela dos chamados **direitos coletivos lato sensu**, gênero que comporta três espécies, indicadas no art. 81, parágrafo único, do CDC: (1) **direitos difusos**, (2) **direitos coletivos stricto sensu** e (3) **direitos individuais homogêneos**.

“Art. 81 [...] Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Pela relevância do tema, em abstrato, colhe-se da oportunidade para enfrentá-lo de forma conceitual, acerca da seguinte questão: qual o interesse do Município propor ação civil pública para o combate dos loteamentos clandestinos e das construções irregulares em área de proteção ambiental?

A fluidez de entendimento sobre o tema provoca uma reflexão abstrata para que se possa fixar, doravante, com mais solidez, a resposta à questão. Hodiernamente, vê-se diversas ações civis públicas movidas pelos entes municipais, especialmente, porque são muitas as situações que o Município é obrigado a fiscalizar, promovendo, inclusive, o adequado ordenamento territorial, através do planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano²⁷.

A CRFB/88 atribui ao Município a obrigação de controlar a ocupação do solo urbano, que, dentro do limite da razoabilidade, torna-se notório o referido controle. Todavia, é cediço que o Município não tem capacidade de fiscalizar todos os loteamentos clandestinos ou as construções irregulares erguidas em áreas de proteção ambiental, sendo, que, nesses casos, o Ministério Público ganha um papel protagonista, ajuizando, por exemplo, diversas ações civis públicas, a fim de combater a referida prática.

Entrementes, o excessivo ajuizamento de ações civis públicas pelo Ministério Pública nem sempre é salutar, pois, em diversos pleitos, o *parquet* se limita a requerer pedidos genéricos, sem sequer observar as políticas públicas adotadas pelo Município, tal como já fora dito anteriormente.

Nota-se que, em razão do Município figurar inúmeras vezes no polo passivo das ações civis públicas, esse, modernamente, busca figurar no polo ativo das demandas coletivas²⁸, argumentando que as políticas públicas imprescindíveis foram observadas, para que possa através dessa ação afastar a responsabilidade por omissão, quando, posteriormente, o *parquet* eventualmente ajuizar a ação civil pública com supedâneo na omissão municipal. Em outros termos, o Município não se omitiu, mas, o ente percebendo que será demandado pela suposta omissão, se antecipa ajuizando a ação civil pública.

²⁷ Vide art. 30, VIII, da CRFB/88.

²⁸ Art. 5o da LACP - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei no 11.448, de 2007). III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei no 11.448, de 2007). Frisa-se que, não obstante o Município já integrar o polo ativo na ação civil pública, este, venha a ser demandado, figurando, por sua vez, no polo passivo de outra demanda.

A legislação ambiental é solar ao estabelecer como objetiva a responsabilidade do causador de **dano ambiental**, tal como ocorre comumente no caso do loteamento clandestino²⁹ e as construções irregulares em área de proteção ambiental. Nesse sentido, destacamos, aqui, determinados julgados, enfatizando os proferidos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *In verbis*:

“Ementa: Ação Civil Pública proposta pelo Município, objetivando o cumprimento pelos réus da obrigação de fazer consistente na adoção de medidas capazes de garantir a segurança dos terrenos situados no Morro do Cafú, através da colocação de portão e contratação de vigias, a demolição das obras erguidas irregularmente, com a retirada dos entulhos e o replantio da vegetação desmatada, a fim de recompor o ambiente degradado, bem como indenização por dano moral ambiental. Sentença julgando procedente, em parte, os pedidos elencados na inicial, negando apenas a condenação em danos morais pretendida pela municipalidade. Apelação do Município do Rio de Janeiro pugnando pela modificação da Sentença para que seja reconhecido o dever de reparar os danos extrapatrimoniais causados à sociedade. Em apenso, Apelação Cível na qual houve a condenação do réu Lindomar e de outro demandado, à reparação e recomposição de danos ambientais, por ato praticado em relação a 01 dos lotes alvejados na

²⁹ Em sentido contrário: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOTEAMENTO IRREGULAR. DEMOLIÇÃO. MUNICIPALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. Na espécie, cuida-se de agravo de instrumento interposto pela municipalidade objetivando a revogação de tutela deferida que impediu a demolição de loteamento clandestino. Área já degradada, sendo tal fato público e notório. Poder de Polícia Administrativa que não é absoluto. Loteamento consolidado no tempo o que recomenda a regular instrução processual. Conduta omissiva do poder público, quando do início das construções, eis que detentor de autotutela. **Regularização do loteamento, nos termos do artigo 40 da Lei n.º 6.799/79, que deve observar o atendimento do interesse público, não se tratando de mera faculdade.** Possibilidade de concessão de tutela em face do poder público, consoante pacificado pelo E. STF, no julgamento da ADC 4. Recurso conhecido e improvido, nos termos do voto do Desembargador Relator. (TJ-RJ - AI: 00194789620178190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 3 VARA FAZ PUBLICA, Relator: CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR, Data de Julgamento: 05/09/2017, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/09/2017)

presente demanda. Constatase a sucessão infundável de ofensas ao meio ambiente nos 02 lotes, em razão do loteamento irregular e das construções realizadas em área de preservação permanente e na faixa de reflorestamento. Ausência de licença ou autorização dos órgãos competentes Atos praticados pelo réu Lindomar, promissário comprador de 01 lote e esbulhador de área pertencente à CEHAB, que é a proprietária de lote contíguo. A proteção ao meio ambiente, de relevância social e interesse público vinculado à tutela dos direitos coletivos, de patrimônio imaterial da sociedade, tem previsão constitucional no parágrafo 3º do artigo 225 E na legislação infraconstitucional, nos artigos 4º, inciso VII e 14, parágrafo 1º da Lei nº 6.938/81. Cabimento do pedido de indenização por dano ambiental, em relação a Lindomar, por meio de medidas para recomposição e compensatórias, cujo valor do dano moral coletivo deverá ser estabelecido em liquidação de sentença por arbitramento, destinado ao fundo gerido pelo Conselho Estadual, na forma do artigo 13 da Lei nº 7.347/85. Apelação da CEHAB que merece provimento, porque intentou Ação Reintegratória na Posse do lote de sua propriedade, logo que tomou conhecimento do esbulho praticado pelo 1º réu, além de noticiar o crime na Delegacia Policial - Parcial provimento da Apelação do Município e provimento do recurso da CEHAB.”.

(TJ-RJ – APL: 00758759520058190001 RJ 0075875-95.2005.8.19.0001, Relator: Des. Camilo Ribeiro Ruliere, Data de Julgamento: 02/12/2014, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 05/12/2014)

“Agravo de instrumento. Ação civil pública. Edificação irregular às margens de rodovia federal. Lei municipal. Prova pericial. Cerne recursal. Honorários periciais. Excessividade. Redução. Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Município de Angra dos Reis objetivando a demolição de edificação levada a efeito sem a devida autorização legal às margens de rodovia

***federal.** [...] Precedentes. Recurso a que se dá provimento parcial”.*

(TJ-RJ - AI: 00462252020168190000 RIO DE JANEIRO ANGRA DOS REIS 2 VARA CIVEL, Relator: MARIO ASSIS GONÇALVES, Data de Julgamento: 01/02/2017, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/02/2017)

*“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO TRANSFORMADO EM CONDOMÍNIO FECHADO. LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA. CONCESSÃO DE USO. TRANSFERÊNCIA DA MANUTENÇÃO, CONSERVAÇÃO E REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONSTRUÇÃO DE PORTÕES E/OU CANCELAS. LIMITAÇÃO AOS CIDADÃOS. 1. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial reclama a demonstração do periculum in mora, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional, bem como, a caracterização do fumus boni juris consistente na plausibilidade do direito alegado. 2. O STJ admite a concessão de medida cautelar para emprestar efeito suspensivo ou efeito ativo ao recurso especial, quer se trate de medida cautelar tout court cujos requisitos são o periculum in mora e o fumus boni juris, quer se trate de tutela antecipatória recursal, que pressupõe prova inequívoca do direito líquido e certo da parte aferível à luz da jurisprudência da Corte ou direito em estado da periclitación, incapaz de aguardar as liturgias procedimentais da irresignação extrema. A diferença, como entrevisto, situa-se no campo dos requisitos necessários à concessão do provimento urgente. 3. **Medida Cautelar, com pedido de liminar, ajuizada por associação de moradores e titulares de lotes, situados em empreendimento localizado no Município de Itanhaém-SP, objetivando a concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial, admitido em razão de decisão no AG 1.109.321/SP, interposto contra acórdão proferido pelo***

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando a condenação da demandada, ora Requerente, à obrigação de fazer, consistente na demolição dos muros e portarias que circundam o loteamento "Balneário Sanhsta", denominado de Condomínio "Ipanema Itanhaém", bem como a demolição das construções realizadas na Av. Beira Mar, mercê de edificadas em área de uso comum do povo, bem como à obrigação de não-fazer, consubstanciada na proibição de erigir novos obstáculos ou adotar medidas restritivas à livre circulação de populares no interior do loteamento. [...] 5. O periculum in mora inverso, a seu turno, decorre da iminente possibilidade de execução provisória do acórdão recorrido, o qual ensejará a demolição dos muros e portarias que circundam o loteamento "Balneário Sanhsta", denominado de Condomínio "Ipanema Itanhaém", bem como a demolição das construções realizadas na Av. Beira Mar, as quais foram erigidas há mais de 17 (dezesete) anos, ocasionado, inclusive, a descontinuidade da prestação de serviços indispensáveis, notadamente no que pertine aos serviços de vigilância; segurança e limpeza, realizados às expensas dos condôminos. 6. Medida Cautelar procedente para suspender os efeitos do acórdão recorrido até final julgamento do Recurso Especial admitido em razão de decisão no AG 1.109.321/SP".

(STJ - MC: 15726 SP 2009/0124772-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/04/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/05/2010)

Aqui, torna-se oportuno, ainda que sumariamente, destacar algumas ações civis públicas ajuizadas pelo ente municipal que não abordam necessariamente as causas que envolvem loteamento clandestino e construções irregulares em área de proteção ambiental, mas, que de modo preciso permitem-nos uma visão ampla da legitimidade ativa do Município na ação coletiva:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MUNICÍPIO DE MANGARATIBA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INSTALAÇÃO DE PORTEIRA E GUARITA NA CABECEIRA DA PONTE DO RIO INGAÍBA, LOCALIZADA NO TRAJETO DO BEM CONTROVERTIDO, NO INTERIOR DA FAZENDA INGAÍBA. [...]. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA RECONHECENDO A NATUREZA DE BEM PÚBLICO DE USO COMUM, ATRAVÉS DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, CONDENANDO OS RÉUS NA ABSTENÇÃO DE QUALQUER ATO QUE OBSTACULIZE O LIVRE TRÂNSITO DE PESSOAS OU VEÍCULOS. AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE UM DOS RÉUS RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”.

(TJ-RJ - APL: 00000337619928190030 RIO DE JANEIRO MANGARATIBA VARA UNICA, Relator: FABIO DUTRA, Data de Julgamento: 07/06/2016, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/06/2016)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU, SOB O ARGUMENTO DE QUE AS OBRAS REALIZADAS PELA RÉ, EM TERRENO DE SUA PROPRIEDADE, TERIAM CAUSADO O ENTUPIAMENTO DAS REDES DE ESCOAMENTO PLUVIAL E, POR CONSEQUÊNCIA, O ALAGAMENTO DE RUAS NA LOCALIDADE. DEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA, DETERMINANDO QUE A RÉ, INCORPORADORA IMOBILIÁRIA, EXECUTE AS CONTENÇÕES DOS TALUDES COM GRAMA; EXECUTE REDE DE DRENAGEM APROPRIADA DESTINADA EXCLUSIVAMENTE ÀS ÁGUAS PROVENIENTES DO EMPREENDIMENTO E DESASSOREIE E LIMPE REDE

DE ESCOAMENTO PLUVIAL E DE ESGOTO DO MUNICÍPIO E DOS LOGRADOUROS PÚBLICOS ATINGIDOS. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA COLETIVIDADE. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA Nº 59, DO TJRJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO”.

(TJ-RJ - AI: 00153751220188190000 RIO DE JANEIRO BELFORD ROXO 3 VARA CÍVEL, Relator: SANDRA SANTARÉM CARDINALI, Data de Julgamento: 12/07/2018, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/07/2018)

Em observância as decisões judiciais ora colacionadas, determina-se a conclusão estruturada, sobre o presente caso: o Município ao propor a ação civil pública para o combate dos loteamentos clandestinos e das construções irregulares em área de proteção ambiental visa afastar do ente político a eventual reponsabilidade objetiva pela inação na seara ambiental, ou, até mesmo, impossibilitar que o Ministério Público elabore pedidos desarrazoáveis na ação coletiva, e, que os mesmos, porventura, possam a ser deferidos pelos Poder Judiciário, sem a observância de um prévio controle da política pública e de gastos pelo próprio Município.

SEGUNDO CASO: A LEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO E A INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

Pela importância da hipótese, ora em comento, colhe-se da ocasião para enfrentá-la de forma técnica, acerca das seguintes questões:

i) **Se, eventualmente, o munícipe residir em determinada área de risco, quais seriam as condutas processuais e materiais do Município, no caso do ajuizamento de possível ação civil pública pelo mesmo?** ii) **Este, será o garantidor universal dos**

“riscos socialmente aceitos”³⁰, sobretudo no que diz respeito à construção de residências suntuosas em áreas de proteção ambiental ou a construção de moradias em áreas de riscos, que se encontram mormente em áreas consolidadas? iii) Poderia o Município ajuizar ação civil pública em face de um grupo de moradores, v.g. 200 (duzentos), de determinada área de risco – devidamente representado pela associação de moradores –, somente para informar que o Município não está omissa, adotando as medidas fiscalizatórias adequadas e, sobretudo, exarando laudos técnicos junto à Defesa Civil Municipal, a fim de afastar a responsabilidade por omissão? iv) O munícipe, pessoa física, poderia figurar isoladamente no polo passivo da demanda da ação civil pública. E, em caso afirmativo, quais as condutas poderão ser cobradas dele?

O acesso à justiça não abrange somente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que representa, apenas, a possibilidade de ingressar com a ação no judiciário. O acesso à justiça vai além, pois objetivo é alcançar o resultado prático que garanta a justiça material, sendo assegurados os direitos fundamentais previstos na Constituição e nos Tratados Internacionais.

De acordo com Carmen Lúcia, a democracia funda-se no equilíbrio das forças políticas. Faz-se fundamental garantir aos juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e as autoridades administrativas, especialmente, mais independência, autonomia e imparcialidade, a fim de proporcionar a mitigação de interesses antagônicos entre as instituições, que nem sempre é salutar ao sistema democrático:

³⁰ Cumpre destacar o Princípio da Subsidiariedade, que nos termos de Diogo de Figueiredo, prescreve que cabe primariamente aos indivíduos decidirem e agirem no que tange aos seus próprios interesses individuais, e, após esgotada essa esfera decisória, cabe aos entes e órgãos, sociais e políticos, instituídos tomar decisões sobre interesses coletivos. *In verbis*: “Portanto, nesse escalonamento de responsabilidades para o atendimento de interesses, cabe aos **grupos sociais menores**, por suas organizações civis, decidirem e agirem para a satisfação dos respectivos interesses coletivos; aos **grupos sociais maiores**, também por suas organizações civis próprias, decidirem e agirem em prosseguimento de interesses coletivos de maior abrangência; e à **sociedade civil**, como um todo, por suas organizações civis de âmbito geral, decidir e agir para o atendimento de seus interesses gerais. Assim, somente as demandas que, por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação **concentrada e coercitiva**, inclusive com **centralização de recursos**, não puderem ser atendidas pela própria comunidade através de suas organizações, deverão ser cometidas às **organizações políticas**, que atuarão, portanto, **subsidiariamente** às da sociedade”. (Grifos do autor)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 159.

“A legitimidade do exercício do poder manifestado no desempenho da atividade administrativa do Estado faz com que sejam relevados, então, os princípios da responsabilidade estatal e da moralidade administrativa. É a democracia que ilumina a Administração Pública, concebendo-a, de forma nova, sob o enfoque daqueles dois princípios, quais sejam, o da responsabilidade e o da moralidade administrativas.

Pelo princípio da responsabilidade estatal todos e cada qual dos agentes que compõem a pessoa estatal e todos aqueles que lhes façam as vezes comparecem perante a sociedade para a qual e em nome da qual atuam oferecendo uma resposta pelo seu comportamento. A responsabilidade faz a Administração Pública falar. Cessa-se por esse princípio a Administração unilateral, silenciosa em seus motivos, privatizada em suas causas e formas, e dá-se à razão dialética e à prática multiplicada na sociedade participante”(ROCHA, 1997, p.9-10)³¹

Antes de adentrarmos propriamente aos questionamentos, frisa-se que a responsabilidade civil da ação civil pública ambiental é objetiva, nos termos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/81)³², isto é, independe de culpa para ser configurada, bastando, somente, a demonstração do nexos de causalidade da conduta do agente e o dano concretizado ao ambiente.

Outrossim, sustento que, como o próprio Município está antecipando a discussão de eventual dano, e, ao mesmo tempo, demonstrando quais as medidas fiscalizatórias estão sendo realizadas, nesse sentido, a responsabilidade deixaria de ser objetiva, para se transmutar em uma responsabilidade subjetiva por omissão,

³¹ Vide: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 136, p. 5-28, out./dez. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/287>. Acesso em: 14/10/2017.

³² É a lei ambiental mais importante em matéria ambiental e define que o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos ambientais que causar, independentemente da culpa, responsabilidade objetiva do causador do dano. O Ministério Público pode propor ações de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, impondo ao poluidor a obrigação de recuperar e/ou indenizar prejuízos causados.

que, nesses termos, seria afastada, tendo em vista que indicação das medidas fiscalizatórias adotadas³³.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça afirma que, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Município quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou agravamento do dano causado. *In verbis*:

*“RECURSO ESPECIAL Nº 1.150.136 - PR (2009/0140715-3)
RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA RECORRENTE :
INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS
RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
PROCURADOR : CLAITON LUÍS MATTOS SILVA E OUTRO
(S) RECORRENTE : ANTÔNIO GUINZANI ADVOGADO : LUIZ
ALFREDO DA CUNHA BERNARDO E OUTRO (S) - PR014352
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL INTERES. :
ESTADO DO PARANÁ INTERES. : UNIÃO INTERES. :
ANTÔNIO GUINZANI INTERES. : MUNICÍPIO DE CAMPO
MOURÃO INTERES. : COMPANHIA PARANAENSE DE
ENERGIA INTERES. : ANGÉLA MARIA CAVALI CORREIA
INTERES. : LUIZ AUGUSTO TONET DECISÃO Trata-se de
recurso especial manejado pelo Instituto Brasileiro do Meio
Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA com
fundamento no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido
pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Opostos embargos
declaratórios pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e
Recursos Naturais Renováveis e pela União, foram estes
rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do
CPC. A parte recorrente aponta violação aos arts. 37, § 6º, da
CF; 50, 55, e 535, II, do CPC/73; 5º, I, do Decreto-lei 200/67;
186 e 927 do CC/2002; e 2º, b, e 4 da Lei 4.771/65. [...] **Em que***

³³ Logo, se não houve a conduta omissiva do Município, devidamente apontada na ação civil pública antes do evento danoso, não há que se dizer em responsabilidade objetiva, pois inexistente o elemento caracterizador da conduta culposa.

pesem os argumentos expostos, predomina nesta Corte o entendimento de que, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Nesse sentido, destaca-se: *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DO MEIO-AMBIENTE. ENTE PÚBLICO OMISSO. FIGURAÇÃO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. CABIMENTO. 1. O art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), ao facultar ao Poder Público a habilitação como litisconsortes de qualquer das partes, não estabelece liberalidade incondicional de escolha da entidade pública para atuar nos polos da Ação Civil Pública sem observância do objetivo macro almejado com a demanda, porquanto impensável pretender enquadrar-se como sujeito ativo da ação quando a causa de pedir e o pedido intentam a condenação deste mesmo Poder Público. 2. É a hipótese dos autos, em que a condenação da autarquia decorre de sua omissão na fiscalização da irregularidade perpetrada pelo agente causador de dano ao meio-ambiente, com provimento final no sentido de obrigá-la na "fiscalização e acompanhamento técnico ambiental até completa recuperação da área de preservação permanente". 3. Não se trata de determinar previamente a responsabilidade do IBAMA, mas sim de alocá-lo adequadamente no pólo passivo da ação, na medida em que militam presunções de que sua conduta, de algum modo, concorreu para o dano ao meio-ambiente, mormente porque a jurisprudência do STJ se orienta no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para responder por danos causados ao meio ambiente em decorrência da sua conduta omissiva. Recurso especial improvido. (REsp 1581124/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016) [...] Ante o exposto, conheço em parte do recurso*

especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Publique-se. Brasília (DF), 23 de agosto de 2017. MINISTRO SÉRGIO KUKINA Relator”

(STJ - REsp: 1150136 PR 2009/0140715-3, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Publicação: DJ 28/08/2017)

“PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ADOÇÃO COMO RAZÕES DEDECIDIR DE PARECER EXARADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DENULIDADE. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 4.771/65. DANO AO MEIOAMBIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ARTS. 3º,IV, C/C 14, § 1º, DA LEI 6.938/81. DEVER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO.

1. A jurisprudência predominante no STJ é no sentido de que, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizador determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Trata-se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação, "seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil" (REsp 1.071.741/SP, 2ª T., Min.Herman Benjamin, DJe de 16/12/2010).

2. Examinar se, no caso, a omissão foi ou não "determinante" (vale dizer, causa suficiente ou concorrente) para a "concretização ou o agravamento do dano" é juízo que envolve exame das circunstâncias fáticas da causa, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ.

3. Agravos regimentais desprovidos”.

(STJ - AgRg no REsp: 1001780 PR 2007/0247653-4, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 27/09/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2011)

Frisa-se que, o objeto da demanda é a (in)existência da conduta omissiva, que poderá ganhar importância com o surgimento do eventual dano. Ora, nessa ação civil pública a discussão não versa essencialmente sobre o direito ambiental, per si, – especificamente sobre o Princípio da Prevenção –, mas sim diretamente sobre a responsabilidade do município decorrente da suposta conduta omissiva³⁴; por isso, deve-se compreender que no bojo da demanda se deve discutir a responsabilidade subjetiva por omissão, e não a responsabilidade objetiva, tal como mormente discutida nas demandas que envolvem questões ambientais³⁵.

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “**em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto**”. (AGRESP 200702476534, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, STJ – 1ª Turma, DJE: 04/10/2011).

Em relação ao primeiro questionamento, “*Se, eventualmente, determinado município residir em determinada área de risco, quais seriam as condutas processuais e materiais do Município, no caso do ajuizamento de possível ação civil pública pelo mesmo?*” Para a análise de tal questionamento, faz-se imprescindível a compreensão do princípio da legalidade, que, hodiernamente, se subdivide em outros dois, quais sejam: a supremacia da lei e o princípio da reserva legal. Percebe-se que administração pública está adstrita à subordinação hierárquica, bem como ao princípio da supremacia da lei em sentido estrito, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados em

³⁴ Na verdade, a presente ação terá essencialmente o efeito declaratório, mas eventualmente poderá ter o efeito condenatório, tal como a estipulação de determinado estudo não previsto inicialmente.

³⁵ Trata-se de posicionamento construído por mim, tendo em vista a ausência de bibliografia sobre o referido tema. A fim de esclarecer, ainda mais, a hipótese, afirmo que, nesse caso, o cerne da ação civil pública, quando ajuizada pelo Município, mais especificamente o objeto da ação, deverá ser a própria responsabilidade administrativa do ente político pela eventual omissão, do que propriamente a discussão ambiental, que, na verdade, junto com a moralidade e a própria proteção ambiental embasarão, nos termos da CRFB/88, a ação civil pública.

conformidade com a lei. Com mais razão, a procuradoria do Município, na defesa do ente público municipal, amparada pela independência das autoridades administrativas, poderá se antecipar, e ajuizar a ação civil pública, antes mesmo do Ministério Público, para demonstrar ao Poder Judiciário que, sobretudo, determinadas medidas fiscalizatórias estão sendo adotadas, afastando-se, desse modo, a responsabilidade por omissão, e, ao mesmo tempo, promovendo amplamente o realce das normas administrativas, legais, constitucionais e convencionais³⁶.

O conceito moderno de juridicidade administrativa está relacionada com a concepção que o administrador público não está vinculada somente à lei em sentido estrito, mas sim ao ordenamento jurídico como um todo e que possui na CFRB/88 o centro irradiador de normas. Logo, a juridicidade pode ser compreendida como a legalidade que transcende a lei em seu sentido formal ao possibilitar que a administração atue de conforme as normas constitucionais. Destaca o saudoso grande mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto que:

“O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para allear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade.

O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um “princípio da legalidade”, se tomado em sentido amplo,

³⁶ De fato, a referida perspectiva é passível de crítica, podendo ser considerada idiossincrática. No entanto, amparado por uma visão da boa prática jurídica – técnica e acuidade perceptiva dos fatos sociais –, como já dito anteriormente, vê-se nitidamente o **ativismo judicial** - aqui, ainda que pese de várias críticas, acredito ser indispensável, pois somente ocorre o ativismo pelo Poder Judiciário, quando os outros poderes, em determinados aspectos fracassaram (v.g., judicialização de políticas públicas no campo da moradia, da saúde e o estado de coisas inconstitucionais) –, que, de certo modo, enfraquece a autoexecutoriedade dos atos administrativos e os poderes da administração. Em síntese, o Poder Executivo – utilizando a metáfora da mulher de César – não basta fiscalizar, tem que demonstrar que está fiscalizando. E, como se demonstra a fiscalização? Com uma visão deturpada dos Poderes, deve-se mostrar que na ausência do pai – Legislativo e Executivo – o “superego” da sociedade assume o papel de fixar os valores socialmente adequados – o Poder Judiciário.

Vide: MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos*. n. 58. nov. 2000. São Paulo: CEBRAP. p. 183-202.

ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica”. (MOREIRA NETO, 2014, p.140)

Nesse sentido, ao lado da juridicidade se encontra a moralidade administrativa, que não se restringe apenas à Administração Pública, em sentido estrito, devendo, ainda, contemplar à Administração Pública, em sentido amplo, destacando-se, aqui, as decisões administrativas do Ministério Público – poder discricionário – de ajuizar, ou não, ações civis públicas, que, na CRFB/88, fora tratada como uma função institucional; por isso, nesses termos, a instituição ministerial deve se pautar pelo Princípio da Boa Administração³⁷, para evitar o ajuizamento de diversas ações civis públicas com pedidos genéricos, que, ao seu turno, congestionam o fluxo processual do Tribunal de Justiça, e desnatura a função do *Parquet*, que acaba por atuar em interesses individualizados. Vejamos:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESLIZAMENTO DE ENCOSTAS NA COMARCA DE PETROPÓLIS. PROPOSITURA PELO PARQUET DE 384 AÇÕES SEMELHANTES. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. APLICAÇÃO DO ART. 267, I, CUMULADO COM O ART. 282, III E IV,

³⁷ Consoante a lição de Diogo de Figueiredo: “Das mais recentes formulações principiologia a ascender aos textos doutrinários da Disciplina, germinado nas Constituições pós-modernas, voltadas ao restabelecimento do primado da pessoa humana e de seus direitos fundamentais. [...] Na expressão de Juarez Freitas, trata-se de “direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”. No plano normativo, na Constituição de 1988, o dever da boa administração decorre diretamente do comando do art. 37, *caput*, que consagra a obrigatoriedade da eficiência, que se complementa pelos comandos, ainda mais específicos, do art. 70, *caput*, que instituem a obrigatoriedade tanto da legitimidade quanto da economicidade da gestão administrativa. **Portanto, a boa administração tem como parâmetros gerais os conceitos de eficiência e de resultado de gestão: a eficiência, como a otimização da aplicação dos meios administrativos disponíveis e o resultado, como a idoneidade do fruto da gestão realizada para atender satisfatoriamente aos interesses públicos visados.** Esses parâmetros-mestre são necessários e suficientes para a devida vinculação jurídico- administrativa, própria ao regime de juridicidade do *Estado Democrático de Direito*, através do desdobramento legal sob a forma de especificações, de metas e de indicadores *gerais*, comuns a toda ação administrativa, bem como sob a forma de especificações, de metas e de indicadores *específicos*, que deverão estar claramente expressos bem antes da execução da gestão administrativa, ou seja: desde a formulação, planejamento e orçamentação ao nível político-administrativo”. (Grifos do autor) (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p.184)

TODOS DO CPC. APELAÇÃO. CONEXÃO NÃO CONFIGURADA. CAUSA DE PEDIR CONSISTENTE NO RISCO DE DESLIZAMENTO DE TERRAS EM ENCOSTAS, BEM COMO, DE SITUAÇÕES DE AMEAÇA À INTEGRIDADE DOS MORADORES DA LOCALIDADE MENCIONADA NA INICIAL E DEMAIS ALTERAÇÕES. PEDIDOS GENÉRICOS, ENDEREÇADOS AO PODER JUDICIÁRIO, NO SENTIDO DE QUE SE DETERMINE A APURAÇÃO DO EFETIVO DANO OCORRIDO NA LOCALIDADE INDICADA. INÉPCIA DA INICIAL CONFIGURADA, E QUE SE CONFIRMA. FALTA DE LEGITIMAÇÃO DO PARQUET PARA ATUAR NA DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUALIZADOS. PRECEDENTES DESTES E. TJRJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJRJ - 015043-60.2011.8.19.0042 – APELACAO, DES. MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 27/03/2012 – DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL)”.

Frisa-se que a moralidade administrativa não se confunde com a moral comum. A primeira está atrelada à ética, a boa-fé e a probidade na esfera administrativa, enquanto a segunda relaciona-se com o padrão de conduta no seio da sociedade. Como princípio, de acordo com Humberto Theodoro Jr., a moralidade administrativa é imprescindível para a execução dos serviços da Administração Pública, inclusive a prestação jurisdicional adequada – inclui-se aqui a prestação jurisdicional prestada na esfera administrativa – em conformidade com os princípios éticos:

“Na organização dos serviços da Administração Pública, da qual não há que se excluir o serviço desempenhado pelos organismos jurisdicionais, a Constituição entronizou, de forma explícita, o princípio da moralidade (art. 37). E ao traçar, especificamente, os fundamentos da organização da magistratura ressaltou as

garantias necessárias para assegurar a independência, imparcialidade e confiabilidade dos juizes, no desempenho da função de fazer justiça (art. 95). Quanto ao modus faciendi de pacificar os litígios, a garantia do devido processo legal foi concebida como direito fundamental (art. 5º, LIV), do qual participa, não apenas a segurança dos ritos legais, mas também a garantia da sentença justa (devido processo em sentido material)” (THEODORO JR., 2005, p. 106)³⁸.

Tendo em vista o excessivo contingente de demandas coletivas ajuizadas pelo Ministério Público, poderia o Município se antecipar o ajuizamento da ação civil pública. Cito, como exemplo, o emblemático caso do acidente do Morro do Bumba, em Niterói. Imagine que o Município ingressasse com a ação civil pública antes do acidente³⁹, informando, à guisa de ilustração, que tais medidas fiscalizatórias foram realizadas⁴⁰: **1) Parceria com o DRM (Departamento de Recursos Minerais); 2) Sistema Municipal de Proteção e Defesa Civil de Niterói a) Gestão das Encostas; b) ParNit; c) Planejamento Habitacional; d) Nudecs (Núcleos Comunitários de Defesa Civil); 3) PAC das Encostas 4) Plano de Gerenciamento, prevenção de riscos e contenção de encostas; 5) Contratação de Empresa Especializada para Mapeamento das Áreas de Risco**⁴¹.

Ao nosso ver, se o Município ajuizar determinada ação civil pública contemplando tais políticas fiscalizatórias – discussão no âmbito da responsabilidade civil subjetiva por omissão –, com o surgimento do evento danoso as referida medidas poderiam ser sopesadas na discussão de outra ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. **Pelas regras processuais, se a primeira demanda ainda estiver tramitando, a segunda será**

³⁸ THEODORO JR., Humberto. Boa-fé e processo – Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – Papel do juiz, In: DUARTE, Bento; DUARTE, Ronnie (Coord.), *Processo Civil: aspectos relevantes*, São Paulo: Método, 2005/2006, p. 103-120.

³⁹ Juízo de previsibilidade, conforme já dito anteriormente.

⁴⁰ Vide Contestação do Município de Niterói, nos autos do processo nº 0022963-06.2014.8.19.0002.

⁴¹ Nesses termos, destaca-se que o desempenho dessa obrigação implica no compartilhamento de responsabilidades, frisando-se: a identificação das áreas de risco, por meio de estudos; o monitoramento meteorológico, hidrológico, geológico das áreas de risco; a produção de alertas sobre a possibilidade de ocorrência de desastres. É importante que União, Estados e Municípios atuem em conjunto – essa é a ideia da instituição de uma política nacional e também de um sistema nacional de proteção e defesa civil, nos termos do art. 4º, inc. I, da Lei nº 12.608/12).

juntada aos autos da primeira, para tramitarem juntas, em razão da eventual conexão por prejudicialidade (teoria materialista), nos termos do art. 55, §3º do CPC, devendo seguir a sorte da responsabilidade civil subjetiva por omissão:

“Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”.

Nesse sentido Fredie Didier:

“A conexão, neste caso, decorrerá do vínculo que se estabelece entre as relações jurídicas litigiosas. Haverá conexão se a mesma relação jurídica estiver sendo examinada em ambos os processos, ou se diversas relações jurídicas, mas entre elas houver um vínculo de prejudicialidade ou preliminaridade.” (DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p 233).

Se, por outro lado, a primeira demanda já tiver sido julgada, deverá ocorrer a coisa julgada *rebus sic standibus*, pois se trata de situação jurídica continuativa – poder de fiscalização –, na qual a superveniência de modificação no estado de fato ou de direito permite a revisão do que foi estatuído na decisão judicial, respeitando o princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 505, inc. I, do CPC e arts. 19 e 21, da Lei nº 7.347/85.

Quanto ao segundo questionamento, *“Este (leia-se, o Município), será o garantidor universal dos “riscos socialmente aceitos”, sobretudo no que diz respeito à*

construção de residências suntuosas em áreas de proteção ambiental ou a construção de moradias em áreas de riscos, que se encontram mormente em áreas consolidadas?”

É cediço que, para configuração da responsabilidade civil do Município por ato omissivo não é suficiente à alegação de omissão genérica, sendo indispensável demonstrar que, na situação específica do dano, o Município tinha condições de antever e evitar o ilícito. O dever constitucional do Município de fiscalizar as construções irregulares em encostas não o torna responsável por todos os acidentes, ante a evidente impossibilidade e inviabilidade de se manter a fiscalização onipresente em todos os locais. A atuação concreta deve ser levada a efeito pelo Poder Executivo com base em planejamento, até porque o Município não pode ser onipresente e, infelizmente, carece de estrutura física e financeira para atuar em todas as demandas que se mostram necessárias.

Por isso, no campo processual, a propositura da ação coletiva pelo ente político, com base na probabilidade da ocorrência de determinado evento danoso, permite demonstrar ao Poder Judiciário que a fiscalização está sendo realizada, sendo, que, se por ventura o dano provável ocorrer, deverá ser afastada a responsabilidade por omissão, tendo em vista que as medidas fáticas e jurídicas foram previamente providenciadas.

Outra vantagem nessa nova postura judicial do Município seria a inibição de diretrizes discricionariamente estipuladas pelo Ministério Público, que afrontam as peculiaridades do ente, e, como se não bastassem, tais diretrizes são massivamente estipuladas em processos idênticos. Confira-se, por exemplo, o caso emblemático do Morro do Bumba, sobretudo a decisão proferida pela *eg.* Décima Oitava Câmara Cível, quando do julgamento da Apelação Cível n.º 0485988-33.2011.8.19.0001 interposta pelo Ministério Público estadual, que, na decisão destacou-se não ser cabível ao Ministério Público ajuizar demandas absolutamente idênticas à presente, e nem estipular as políticas públicas municipal:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO X ESTADO E MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PRETENSÃO DE IMPOR AOS RÉUS O ESTABELECIMENTO DE UM CRONOGRAMA DE OBRAS, COM A REMOÇÃO PROVISÓRIA OU DEFINITIVA DOS MORADORES DA REGIÃO EM DETERMINADO PRAZO, SOB PENA DE APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. PRELIMINAR

DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. TEORIA DA ASSERÇÃO. QUANTO AO DIREITO SOCIAL À CONTENÇÃO DE ENCOSTAS, O QUE SE OBTÉM APENAS A PARTIR DE OBRAS E MEDIDAS CONCRETAS, A POSSIBILIDADE DA ATIVIDADE JUDICIAL É RECONHECIDA PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. CONTUDO, ESTE ENCONTRA LIMITE NO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E CONCRETAMENTE, NA VERIFICAÇÃO DA EFETIVA OMISSÃO DA POLÍTICA PÚBLICA. A LEI 12.340/2010 DEFINE QUAIS AS MEDIDAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE DEVEM SER ADOTADAS, SENDO A PRIMEIRA DELAS O MAPEAMENTO DAS ÁREAS DE RISCO DE SEU TERRITÓRIO, CONFORME PREVISTO EM SEU ARTIGO ART. 3º, § 2º, I, MEDIDA JÁ ADOTADA PELOS RÉUS, TANTO ASSIM QUE O LAUDO GEOLÓGICO DA GEORIO, EMPRESA DE UM DOS RÉUS, É EXATAMENTE O QUE INSTRUI A INICIAL, TENDO ESTE SIDO ELABORADO E EXECUTADO, CONFORME ESCLARECIMENTOS E DOCUMENTOS, COM A CAPACITAÇÃO DE 1875 (MIL, OITOCENTOS E SETENTA E CINCO) AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E DEFESA CIVIL EM 2010 E 300 (TREZENTOS) EM JANEIRO DE 2011. COMPROVADA A REALIZAÇÃO DE OBRAS EMERGENCIAIS DE CONTENÇÃO DE ENCOSTA CONFORME DOCUMENTOS ANEXADOS, A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE AEROLEVANTAMENTO; A CRIAÇÃO DE CENTRO DE OPERAÇÕES RIO E A AQUISIÇÃO DE RADAR METEOROLÓGICO, ALÉM DA IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE ALARME ATRAVÉS DE SIRENES NAS COMUNIDADES QUE POSSUEM MORADIAS DE ALTO RISCO. O MÉRITO DA AÇÃO ACABA POR SE CONFUNDIR COM O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVA, NA MEDIDA EM QUE FEITAS AS ESCOLHAS PÚBLICAS E ESTANDO ESTAS REFERENTES ÀS POLÍTICAS ORIGINÁRIAS ESTABELECIDAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ÀS SECUNDÁRIAS ESTABELECIDAS PELA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL, NÃO CABE AO MINISTÉRIO PÚBLICO PRETENDER QUE SEJAM DETERMINANTES AS DIRETRIZES POR ELE ADOTADAS, EIS QUE IMPORTARÁ EM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COM OBJETIVO DE

PREVENÇÃO E REPRESSÃO E DE DESLIZAMENTOS EM ÁREAS DE RISCO GEOLÓGICO E CONSEQUENTEMENTE A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE A ENSEJAREM A PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.DESPROVIMENTO DO RECURSO.⁴² (Grifos nossos).

No mesmo diapasão encontram-se as decisões destacadas abaixo:

*“Outrossim, deve-se ter em mente que a situação tratada por esta ação civil pública não é única, competindo à administração pública escolher, dentre as várias áreas semelhantes, aquelas que deverão ser atendidas prioritariamente, segundo análise de profissionais habilitados a tanto, que podem mensurar graus de risco de deslizamento e estabelecer ordem de prioridade e cronogramas para o atendimento da população, não sendo cabível a intervenção do judiciário em tal atividade”.*⁴³ (Grifos nossos).

*“Decerto que a jurisprudência tem abonado a tese de que o Judiciário pode tutelar a omissão de políticas públicas discricionárias pelo Estado, quando lesivas aos cidadãos, mas tal ingerência – excepcional em vista do princípio da separação de poderes – só se justifica em casos de patente abuso de direito ou desídia do administrador público; e mais do que isso, apenas em situações nas quais a Administração deliberadamente e, sem justo motivo, desconsidera prioridade evidente”.*⁴⁴ (Grifos nossos).

É certo que uma das hipóteses em que se considera legítima a intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas é aquela na qual se verifica uma total omissão estatal. Este não é o cenário do caso em tela, haja vista que o próprio *parquet* reconhece a realização de obras urbanísticas por parte do Município no Morro do Bumba após as chuvas de 2010.

No que diz respeito ao terceiro e quarto questionamento, torna-se possível responde-los conjuntamente, “*Poderia o Município ajuizar ação civil pública em face de*

⁴²Apelação Cível nº 0485988-33.2011.8.19.0001; Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Apelados: Município do Rio de Janeiro e Estado do Rio de Janeiro; Décima Oitava Câmara Cível; Relatora: Des. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE

⁴³Agravo de Instrumento nº 0047476-15.2012.8.19.0000.j. 28.08.2012, Rel. Des. Gilberto Dutra Moreira.

⁴⁴Agravo de Instrumento nº 0056467-14.2011.8.19.0002, j. 13.06.2012, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim.

um grupo de moradores, v.g. 200 (duzentos), de determinada área de risco – devidamente representado pela associação de moradores, somente para informar que o Município não está omissa, adotando as medidas fiscalizatórias adequadas e, sobretudo, exarando laudos técnicos junto à Defesa Civil Municipal, a fim de afastar a responsabilidade por omissão?”; “O munícipe, pessoa física, poderia figurar isoladamente no polo passivo da demanda da ação civil pública. E, em caso afirmativo, quais as condutas poderão ser cobradas dele?”

Segundo diversas decisões, torna-se possível o Município ajuizar a ação civil pública em face da associação de moradores de determinada comunidade. Vejamos:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE USUCAPIÃO COLETIVO. SUSPENSÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANÁLISE INVIÁVEL. QUESTÃO DECIDIDA EM OUTRO PROCESSO. PRETENSÃO DA MUNICIPALIDADE DE INTERDITAR ÁREA OCUPADA POR POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA EM FUNÇÃO DE VARIADAS SITUAÇÕES DE RISCO. POSSIBILIDADE. DEVER DO MUNICÍPIO DE GARANTIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA (ART. 5º, CAPUT), À SAÚDE (ART. 6º C/C ART. 196), À INTEGRIDADE FÍSICA E AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO (ART. 225, CAPUT, DA CF/88) EM FAVOR DE SEUS MUNICÍPIOS. PRERROGATIVA DO MUNICÍPIO DE PROCEDER À REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E À URBANIZAÇÃO DE ÁREAS OCUPADAS POR POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA MEDIANTE O ESTABELECIMENTO DE COMO OCORRERÁ O USO E A OCUPAÇÃO DO SOLO E A EDIFICAÇÃO (ART. 182 DA CF/88 C/C ART. 2º, XIV, DA LEI N. 10.257/2001). AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. - Duas são as questões que se colocam no presente agravo de instrumento. A primeira é a de se saber se a suspensão da ação civil pública deve ser mantida ou não. A segunda, de seu turno, é a de se saber se o Município de

São Paulo está ou não autorizado a levar a cabo as medidas administrativas tendentes a reduzir ou eliminar a situação de risco vivenciada pelos ocupantes da Favela do Moinho, que incluem, como o próprio agravante expressa na peça inicial do recurso, a interdição da área, com a finalidade de resguardar os direitos constitucionais à vida, à saúde e à integridade física dos moradores, assim como o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. - No que toca à primeira questão, insta salientar que o Município de São Paulo interpôs outro agravo de instrumento, por meio do qual discute o mesmo tema. Ressalto que aquele outro recurso já foi julgado por este Colegiado, e que a ele foi dado provimento, para o fim de **determinar o prosseguimento da ação civil pública proposta pelo Município de São Paulo. Sendo assim, descabe a este Colegiado ingressar novamente em tal seara por ocasião do julgamento do presente agravo de instrumento, sob pena de rever posição anteriormente esposada em outro processo sem que tenha sido provocado a tanto.** - Superada a primeira das questões aqui levantadas, passo a analisar o pleito referente às medidas administrativas que o Município pretende promover a fim de garantir a desocupação da área conhecida como Favela do Moinho. **O que se observa, do arcabouço normativo-constitucional acima traçado, é que a pretensão do Município de São Paulo de promover a interdição da área ocupada pelos moradores da Favela do Moinho encontra respaldo nos direitos fundamentais acima mencionados, assim como no dever de exercer seu poder de polícia com vistas a promover a ordenação da cidade, conforme estatui o art. 182 da CF/88.** Além disso, no desenvolvimento da política urbana e de ordenação das cidades, o Poder Público Municipal está autorizado, pelo art. 2º, XIV, do Estatuto das Cidades, a proceder à regularização fundiária e à urbanização de áreas ocupadas por população de baixa de renda, estabelecendo como deve ocorrer o uso e a ocupação do solo e a edificação nestes casos. **Em defesa da decisão que deferiu o**

pedido liminar, a Associação Comunidade do Moinho argumenta, em sua contraminuta, que o Município de São Paulo não se desincumbiu do ônus de comprovar a alegada situação de risco vivenciada pelos ocupantes. Tenho, entretanto, que razão não lhe assiste neste particular. Isso porque concorrem nos autos diversos elementos a evidenciar as situações de risco apontadas pelo Município de São Paulo. - Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento”.

(TRF-3 - AI: 00157890520094030000 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, Data de Julgamento: 07/02/2017, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2017)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO TRANSFORMADO EM CONDOMÍNIO FECHADO. LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA. CONCESSÃO DE USO. TRANSFERÊNCIA DA MANUTENÇÃO, CONSERVAÇÃO E REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONSTRUÇÃO DE PORTÕES E/OU CANCELAS. LIMITAÇÃO AOS CIDADÃOS. 3. Medida Cautelar, com pedido de liminar, ajuizada por associação de moradores e titulares de lotes, situados em empreendimento localizado no Município de Itanhaém-SP, objetivando a concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial, admitido em razão de decisão no AG 1.109.321/SP, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando a condenação da demandada, ora Requerente, à obrigação de fazer, consistente na demolição dos muros e portarias que circundam o loteamento "Balneário Sanhsta", denominado de Condomínio "Ipanema Itanhaém", bem como a demolição das construções realizadas na Av. Beira Mar, mercê de edificadas em área de

uso comum do povo, bem como à obrigação de não-fazer, consubstanciada na proibição de erigir novos obstáculos ou adotar medidas restritivas à livre circulação de populares no interior do loteamento. (STJ - MC: 15726 SP 2009/0124772-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/04/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/05/2010)

Apesar de ser possível o Município ajuizar a ação civil pública em face da associação de moradores, destaco ser possível, em favor do Princípio da Boa Administração, que a associação seja ouvida antes de a seu respeito seja tomada qualquer medida judicial⁴⁵.

Salienta-se, ainda, que o Município tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em face de particular, mesmo que isoladamente. *In verbis*:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO EM FACE DE PARTICULAR. PRETENSÃO DE PRESERVAÇÃO DE DOIS IMÓVEIS PARTICULARES, UM DELES INSERIDO EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E CULTURAL - APAC. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. *Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo*

⁴⁵ De modo semelhante, Diogo de Figueiredo afirma que: “O Princípio da Boa Administração, em tempos de valorização dos direitos fundamentais, foi consagrado, no âmbito da União Europeia, em seu art. 41, de sua Carta de Direitos Fundamentais, proclamada em 07.12.2000, nos seguintes termos: ‘Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial — a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões’. [...] Esses parâmetros-mestre são necessários e suficientes para a devida vinculação jurídico-administrativa, própria ao regime de juridicidade do **Estado Democrático de Direito**, através do desdobramento legal sob a forma de especificações, de metas e de indicadores **gerais**, comuns a toda ação administrativa, bem como sob a forma de especificações, de metas e de indicadores **específicos**, que deverão estar claramente expressos bem antes da execução da gestão administrativa, ou seja: desde a **formulação, planejamento e orçamentação** ao nível político-administrativo”. (Grifos do autor)
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 107.

Ministério Público, na qual pretende a condenação da ré, proprietária dos imóveis indicados na petição inicial, em diversas obrigações de fazer e não fazer, relativas à conservação de referidos bens considerados patrimônio histórico-cultural brasileiro. 2. A sentença julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que o autor pretende, através de uma ação civil pública, interferir no direito de propriedade da ré, sendo certo que, no caso concreto, não há interesse difuso ou coletivo, mas apenas e tão somente o interesse individual. [...]12. Com relação ao bem localizado na Ladeira do Russel, nº 45, o ente público possui responsabilidade na conservação de bem declarado de interesse público, na forma do art. 216, § 1º da Constituição Federal. 13. Não obstante o entendimento de que a responsabilidade do Poder Público é de natureza subsidiária, há de ser levada em consideração também a capacidade econômica do proprietário para adotar as medidas de preservação e manutenção do bem. 14. Na presente hipótese, não há notícias nos autos de que o Município do Rio de Janeiro tenha procedido à verificação se a situação financeira em que se encontra a apelada lhe permiti arcar com as obras de preservação e manutenção das características originais do imóvel de nº 45. 15. De qualquer modo, ainda subsiste a responsabilidade da Municipalidade em adotar as referidas providências ou até mesmo aplicar outras modalidades de intervenção na propriedade da recorrida, caso haja interesse público conforme alega. 16. Manutenção da sentença de improcedência dos pedidos autorais. 17. Desprovimento dos recursos.

(TJ-RJ - APL: 00654134520068190001 RIO DE JANEIRO
CENTRAL DE ASSESSORAMENTO FAZENDARIO, Relator:
MONICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento:
10/03/2015, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação:
13/03/2015)

Frisa-se que, a decisão supracitada, embora improcedente no tocante a pretensão autoral, não descarta a inviabilidade do ajuizamento da ação civil pública contra o particular isoladamente.

Vejamos outras decisões que corroboram a possibilidade do Município ajuizar ação civil pública em face de particular:

“Civil. Ação civil pública proposta pelo Município de Nova Friburgo objetivando compelir os Réus, adquirentes de área de terras daquele município, a proceder à regularização do loteamento ou desmembramento nela existente e sua condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos. Procedência do pedido, determinada a extração de peças para o Ministério Público para apuração da eventual prática de crime. Apelação dos Réus. Cerceamento de defesa não configurado tendo sido deferidas as provas requeridas pelos Apelantes. Provas documental e oral que demonstraram que os Apelantes adquiriram os direitos sobre extensa área de terras e revenderam porções dessa área, sem verificar a situação do loteamento ou desmembramento do imóvel, incumbindo-lhes, assim, o dever de proceder à sua regularização. Desprovimento da apelação”.

(TJ-RJ - APL: 00014308119948190037 RIO DE JANEIRO NOVA FRIBURGO 2 VARA CÍVEL, Relator: ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 28/08/2007, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/09/2007)

“DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. Ação proposta pelo Município de Angra dos Reis em face de particular porque, em frente a imóvel de sua propriedade, o qual é situado em costão no Distrito de Monsuaba, e no qual

funciona pousada, há acessão sobre espelho d'água, a saber, aterro de 330m2 com benfeitorias, isto é, piscina, churrasqueira e rampa de embarcações. [...] 3. Comprovado que a acessão se deu sobre espelho d'água marítima, logo, em local non *ædificandi* e de preservação permanente, com soterramento de fauna e flora, é de se impor condenação de o responsável indenizar dano ambiental. 4. Todavia, dado restar demonstrado por perícia que o desfazimento do aterro causaria mais graves danos ambientais que os provocados por sua implantação, não se mostra adequado impor-se tal condenação. 5. Recurso ao qual se dá parcial provimento”.

(TJ-RJ - APL: 00006996020128190003 RIO DE JANEIRO ANGRA DOS REIS 2 VARA CIVEL, Relator: FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA, Data de Julgamento: 25/10/2017, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/10/2017)

No tocante ao Município de Niterói, não se pode olvidar a possibilidade do mesmo ajuizar ação civil pública em face da EMUSA, tendo em vista que esta possui capacidade processual⁴⁶, podendo, nos termos do art. 70, do NCPC⁴⁷, figurar como parte.

Em síntese, vê-se no Direito Administrativo Moderno juntamente com as novas perspectivas do Direito Processual Civil Contemporâneo que as atividades dos órgãos

⁴⁶ Por óbvio, não se pode ajuizar a referida ação em face das Secretarias ou da Defesa Civil, tendo em vista a Teoria do Órgão. Frisa-se que, segundo a referida teoria, a estrutura do Estado pode ser comparada a estrutura do corpo humano, sendo que o ente político manifesta a sua vontade através dos seus órgãos titularizados pelos agentes públicas, que são partes integrantes da própria estrutura da pessoa jurídica. Em razão dessa teoria, forma-se o Princípio da Imputação Volitiva, na qual a atuação do órgão deve ser imputada à pessoa jurídica, esta sim sujeita de direitos e obrigações. Nesses termos, Diogo de Figueiredo afirma: “O vocábulo “**órgão**”, de origem grega (significando instrumento), é empregado em Direito para indicar o **componente instrumental** de um corpo estatal. Otto Gierke, autor clássico no estudo do tema, ao distinguir os institutos **órgão** e **representação**, destaca que o **órgão**, sendo **parte de um corpo**, não o representa, mas, **atua em direito próprio**, sendo esta a característica que lhe confere identidade, ainda que não, personalidade”. (Grifos do autor)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 76.

⁴⁷ “Art. 70. Toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”.

administrativos não são determinados por preceitos rígidos, mas sim pelas relações entre a administração pública e os administrados à luz do neoconstitucionalismo⁴⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece-nos que a legitimidade ativa do Município na ação civil pública à luz do “novo enfoque processual”, que poderia melhor delimitar as políticas públicas com o fito de se assegurar os direitos fundamentais, encontra-se atrofiada. Por isso, imprescindível afirmar que a responsabilidade por omissão não deve ser materializada, se o próprio ente municipal, antes do evento danoso, já tiver ajuizado a ação civil pública, afastando, por conseguinte, a omissão em detrimento do poder fiscalizatório, este, consubstanciado na atuação preventiva, sobretudo, no que diz respeito à incorporação das ações de proteção e defesa civil no planejamento municipal, a identificação e mapeamento de áreas de risco de desastres.

Em abstrato, portanto, consigne-se a conclusão alcançada, sobre o tema: a ação civil pública ajuizada é salutar no combate dos loteamentos clandestinos e das construções irregulares em área de proteção ambiental, bem quando ajuizada em face aos particulares ou associações de moradores de áreas de risco, previamente ao evento danoso, desde que devidamente comprovada a devida fiscalização das áreas de risco, podendo-se, desse modo, afastar a responsabilidade do Município. Esta estratégia prima pelo respeito aos direitos humanos e ao efetivo acesso à justiça, para diminuir a excessiva intromissão do Ministério Público nas políticas públicas do Município.

⁴⁸ Nas lições do saudoso grande mestre Diogo de Figueiredo: “Na exata lição de Hartmut Maurer, o Direito Administrativo não rege apenas as atividades dos órgãos da Administração, pois que, no sentido preciso do termo, se ocupa das relações entre a administração pública e os administrados. Observe-se que, com este enfoque, a tradicional denominação – de administrados – não mais padece da conotação pejorativa, associada no passado à submissão, mas, ao contrário, indica hoje aqueles que, por serem os legítimos senhores do poder político, necessariamente devem ser os servidos e beneficiados pela ação do Estado, como alusão às características dessa relação fundamentalmente balizada no neoconstitucionalismo. Em conclusão, o Direito Administrativo ganha, na pós-modernidade, uma amplitude ambivalente, passando a ser entendido como um direito comum das relações entre Administração e administrado, sob o qual são constituídos direitos e obrigações recíprocos, mas que, salvo nas expressas exceções contempladas na própria Constituição, os direitos e garantias imanescentes às pessoas preferem às prerrogativas de função outorgadas à Administração Pública, pois, em termos de valor, a gestão pública é instrumental, enquanto a liberdade é substancial”. (Grifos do autor)
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 107.

