

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.071.741 - SP (2008/0146043-5)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : IARA ALVES CORDEIRO PACHECO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MARILDA DE FÁTIMA STANKIEVSKI E OUTRO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
RECORRIDO : APARECIDO SILVIERO GARCIA
ADVOGADO : IDALUCI B C SOBREIRA

EMENTA

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

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

2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

3. A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de

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

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

5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

6. O *dever-poder de controle e fiscalização ambiental* (= dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente).

7. Nos termos do art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, são titulares do dever-poder de implementação “os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização”, além de outros a que se confira tal atribuição.

8. Quando a autoridade ambiental “tiver conhecimento de infração ambiental *é obrigada* a promover a sua *apuração imediata*, mediante processo administrativo próprio, sob pena de *co-responsabilidade*” (art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998, grifo acrescentado).

9. Diante de ocupação ou utilização ilegal de espaços ou bens públicos, não se desincumbe do dever-poder de fiscalização ambiental (e também urbanística) o Administrador que se limita a embargar obra ou

Superior Tribunal de Justiça

atividade irregular e a denunciá-la ao Ministério Público ou à Polícia, ignorando ou desprezando outras medidas, inclusive possessórias, que a lei põe à sua disposição para eficazmente fazer valer a ordem administrativa e, assim, impedir, no local, a turbação ou o esbulho do patrimônio estatal e dos bens de uso comum do povo, resultante de desmatamento, construção, exploração ou presença humana ilícitos.

10. A turbação e o esbulho ambiental-urbanístico podem – e no caso do Estado, devem – ser combatidos pelo *desforço imediato*, medida prevista atualmente no art. 1.210, § 1º, do Código Civil de 2002 e imprescindível à manutenção da autoridade e da credibilidade da Administração, da integridade do patrimônio estatal, da legalidade, da ordem pública e da conservação de bens intangíveis e indisponíveis associados à qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

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

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

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

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

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

16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio

Superior Tribunal de Justiça

poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados.

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

18. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de março de 2009(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.071.741 - SP (2008/0146043-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
ADVOGADO : **IARA ALVES CORDEIRO PACHECO E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MARILDA DE FÁTIMA STANKIEVSKI E OUTRO**
ADVOGADO : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
RECORRIDO : **APARECIDO SILVIERO GARCIA**
ADVOGADO : **IDALUCI B C SOBREIRA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 225):

Ação Civil Pública – Meio Ambiente – Construção irregular no Parque Estadual de Jacupiranga – Demanda direcionada contra a proprietária do imóvel e também contra a Fazenda do Estado de São Paulo – Sentença de procedência parcial da ação, que condenou nos termos do pedido apenas a proprietária do imóvel, reconhecendo a responsabilidade exclusiva desta – Admissibilidade – Responsabilidade solidária do Poder Público que deve ser aferida com certos temperamentos ou com uma "margem de tolerabilidade" – Precedente desta Câmara – Desprovimento do recurso.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 247-249).

Foi interposto Recurso Extraordinário (fls. 252-265).

Nas razões do Recurso Especial, o Ministério Público suscita contrariedade ao art. 535 do CPC e aos arts. 3º, IV, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, ao argumento de que o Estado de São Paulo deve ser responsabilizado solidariamente pelo dano ambiental causado. Alega que o fato de a Administração haver embargado a obra não afasta a sua omissão, pois lhe competia adotar as medidas possessórias cabíveis contra o esbulho. Conclui, em síntese (fl. 278):

(...) cabe ao Estado a preservação do Parque Estadual de Jacupiranga, todavia o Estado não se desincumbiu (e não se desincumbe) dessa tarefa, pois permitiu a invasão de área do Parque Estadual, permitiu a edificação de uma casa e a exploração de uma área interna, com o cultivo de feijão e

Superior Tribunal de Justiça

mandioca, o que, é possível extrair, vem ocorrendo há muito tempo, o que dá mostras da omissão havida.

(...)

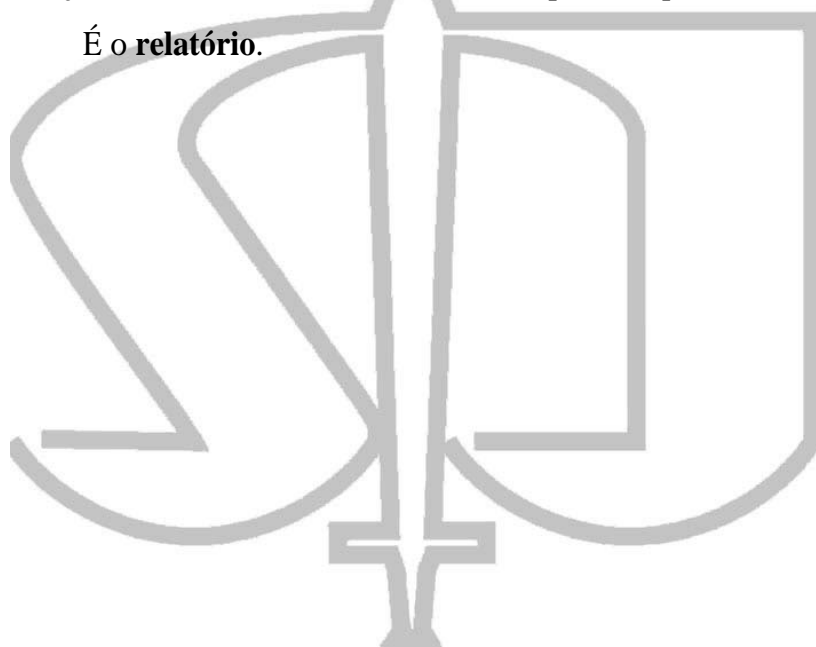
O fato de os agentes vistoros do Instituto Florestal terem embargado a obra não tem o condão de afastar a omissão estatal.

Sem contra-razões.

Os recursos foram inadmitidos na origem, subindo os autos por força do provimento do Agravo de Instrumento 823.847/SP.

O Ministério Público Federal opina pelo não-conhecimento do apelo quanto à alegada violação do art. 535 do CPC e, no mérito, pelo seu provimento (fls. 403-409).

É o **relatório**.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.071.741 - SP (2008/0146043-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): A matéria em análise diz respeito à co-responsabilização do Estado quando, em consequência de sua omissão no exercício do dever-poder de controle e fiscalização ambiental, danos ao meio ambiente são causados por particular que invadiu Unidade de Conservação de Proteção Integral (Parque Estadual), de propriedade pública, nela levantando construção e procedendo à exploração agrícola.

Estando prequestionada a matéria, passo à análise do mérito.

Uma questão inicial que se coloca no presente Recurso Especial é a de saber se, no Direito brasileiro, o controle e a fiscalização ambientais (e urbanísticos também) apresentam-se como faculdade da Administração, no âmbito de um frouxo sistema de discricionariedade, ou, se ao revés, integram a esfera da mais vinculada atividade administrativa. Se a conclusão for, como será, de que se está no terreno de um inequívoco, indisponível, irrenunciável e imprescritível dever-poder de controle e fiscalização urbanístico-ambiental, a questão seguinte é sobre o conteúdo deste dever-poder, nomeadamente sobre as medidas e providências de implementação que se esperam – *rectius*, se exigem – do Poder Público, bem como acerca das consequências jurídicas derivadas do seu descumprimento.

1. Existência do dever-poder estatal de controle e fiscalização urbanístico-ambiental

Já não se duvida, sobretudo à luz da Constituição Federal de 1988, que ao Estado a ordem jurídica abona, mais na fórmula de dever do que de direito ou faculdade, a função de implementar a lei, inclusive contra si próprio ou interesses imediatos do Administrador de plantão. Seria mesmo um despropósito que o ordenamento constrangesse os particulares a cumprir ou observar a lei e atribuisse ao servidor a possibilidade, conforme a conveniência ou oportunidade do momento, de por ela zelar ou abandoná-la à própria sorte,

de nela se inspirar ou, frontal ou indiretamente, contradizê-la, de buscar realizar as suas finalidades públicas ou ignorá-las em prol de interesses outros.

É nesse contexto que se deve fazer a releitura e atualização do *princípio da indisponibilidade do interesse público*. Nele e por ele, retira-se da órbita da representação estatal, fruto do voto popular e exercida pelo Administrador em nome e sob delegação da sociedade, a possibilidade de negociar com o interesse público, que não se presta ao papel de moeda de troca, nem de objeto de escambo. Nesse diapasão, a indisponibilidade tanto é dos bens jurídicos material e individualmente considerados, como, no plano formal, das amarras e garantias de natureza procedimental que balizam a atuação do Administrador, por meio de comportamentos de dar, não-fazer ou fazer.

Nessa linha de pensamento, natural que se vede “à autoridade administrativa deixar de tomar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo. Por exemplo: desatende ao princípio a autoridade que deixar de apurar a responsabilidade por irregularidade de que tem ciência” (Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 12ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 129).

O *dever-poder de controle e fiscalização ambiental* (= dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, jorra diretamente do marco constitucional (em especial dos arts. 23, VI e VII, 170, VI, e 225) e da legislação infraconstitucional, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente). Muito bem lembra, a esse respeito, José Renato Nalini, o jurista e literato, que “a natureza do direito ao meio ambiente é aquela de um patrimônio público a ser *obrigatoriamente garantido e tutelado* pelos organismos sociais e pelo *Estado*. Ônus imposto ao Poder Público e à coletividade, com vistas a permitir que as futuras gerações também usufruam desse valor” (*Direitos humanos e o ensino do Direito Ambiental*, in José Renato Nalini e Angélica Carlini [coord.], *Direitos Humanos e Formação Jurídica*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 305. Grifei).

Tal dever-poder imposto à Administração envolve dois núcleos principiológicos da organização estatal contemporânea. A um, o fundamento da probidade administrativa que

se espera do agente público, tanto ao agir, como ao se omitir e ao reagir. A dois, o princípio da legalidade, em si mesmo um limite à atuação do Estado, mas igualmente um motor a combater sua passividade, quando dele se esperam comportamentos positivos. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, em *Apresentação* de livro sobre a matéria, adverte, com a propriedade de sempre, que hoje a gestão pública “exige, de forma premente, um Estado não apenas probo, mas também diligente e eficiente”; por isso, dele se espera *ação*, atitude que, sem dúvida, mostra-se “incompatível com a omissão” (cf. Luís Roberto Gomes, *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. X) .

No plano constitucional, o fundamento maior do dever-poder de controle e fiscalização ambiental encontra-se no art. 225, *caput*, *in verbis* (grifei):

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

Por imposição constitucional, portanto, o Estado brasileiro, em todas suas facetas e níveis, figura como guardião-garantidor do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O *caput* e os parágrafos do art. 225 da Constituição elencam diversas incumbências concretas relacionadas a esse amplo poder de polícia, que, nos termos do art. 23, VI (“proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”) e VII (“preservar as florestas, a fauna e a flora”), insere-se no âmbito da competência comum da União, Estados e Distrito Federal e, naquilo que for interesse local, também dos Municípios (com especial relevo para o controle e fiscalização da regularidade urbanística). Nessa mesma linha de raciocínio, nos termos do art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, são titulares do dever-poder de implementação “os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização”, além de outros a que se confira tal atribuição.

A Política Nacional do Meio Ambiente, na moldura que lhe imprime a Lei 6.938/81, segue, à sua vez, entre outros princípios, a “*ação governamental* na manutenção do

Superior Tribunal de Justiça

equilíbrio ecológico” e o “controle e zoneamento das atividades potencial e efetivamente poluidoras” (art. 2º, incisos I e V, respectivamente, grifei).

Mais direto e inequívoco é o art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998, segundo o qual quando a autoridade ambiental “tiver conhecimento de infração ambiental *é obrigada* a promover a sua *apuração imediata*, mediante processo administrativo próprio, sob pena de *co-responsabilidade*” (grifei). Por “apuração imediata” há que se entender muito mais do que a pura e simples identificação do degradador e a adoção de ações meramente formais ou protocolares, pois seriam tarefas inócuas se não destinadas a efetivamente conservar (turbação) ou recuperar (esbulho) a posse do bem ambiental, obrigar o infrator a reparar o dano causado e a ele aplicar eventual sanção administrativa e penal pelo seu repreensível comportamento.

Referência deve ser ainda feita à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação ou Lei do SNUC (Lei 9.985/00), já que a degradação de que trata a presente demanda ocorreu no então Parque Estadual de Jacupiranga, criado pelo governo do Estado de São Paulo, em 1969, com aproximadamente 150.000 hectares, em razão da sua notável importância ecológica (por abrigar um dos maiores remanescentes intactos de Mata Atlântica) e geológica (decorrência de seu grande patrimônio espeleológico), uma área tão grande que, em 2008, foi subdividida em três Parques (Parques Caverna do Diabo, do Rio Turvo e do Lagamar de Cananéia, nos termos do art. 5º, da Lei Estadual 12.810/08).

Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

A própria Lei do SNUC se encarrega de deixar claro que as Unidades de Conservação de Proteção Integral, entre as quais se incluem os Parques (art. 8º, III), visam à “manutenção dos ecossistemas *livres de alterações causadas por interferência humana*,

Superior Tribunal de Justiça

admitido apenas o *uso indireto* dos seus atributos naturais” (art. 2º, VI, grifei). Além disso, define Parque como a Unidade de Conservação que “tem como objetivo básico a *preservação* de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico” (art.11, *caput*, grifei). Acrescenta ainda que se trata de área de “posse e domínio público” (art. 11, § 1º), na qual tanto a visitação pública e a pesquisa científica são rigidamente controladas (art. 11, §§ 2º e 3º). O legislador foi cuidadoso ao ponto de afirmar o óbvio: que “são proibidas, nas unidades de conservação, quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos” (art. 28).

Cabe, como regra, ao Poder Público a gestão e a administração das Unidades que cria (ele é chamado aí de “órgão executor”, art. 6º, III), exceto quando forem atribuídas, por instrumento próprio, a “organizações da sociedade civil de interesse público com objetivos afins aos da unidade” (art. 30), situação em que o Estado, ainda assim, mantém intacto seu poder de polícia e os deveres-direitos a ele inerentes. Finalmente, “a exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços obtidos ou desenvolvidos a partir dos recursos naturais, biológicos, cênicos ou culturais ou da exploração da imagem de unidade de conservação, exceto Área de Proteção Ambiental e Reserva Particular do Patrimônio Natural, *dependerá de prévia autorização e sujeitará o explorador a pagamento*, conforme disposto em regulamento” (art. 33, grifei).

A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de proteção da Natureza. Por isso, em nada resolve, freia ou mitiga a crise da biodiversidade – diretamente associada, no Brasil, à insustentável e veloz destruição de *habitat natural* –, se não vier acompanhada do compromisso estatal de sincera e eficazmente zelar pela sua integridade físico-ecológica e providenciar os meios para sua gestão técnica, transparente e democrática. A ser diferente, nada além de um “sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada” existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão

como autorização implícita para o desmatamento e a ocupação ilícita.

Esse drama ambiental foi, de modo preciso, identificado por Álvaro Valery Mirra, ao advertir que “quando o Estado finalmente cria essas Unidades de Conservação – Parques, Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental –, como medida para a preservação e conservação da Natureza, o que se vê, no decorrer do tempo é que os anos passam sem que os sucessivos governos cuidem de implantar definitivamente essas áreas naturais protegidas, pela demarcação dos seus limites e perímetros, pela realização de zoneamento ecológico-econômico no seu interior, pela instalação dos equipamentos necessários, pela *fiscalização das atividades que possam comprometer a preservação dos atributos ecológicos que justificaram a sua proteção*” (Álvaro Luiz Valery Mirra, *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 396, grifei).

Em síntese, no Direito brasileiro existe, a cargo dos órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, um inequívoco *dever-poder de controle e fiscalização ambiental* (= dever-poder de implementação), de natureza vinculada, indisponível, irrenunciável e imprescritível.

2. Conteúdo do dever-poder estatal de controle e fiscalização urbanístico-ambiental

Compõe o poder de polícia urbanístico-ambiental um vasto e multifacetário leque de medidas administrativas de caráter preventivo, precautório, mitigatório, reparatório e sancionatório, passíveis, inclusive, de imposição cautelar e liminar, que incluem, entre outros, embargo da obra ou atividade irregular, demolição de construções, multa diária, apreensão de instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração (art. 72 da Lei 9.605/1998), sem falar do *desforço imediato*, referido no art. 1.210, §1º, do Código Civil.

Assim, diante de ocupação ou utilização ilegal de espaços ou bens públicos, não se desincumbe do dever-poder de fiscalização ambiental (e também urbanística) o Administrador que se limita a embargar obra ou atividade irregular e a denunciá-la ao

Ministério Público e à Polícia, ignorando ou desprezando outras medidas, inclusive possessórias, que a lei põe à sua disposição para eficazmente fazer valer a ordem administrativa e, assim, impedir, no local, a turbação ou o esbulho do patrimônio estatal e dos bens de uso comum do povo, resultante de desmatamento, construção, exploração ou presença humana ilícitos.

Em demanda no essencial assemelhada à presente, embora se cuidasse de loteamento irregular, o Desembargador Torres de Carvalho, um dos expoentes da magistratura brasileira e conhecido pelo equilíbrio que imprime às suas manifestações, bem expressou o sentimento que, amiúde, assola o Poder Judiciário, em situações como a dos autos: “a conduta administrativa limitou-se à lavratura de autuações que não foram pagas contra loteador já sumido, descuidando a autoridade dos procedimentos que lhe deviam ter sucedido – embargo, demolição, desfazimento, responsabilização dos funcionários omissos, responsabilização dos loteadores, etc., em conduta administrativa de todo inócua e que não atinge o ponto principal: a correção da ilegalidade” (Apelação nº 85.594.5/0, 8ª Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de São Paulo).

3. Turbação, esbulho e desforço imediato no Direito Ambiental

A turbação e o esbulho ambiental-urbanístico podem – e no caso do Poder Público, devem – ser combatidos pelo *desforço imediato*, medida prevista atualmente no art. 1.210, § 1º, do Código Civil de 2002, e imprescindível à manutenção da autoridade e da credibilidade da Administração, da integridade do patrimônio público, da legalidade, da ordem pública e da conservação de bens intangíveis e indisponíveis associados à qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Numa palavra, no desforço o Estado encontra uma providência por excelência de garantia da aptidão dissuasória da lei e da Administração, que funciona, simultaneamente, como ferramenta de *prevenção geral* (em relação a todos os outros sujeitos potencialmente em posição de futura transgressão) e *prevenção especial* (no que se refere ao próprio infrator, ao educá-lo sobre não compensar a infração urbanístico-ambiental). Nada estimula mais a degradação ambiental do que a sensação coletiva de impunidade, mormente quando se

Superior Tribunal de Justiça

constata à vista de todos a ocupação ilegal de espaços públicos. É o sentimento, altamente nefasto ao interesse público, de que “se os outros podem violar impunemente a lei, eu também posso”.

Por desforço entende-se o ato do possuidor que, *sponte propria* e sem a mediação do Poder Judiciário, procura reaver, de quem dele se apropriou ilegal e recentemente, algo (um bem ou poderes sobre um bem) que lhe pertence, visando a reincorporá-lo, por inteiro, ao seu patrimônio ou a reaver as qualidades (entre elas a ambiental) que lhe dão valor jurídico, econômico ou não.

No mundo todo, lembra Michel Prieur, a Política Ambiental esmera-se ao buscar uma postura preventiva e educativa, daí sua relutância “em usar medidas extremas, salvo necessidade absoluta” (*Droit de l'Environnement*, 5e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 871). Também entre nós, o Direito Ambiental, consciente de sua missão de proteger o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é de todos, herdou muito do espírito dos movimentos pacifistas, que estão na sua origem nos anos 60 e 70 do Século XX.

A norma jurídica ambiental, no entanto, como em todos os campos do Direito, existe para a exceção – os infratores – e, infelizmente, exatamente por se destinar a enfrentar situações de patologia social, vê-se compelida a incorporar mecanismos jurídicos tradicionais de coação e defesa dos bens que tutela, como as sanções administrativas e penais, sem falar da própria ação civil pública e a ação popular. Entre essas medidas, sobressai o desforço imediato.

Convenhamos, “necessidade absoluta” maior fica difícil imaginar quando uma área, de *propriedade pública*, que integra uma Unidade de Conservação de Proteção Integral (Parque Estadual), assim qualificada por conta de seu mérito ecológico, é invadida e desmatada, nela se estabelecendo construção e exploração econômica de caráter permanente. A ofensa é quádrupla: ao patrimônio público imobiliário, ao meio ambiente, à credibilidade da legislação ambiental e à legitimidade do Estado como administrador e defensor da *res publica*.

Ninguém contesta, nem haverá de contestar, portanto, que a turbação e o esbulho do patrimônio do Estado são, no plano social, práticas das mais nocivas e que, se não combatidas pronta e firmemente, desequilibram as relações entre administrados e

Superior Tribunal de Justiça

Administração, corroem a credibilidade do Estado e das suas instituições, e enfraquecem a força dissuasória da lei na sua nobre função de zelar por aquilo que pertence a todos, e às gerações futuras.

Especificamente no que se refere ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*, da Constituição Federal), nota-se que, amiúde, sua realidade física é representada por coisas do domínio do Estado, em áreas pertencentes ao Estado, como sucede com as *Unidades de Conservação de Proteção Integral*. Ora isso quer dizer que o dever do Poder Público de defendê-las coloca-se à raiz quadrada, na sua faceta de bem que integra a dominialidade estatal e de bem de uso comum do povo, de titularidade difusa e intergeracional. Nesse diapasão, dúvida não há de que desrespeita a lei o agente público que se omite na utilização dos instrumentos legítimos que a ordem jurídica lhe atribui para a defesa do interesse público e da coisa pública, em nada diferente daquele que age sem lei ou além da lei.

Na previsão do desforço, é claro o art. 1.210, §1º, do Código Civil (art. 502, do Código Civil revogado):

O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Vem de longe tal poder legal conferido ao possuidor, instituto que Teixeira de Freitas, em seu *Esboço* de Código Civil, incluiu entre os “remédios possessórios extrajudiciais”, realçando, na denominação a sua extrajudicialidade, reservando-o para o caso de esbulho e definindo-o como “a recuperação da posse por autoridade própria” (art. 4.013, § 1º); para a turbação, previu a “resistência”, ou seja, “a defesa da posse, mesmo repelindo-se a força pela força” (art. 4.013, § 2º), com o intuito de “retê-la” (art. 4.012, *in fine*). Para Clóvis Beviláqua, “o desforço imediato é um ato de legítima defesa da posse” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: Do Direito das Coisas*, edição histórica, 1976, p. 984).

Em época de valorização do Estado de Direito, do respeito à lei e à *res publica*, em que os princípios da moralidade e da boa-fé objetiva permeiam e norteiam todo o

sistema normativo, avulta o mérito do combate à cultura da ocupação individual dos espaços públicos e de apropriação privada dos bens coletivos. Se o quadro legal hoje existente já se encarregou de não deixar qualquer dúvida a esse respeito, é hora de o Judiciário dar um basta à *síndrome do Velho Oeste*, que, infelizmente, persegue e prejudica o Brasil até hoje e ameaça seu futuro.

É nessa visão de comunidade que respeita o pacto republicano – radicado e radicalizado pela Constituição de 1988, mas também expresso em uma série de leis recentes, a ela posteriores e outras até anteriores, com ênfase para as de cunho urbanístico e ambiental – , que se insere, envolto num profundo conteúdo de justiça social e de proteção das gerações futuras, o desforço imediato a cargo da Administração Pública e as providências de auto-executoriedade a ele inerentes.

Não é à toa, conseqüentemente, que se observa um acordar crescente e recente para a centralidade do desforço imediato, tanto pelo lado da Administração, que o redescobre, algumas vezes a contra-gosto, como pelo Judiciário, de quem se espera tenha pelo instituto a mais alta consideração e valorização, conquanto prestigiá-lo é simultaneamente contribuir para a autoridade da lei e daqueles que zelam por ela, sem prejuízo, claro, da possibilidade, também assegurada constitucionalmente, de se reclamarem em juízo prejuízos causados por eventuais abusos praticados.

3.1 Crítica ao desforço como mecanismo de proteção da posse privada

No passado, mormente diante dos abusos associados à propriedade privada, críticos se voltaram contra o desforço imediato, tanto mais porque se punha na mão de latifundiários, já em si considerados donos do Estado, um poder extrajudicial de vida ou morte sobre uma multidão de destituídos de terra e de dignidade, muitos em estado de completa miséria e penúria e outros tantos milhares ainda sob o jugo do regime escravocrata. À crítica ao latifúndio, ao individualismo e ao poderio das elites rurais, juntava-se, por natural, a rejeição aos instrumentos de defesa da propriedade imobiliária organizada em torno do mito da sua intocabilidade.

Não foi sem razão, então, que, na sessão de 1º de Julho de 1843, na Câmara,

Superior Tribunal de Justiça

José Thomaz Nabuco de Araújo (o terceiro Senador Nabuco), em um dos seus primeiros Projetos de Lei, propôs a revogação, pura e simples, do § 2º, do Título 58, do Livro 4º, das Ordenações, que permitia ao esbulhado o desforço *in continenti*: “Eu não posso compreender como na sociedade civil onde há um poder constituído para julgar as contendas entre os cidadãos, se lhes deixa livre o recurso das armas e se legitimam assim as consequências funestas de uma luta que muitas vezes o capricho trava por amor de quatro ou cinco palmos de terreno, e o mais é que a autoridade policial há de respeitar essa guerra civil, há de ser impassível às suas consequências, para não privá-los do tal desforço incontinenti. Quanto a mim bastam os interditos possessórios para que o cidadão possa manter a sua posse e evitar a turbação dela” (Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, vol. 1, 5ª edição, Rio de Janeiro, Topbooks, 1997, p. 82).

Vista na sua moldura tradicional, isto é, de defesa por mãos próprias da posse e da propriedade individual, o desforço seria mesmo um “ato de justiça *privada*”, em que o “justicador substitui-se ao Estado” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo X, *Direito das Coisas: Posse*, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas, Bookseller, 2000, p. 317, grifei). Atente-se para o realce que se fazia ao caráter “privado” da medida e ao indivíduo substituindo-se “ao Estado”. Algo bem diferente do desforço imediato urbanístico-ambiental, em que “privado” é o infrator e não o Estado, que dele se utiliza, e não há indivíduo algum a tomar o lugar do Estado, já que a Administração é o próprio Estado, na sua feição executiva. Lá, era desforço imediato incidente sobre relações *inter privatos*; aqui, diversamente, são os sujeitos privados que atacam os bens da coletividade e, ao final das contas, o próprio Estado, a quem cabe por eles zelar.

Acrescente-se, finalmente, que na crítica, mais do que merecida, ao instituto, no seu perfil privatista, certamente pesou o fato de as Ordenações, no rastro do Direito Romano, fazerem a odiosa distinção entre pessoas de pequena condição, de um lado, e fidalgos e cavalheiros, de outro, para dar a estes maior amplitude no exercício do desforço (cf. Lafayette Rodrigues Pereira, *Direito das Cousas*, adaptado ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva, Rio de Janeiro, Typ. Baptista de Souza, 1922, p. 53).

3.2 O desforço na defesa, pelo Estado, da propriedade pública e dos bens de uso comum do povo

Bem diferente a situação atual em que se espera ação pronta e eficaz do Estado na defesa do seu patrimônio e dos bens que são de uso comum do povo, sob pena de improbidade administrativa. Aqui, o Administrador, que defende a dominialidade pública, é o próprio Estado, e não um particular no exercício de posse privada e individualística. Como acima indicamos, o tom individual e privado, ao revés da equação do Direito clássico, não se manifesta no sujeito que utiliza o desforço imediato, mas apresenta-se no lado oposto, ou seja, o infrator da lei, aquele que ataca o bem público e dele quer se apropriar, com exclusão *erga omnes*, isto é, privando a coletividade de seus benefícios.

Não é outra a opinião de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem “pode a Administração Pública promover, por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias”, posto que “os interesses defendidos freqüentemente não poderiam, para eficaz proteção, depender das demoras resultantes do procedimento judicial, sob pena de perecimento dos valores sociais resguardados através das medidas de polícia” (*Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 834-835). Também Odete Medauar aponta que, consoante, o princípio da auto-executoriedade, os atos e medidas da Administração são colocados em prática ou aplicados por ela própria “mediante coação, conforme o caso, sem necessidade de consentimento de qualquer outro poder”, sob justificativa variada, que inclui tanto a necessidade de não retardar o atendimento dos interesses da coletividade representados pelo Administrador, como a presunção de legalidade, marca dos atos administrativos (*Ob. Cit.*, p. 130).

Também no Direito Comparado, é pacífico que a Administração “não é um sujeito qualquer; sua posição difere essencialmente daquela dos demais sujeitos”, o que a põe em uma posição privilegiada (privilégio em favor da coletividade), daí a autorização para exercer por si mesma juízos declarativos e executivos, cabendo-lhe fazer uso até da força, pois “a coação administrativa é, por ser pública e não privada, uma coação legítima”. Tudo isso à

luz do *princípio da autotutela*, que significa que “a Administração está capacitada como sujeito de direito para tutelar por si mesma suas próprias situações jurídicas, inclusive suas pretensões inovadoras do *statu quo*, eximindo-se deste modo da necessidade, comum aos demais sujeitos, de buscar uma tutela judicial” (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Thompson Civitas, 2004, pp. 497-539).

E quando estão em jogo bens de dominialidade compartilhada entre as gerações presentes e as gerações futuras, maiores as medidas de controle e de vigilância que se esperam do Estado. Nessas circunstâncias, de bens de uso comum do povo apoiados sobre pilares intergeracionais, ao Poder Público nada mais sobra do que exercer, como se fora um depositário fiel por designação constitucional e legal, a função de bem cuidar daquilo que administra em nome de outrem. Aí, então, mais justificável, ainda, o exercício, pela Administração, do seu dever-poder de *autotutela conservativa*, na fórmula do *interdictum proprium*, isto é, a possibilidade de reivindicar, por si mesma, seus bens patrimoniais ou de domínio público.

Entende-se, pois, que na concepção moderna e *welfarista* do desforço, nele não mais se deve enxergar a simples atribuição ao particular – numa perspectiva individualista e representativa da aura de absolutismo do domínio privado – do poder de fazer valer, sem a mediação do Judiciário, o direito de propriedade assegurado pela Constituição e Código Civil. Ao contrário, cuida-se da defesa, pelo Estado, dos bens públicos, muitos de valor intergeracional, de grande fragilidade e carência de tutela de urgência; mais do que tudo, está em jogo a autoridade da ordem urbanístico-ambiental, como já referido.

Assim, ao integrar a pauta do controle da legalidade, de que não pode dispor a Administração, o desforço imediato há de ser visto como *obrigação inafastável e de índole vinculada*, porquanto inadmissível que se confira ao Administrador optar por defender, ou não, o patrimônio público, o meio ambiente e a regularidade urbanística. Importa ainda enfatizar que, diante do reposicionamento dos valores e bens que levou a cabo a Constituição de 1988 e a recente legislação urbanístico-ambiental, o desforço imediato não se esgota nas infrações que ponham em risco a segurança ou a saúde pública.

Na sua prática tradicional, era tratado como “defesa privada”, afim à legítima defesa penal, daí a antipatia que despertava em muitos. No campo dos bens públicos, do meio ambiente e do urbanismo é “defesa pública”, pela Administração, daquilo que a todos pertence. É *autodefesa pública*, autodefesa essa que dispensa a intermediação *ex ante* do Poder Judiciário, embora não impeça nem limite a intervenção judicial *ex post*.

Especificamente no Estado de São Paulo, o Decreto 42.079/97 não deixa dúvida a respeito do uso obrigatório do desforço (grifei):

Artigo 18 - Os órgãos da Administração Direta destinatários de imóveis pertencentes, cedidos ou locados ao Estado, são responsáveis pelos mesmos, cabendo-lhes guardá-los e conservá-los, observando as regras de ocupação baixadas pelo Conselho do Patrimônio Imobiliário.

Parágrafo único - Ocorrendo turbação ou esbulho na posse dos imóveis pertencentes ou ocupados pelo Estado, os órgãos destinatários deverão valer-se do desforço imediato permitido no artigo 502 do Código Civil, comunicando imediatamente o fato à unidade competente da Procuradoria Geral do Estado.

3.3 Requisitos do desforço

O Código Civil refere-se a “possuidor” turbado ou esbulhado e à manutenção ou restituição da “posse” (art. 1.210, § 1º). A letra de lei não cria nenhuma dificuldade quando, como ocorre nos presentes autos, o Estado for, ele próprio, o proprietário do imóvel. Entretanto, situações mais corriqueiras existem em que a ameaça (turbação) ou apropriação (esbulho) ilícitas incidem sobre bens imateriais e coletivos, como o meio ambiente ou a regularidade urbanística *in abstracto*, vistos em si mesmos no formato de *macrobem*. Nesses casos, é privado o bem imóvel em que a atividade ilegal ocorre, mas é público, intangível, indivisível, extracomércio e intergeracional o meio ambiente ecologicamente equilibrado que daquele depende.

Se o meio ambiente, abstratamente considerado, é um macrobem jurídico, passível de usurpação ou apropriação ilegal, seja na sua totalidade, seja em partes de suas qualidades e expressão ecológica, admitir-se-ia, nesse plano, defendê-lo por meio do desforço imediato? Vem à mente, aqui, a sua definição legal, como “o conjunto de condições, leis,

influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I, da Lei 6.938/81). Exemplo dessa hipótese é o loteamento clandestino. Poderá o Poder Público fazer uso do desforço, a pretexto de que estaria sendo esbulhado o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o macrobem que lhe incumbe zelar e defender?

Essa uma situação que, certamente, não se colocava antes da Lei 6.938/81 e da Constituição de 1988, quando o meio ambiente, além de reconhecido expressamente, passou a ser considerado “bem de uso comum do povo”. Ora, o próprio Código Civil de 2002, na linha seguida por outros países e pelo Código Civil revogado, se encarrega de tratar dos bens públicos, isto é, os de “domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno” (art. 98), entre os quais inclui “os de uso comum do povo” (art. 99, I).

A conclusão que se tira é que a expressão “possuidor”, referida pelo Código Civil, deve ser lida à luz das novas e complexas formas de bens e titularidades – de patrimonialidade, numa palavra – apresentadas pela legislação de proteção dos interesses difusos e coletivos. Se o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como macrobem, é bem de uso comum do povo, essa sua natureza jurídica de bem *sui generis* não lhe retira ou restringe a qualidade de bem, com os consectários que dessa proposição advêm. Trata-se de conclusão que se harmoniza perfeitamente com a letra do art. 1.196, do Código Civil, que considera “possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Ora, bem de uso comum do povo é uma das modalidades de propriedade, pública é verdade, mas nem por isso menos propriedade.

A extracomercialidade do meio ambiente, como macrobem jurídico de uso comum do povo, não barra, nem dificulta a sua proteção no âmbito possessório. Aliás, seria até um desatino atribuir a bem qualificado, pela própria Constituição Federal, como “essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*) um nível de proteção jurídica inferior àquele prestado às coisas comuns ou ordinárias. Entre os muitos argumentos em favor dessa tese, destaca-se a lembrança de que o conceito de posse não é imutável, nem imune às transformações do quadro legislativo, tanto mais quando o legislador o diz expressamente, como o fez em 1988, ao reconhecer uma grande variedade de novos bens jurídicos (entre eles

o meio ambiente). Nesses casos, nos termos da mais abalizada doutrina, deve-se admitir “a posse *ad interdicta* à medida que seja necessária para proteger a *pública destinação* dos bens” (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 22ª edição, São Paulo, Atlas, 2009, p. 702, grifei).

O desforço vem condicionado pelo Código Civil, ao dispor que o possuidor poderá usá-lo “contanto que o faça logo”. Quão *logo* é o “logo” referido pelo legislador? No caso de bens pertencentes ao Estado (um imóvel público) ou sob sua administração ou guarda (o meio ambiente e a regularidade urbanística, p. ex., como bens intangíveis), deve-se afastar, de cara, a noção de que o *dies a quo* do “logo” levaria em conta a data da violação. Em verdade, o que importa é a) a data em que o Poder Público toma inequívoco conhecimento da degradação ilegal e b) encontra os meios necessários para reagir, sobretudo em regiões remotas e de difícil acesso.

No seu *Esboço*, Teixeira de Freitas aduz que “o faça logo”, próprio do desforço exige que “o possuidor o empregasse em continente, o que se deixa ao arbítrio do Juiz, segundo as circunstâncias” (art. 4.016, 1º). Para Tito Fulgêncio, tanto a defesa (na turbação), como o desforço (no esbulho) “deve dar-se tanto que conheça o possuidor a moléstia” (*Da Posse e das Ações Possessórias*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 146, grifei).

No que tange à duração do “logo” – isto é, o espaço temporal entre a data do conhecimento e a ação efetiva de desforço –, atuará “logo” a Administração quando imediatamente der início às providências, formais (procedimentais) e materiais (requisição de apoio policial, p. ex.), necessárias à consecução do desforço. Clóvis Beviláqua, por sua vez, ao comentar o art. 502 do Código Civil de 1916, aduz que “o desforço para ser legítimo deve ser imediato. *In ipso congresso*, dizia a lei romana ... Se é um prédio o objeto da espoliação, a ação particular do espoliado deve ser iniciada sem demora ... logo que lhe conste o esbulho, no caso de clandestinidade” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Edição Histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1984, p. 984).

O fundamental é que o Administrador não passe a imagem de inação, pois tal impediria o uso posterior do desforço. Claro, o controle final da legalidade do “logo” ficará a

cargo do Judiciário. Já era assim nas Ordenações Filipinas, em que se deixava ao “arbítrio do Julgador, que sempre considerará a qualidade da coisa e o lugar onde está” (Ord., IV, 58, § 2).

Tudo isso para dizer que responde pelo dano ambiental a Administração (e o Administrador) que, ao se comportar como Pôncio Pilatos, lava as mãos atua apenas cosmeticamente, para salvar aparências, diante de degradação em via de acontecer, que está acontecendo ou que já aconteceu. Responsável, sim, o Estado. Mas de que tipo de responsabilidade estaríamos aqui cuidando, derivada da omissão do dever-poder estatal de controle e fiscalização urbanístico-ambiental?

4. Responsabilidade do Estado por omissão no exercício do dever-poder de controle e fiscalização urbanístico-ambiental

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

Também é entendimento do STJ que o princípio da prioridade da reparação *in natura* convive com a possibilidade de simultânea exigibilidade de indenização pecuniária, sobretudo quanto aos danos extrapatrimoniais ou naqueles casos em que a recuperação do meio ambiente degradado é incompleta ou faz-se de maneira lenta, no decorrer dos anos (cf., neste ponto, a excelente Annelise Monteiro Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 237). Ademais, como veremos abaixo, atribui-se ao *macrobem ambiental* uma constituição indivisível e intangível, e, por outro lado, vê-se a recuperação *in natura* como *obrigação de fazer*, daí surgem repercussões outras no conteúdo da responsabilidade civil, que vão além da simples solidariedade.

4.1 Solidariedade passiva no dano ambiental

Como se sabe, o dano, qualquer que ele seja, inclusive o ambiental, “pode derivar da atuação individual de um agente ou da concorrência de atividades de vários sujeitos enlaçados, de diferentes maneiras, na sua produção” (Atilio Aníbal Alterini e Roberto López Cabana, *Responsabilidad Civil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, p. 321). No caso de obrigações complexas, com pluralidade de sujeitos, vigora no Direito das Obrigações o princípio *concurso partes fiunt*, a significar que a multiplicidade de agentes não obsta a repartição do liame obrigacional em tantas relações jurídicas autônomas quanto forem os devedores. Essa regra sofre duas exceções mais salientes, uma de *ordem objetiva*, outra, de *ordem subjetiva*: a indivisibilidade do objeto e a solidariedade entre os sujeitos (cf. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*, vol. 2, 14^a ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 65).

Esses dois desvios do modelo convencional dominam o dano ambiental. De um lado, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como realidade intangível e bem de uso comum do povo, essencial à qualidade de vida, é de natureza indivisível, não obstante as manifestações concretas multifacetadas associadas aos seus elementos físicos (solo, ar, água, florestas, fauna, etc). Em tese e *in abstracto*, não se pode fragmentar tal macrobem jurídico, que consiste, não custa repetir, no “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I, da Lei 6.938/81). Por outro, a solidariedade passiva é uma das marcas mais tradicionais e indiscutíveis do regime brasileiro de responsabilidade civil ambiental.

Técnica que visa a viabilizar a reparação da vítima, a solidariedade passiva funciona, de maneira simultânea, como garantia de solvabilidade dos devedores em favor do credor e como ferramenta de facilitação de acesso à justiça. Excepciona a regra de que ao devedor não incumbe pagar nada mais do que deve em razão de sua ação ou omissão individual (= padrão do rateio entre os co-responsáveis, na medida de sua contribuição ao dano), abrindo caminho para a comunicabilidade plena entre os débitos de todos os co-devedores, que direta ou indiretamente tenham contribuído para o dano.

Superior Tribunal de Justiça

A técnica do rateamento é amiúde excepcionado, seja no próprio Código Civil, seja em microsistemas especiais (o ambiental, p. ex.), mormente em decorrência do grau e tipo de risco de certas atividades ou da necessidade, lastreada no princípio do *favor debilis*, de assegurar maior proteção a sujeitos ou bens tidos como particularmente vulneráveis.

A solidariedade passiva *legal* convoca três ordens de justificativas, todas de aplicação no Direito Ambiental: um compartilhamento de *situação jurídica* entre os devedores, que acaba por criar entre eles um vínculo de comunhão; a necessidade ou conveniência de mais firmemente repreender o comportamento dos infratores; a preocupação com o fortalecimento das garantias do crédito (cf. Alex Will et François Terré, *Droit Civil: Les Obligations*, 4e édition, Paris, Dalloz, 1986, pp. 925/926). Daí, então, sua dupla função, já indicada: aumento da segurança do crédito e facilitação do acesso à justiça.

Ampliação da segurança do crédito, em decorrência da conformação jurídica que é própria da solidariedade, ao fazer com que cada devedor responda *in totum et totaliter*, ou seja, a disponibilização, a serviço do esforço reparatório, da totalidade de vários patrimônios, cabendo ao credor escolher, conforme sua conveniência, um, alguns ou todos eles, afastando, dessa forma, o benefício da divisão (*beneficium divisionis*).

Acesso à justiça facilitado, por dispensar, e aí a comodidade processual, a presença de todos os co-responsáveis no processo, convocação essa que nem sempre se mostra fácil, nem viável, tanto na identificação ou localização dos devedores, como na atribuição, no campo probatório, de nexos de causalidade a cada um deles, individualmente. Nesse diapasão, costuma-se afirmar que um dos objetivos da solidariedade é exatamente evitar o jogo de empurra-empurra entre degradadores que, não fosse o remédio jurídico, insultaria a ordem jurídica com a “absoluta impunidade dos responsáveis, cada qual negando tivesse sua atividade causado ou contribuído para a efetivação do dano” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Responsabilidade civil, meio-ambiente e ação coletiva ambiental*, in Antonio Herman Benjamin, *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 284).

Nos vários países e sistemas jurídicos do mundo, tanto a pura conveniência processual, como a dificuldade de determinação, no processo, de certas questões de fato,

como a individualização da parcela de cada devedor na causação do dano, transformaram a solidariedade em algo “necessário” (W. Page Keeton, general editor, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., St. Paul, West Publishing, 1984, p. 327). Necessário no Direito das Obrigações comum; absolutamente imprescindível no Direito Ambiental.

O Código Civil de 2002, ao dispor sobre a solidariedade passiva, estabelece que o “credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto” e que não importa “renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores” (art. 275).

A rigor, na responsabilidade civil ambiental, mais do que assento no Código Civil, a solidariedade deriva precipuamente do art. 3º, IV, da Lei 6938/81, dispositivo legal cuja redação impõe a conclusão de que “todos aqueles que contribuam de qualquer forma para a ocorrência de um dano ambiental devem responder pela integralidade do dano”, sem prejuízo do direito de regresso. Se o dano ambiental conta com vários degradadores, “o demandado não pode invocar como eximente o fato de não ser apenas ele o poluidor, de serem vários e não se poder identificar aquele que, com seu obrar, desencadeou – como gota d’água – o dano” (Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, Tomo VI, *Responsabilidad Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1.999, p. 161).

Esse conjuntar obrigacional advém tanto da letra expressa da lei como da natureza dos bens tutelados, porquanto, indivisível *in abstracto* e caracterizado como *res communis omnium*, o macrobem ambiental se apresenta como “uma unidade infragmentável”, característica essa que confere, igualmente às relações associadas à sua proteção, “a marca da indivisibilidade” (Délton Winter de Carvalho, *Dano Ambiental Futuro: A Responsabilização Civil pelo Risco Ambiental*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008, pp. 109-110).

É certo que, juridicamente falando, não se confundem obrigação solidária e obrigação indivisível, embora no plano prático os institutos possam se sobrepor e apresentar resultados assemelhados. Naquela, o objeto é, em geral, divisível, mas por força da representação recíproca entre devedores, as várias dívidas deixam de ser reduzíveis a frações pessoais específicas e individuais. Nesta, as dívidas também são múltiplas, cada qual

representada por sua fração; entretanto, como o objeto da obrigação (um fazer, p. ex.) é indivisível, se torna impossível, como na solidariedade, fragmentá-las, o que implica que o pagamento apenas pode ser realizado na sua totalidade, porém não por representação recíproca entre os vários co-devedores ou por cada um ser responsável pela totalidade da dívida. Na verdade, conforme adverte Mário Júlio de Almeida Costa, a noção de obrigação indivisível, por óbvio, “só manifesta verdadeiro interesse prático a propósito das obrigações plurais não solidárias”, pois “se a obrigação é solidária, deste regime resultam já as consequências a que se chegaria por força da indivisibilidade” (*Noções de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 151)

O dano ao meio ambiente é um daqueles territórios em que aparecem, simultaneamente, a solidariedade passiva e a indivisibilidade do bem tutelado. Como já afirmado, o campo fértil por excelência das obrigações indivisíveis é precisamente o das obrigações de fazer e não fazer, corriqueiras no Direito Ambiental. Por isso, não é um exagero aqui afirmar que, em decorrência da lei e da natureza das coisas, e não da vontade das partes ou de concerto prévio entre elas, a obrigação de reparar o dano ambiental é solidária, sempre, e indivisível, freqüentemente. A solidariedade e a indivisibilidade são, por assim dizer, a essência inafastável do dano ambiental.

Se o *objeto da obrigação*, segundo a boa doutrina, é a prestação prometida ou aquela que do devedor se espera (cf. Mazeaud & Mazeaud et François Chabas, *Obligations: Théorie Générale*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 1991, p. 225), e na obrigação ambiental derivada de degradação é o dever de reparar o dano, sob a diretriz do princípio da reparação *in integrum* e do princípio da prioridade da reparação *in natura* (obrigações de fazer, portanto), aflora imediatamente a natureza indivisível da reparação ambiental, pela própria infragmentabilidade do objeto da obrigação na hipótese.

Nem sempre, contudo, a solidariedade passiva desponta de forma cristalina. Há situações mais discretas, em que a solidariedade (jurídica) surge de circunstâncias tênues de um certa solidariedade (material) no seu sentido vulgar ou coloquial. É o que se dá com o *silêncio de conveniência*, tema da maior relevância no Direito Ambiental. Não é raro que o dano seja causado por combinações multifacetárias de atividades e substâncias, que se

cobrirão de impossível complexidade para o leigo ou mesmo para o técnico ou especialista, que esbarram em segredos industriais ou se descobrem alheios e são vistos como intrusos na cadeia de relações profissionais e pessoais que une o grupo ao qual se imputa o dano. Em tais situações, parafraseando Aguiar Dias, com sua clássica autoridade, o silêncio do verdadeiro agente e de seus companheiros cria a solidariedade entre todos (José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, 7ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 901).

A jurisprudência do STJ não discrepa no que concerne à solidariedade passiva na responsabilidade ambiental:

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA -
LEGITIMIDADE PASSIVA: SOLIDARIEDADE.

1. A solidariedade entre empresas que se situam em área poluída, na ação que visa preservar o meio ambiente, deriva da própria natureza da ação.

2. Para correção do meio ambiente, as empresas são responsáveis solidárias e, no plano interno, entre si, responsabiliza-se cada qual pela participação na conduta danosa.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 18.567/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2000, DJ 02/10/2000, p. 154, grifei).

4.2 Solidariedade passiva e a co-responsabilização ambiental do Estado por omissão do dever-poder de controle e fiscalização

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

Por outro lado, para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem (cf. REsp 650.728/SC). Cuida-se, ninguém disputa, de responsabilidade civil objetiva, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81. São inúmeros e unânimes, nesse sentido, os precedentes do

Superior Tribunal de Justiça

Superior Tribunal de Justiça.

Logo, o ente público é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos ambientais e urbanísticos que venha, “direta ou indiretamente”, a causar. A situação é mais singela quando o próprio Poder Público, por atuação comissiva, causa materialmente a degradação, p. ex., ao desmatar ilegalmente Área de Preservação Permanente. É imputação por ato próprio.

Embora menos comum, não difere muito, no essencial, a co-responsabilidade do Estado decorrente da *omissão* do seu dever de controlar e fiscalizar a integridade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme demonstram vários precedentes abaixo citados, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis, inclusive no que se refere à improbidade administrativa.

A solidariedade passiva ambiental, como de resto em outros campos da danosidade, “não depende de concerto prévio entre os responsáveis” (José de Aguiar Dias, *Ob. Cit.*, p. 903), nem exige que o comportamento causal de cada um dos responsáveis seja da mesma natureza, grau ou nocividade. Assim, tal qual podem ser co-responsabilizados dois motoristas pela morte de um pedestre ou passageiro, o primeiro por avançar o sinal vermelho e o outro por excesso de velocidade, também aqui é irrelevante que a responsabilidade do particular se impute por degradação material comissiva do meio ambiente (desmatamento) e a do Estado por omissão em controlar e fiscalizar o bem ambiental. Lembra, novamente, Aguiar Dias que “a diversa natureza dos atos ilícitos perpetrados pelos diferentes responsáveis não poderia ser invocada como motivo capaz de afastar a solidariedade: tanto faz que sejam de omissão ou de comissão” (José de Aguiar Dias, *Ob. Cit.*, p. 904).

Não custa enfatizar que na responsabilidade civil ambiental, regime totalmente especial, a culpa não entra pela porta da frente, tampouco pela dos fundos, ou mesmo a título de temperamento dos deveres do Estado. Eventual mitigação da responsabilidade estatal repudia o aproveitamento ou contrabando eufemístico, nem por isso menos indevido, da culpa. Tratamento diferenciado receberá o Estado, como analisaremos abaixo, somente pela via da

preservação de um benefício peculiar, na execução, na qual a ele se reserva uma posição de *posterius* em relação a do *prius*, que é o agente causador primário ou direto do dano ambiental.

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

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

Nota Rodolfo de Camargo Mancuso que com maior razão se justifica a responsabilidade civil do Estado, “quando falha ou se omite no poder-dever de fiscalizar, coibir e reprimir as atividades *ilícitas* dos particulares, que põem em risco ou degradam o meio ambiente, como sói acontecer em grandes metrópoles brasileiras, com os contínuos avanços dos loteamentos clandestinos em áreas de preservação permanente, como são as florestas protetoras das regiões de mananciais” (*Ação Civil Pública*, 11ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 382-383).

Duas ordens de observações aqui se impõem. Primeiro, acima indicamos, o dano ambiental tende a se caracterizar pela indivisibilidade, o que contagia, com a mesma qualidade, a prestação de reparar. Um só fato ou evento gerador (mesmo que com múltiplos atores) e um só e único o dano ambiental, em razão da forma de *rede* em que se organizam os processos ecológicos. Tal significa que, por força da sua indivisibilidade (= unidade do objeto),

Superior Tribunal de Justiça

o dever de reparar de um corresponde ao dever de reparar de todos. Daí a fundição do comportamento do particular, normalmente comissivo, com o comportamento omissivo do Estado. Segundo, a omissão estatal, logicamente, se refere a comportamento em que o degradador real ou primeiro é um terceiro, o que traz à baila a problemática das obrigações complexas (= multiplicidade de vínculos obrigacionais) e, a partir delas, da solidariedade entre as várias condutas, comissivas e omissivas, envolvidas. No pólo das vítimas, inequívoca a pluralidade de sujeitos afetados que são tutelados em qualquer Ação Civil Pública por danos ambientais, pois malferidos pela conduta do infrator, para usar a fórmula do art. 225, *caput*. Não se trata de uma pessoa, mas de um vasto universo de pessoas, na verdade, “todos”.

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

Para Vera Lúcia Jucovsky, “o Estado pode ser responsabilizado por danos ao ambiente, por comportamento comissivo ou omissivo”, razão pela qual também cabe sua responsabilização quando, por omissão, falhar no seu dever de “fiscalização, vigilância e controle” (*Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 55). Acerca do tema, confira-se ainda Édis Milaré (*Direito do Meio Ambiente*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 766-767):

Superior Tribunal de Justiça

Segundo entendemos, o Estado também pode ser solidariamente responsabilizado pelos danos ambientais provocados por terceiros, já que é seu dever fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Esta posição mais se reforça com a cláusula constitucional que impôs ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Na mesma linha, Paulo Affonso Leme Machado (*Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 352):

Para compelir, contudo, o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais mesmo com a observância dos padrões oficiais, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular.

O Superior Tribunal de Justiça, à sua vez, vem admitindo, reiteradamente, a responsabilidade do Estado, em matéria ambiental, por omissão no seu dever de controle e fiscalização. Cito precedentes:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

(...)

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e *fiscalizar* a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.

4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a *ausência das cautelas fiscalizatórias* no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.

5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que *indireto* (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).

6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas

de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).

7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 604.725/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 22/08/2005 p. 202, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMBIENTAL. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS. OMISSÃO DO DEVER DE FISCALIZAR. PRECEDENTES.

(...)

3. A conclusão do acórdão exarado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça que 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 quanto ao dever de fiscalizar*. Aplicável, portanto, a Súmula 83/STJ.

4. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag 822.764/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 02/08/2007 p. 364, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO FIGURAR NO PÓLO PASSIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA.

(...)

2. A decisão de primeiro grau, que foi objeto de agravo de instrumento, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva porque entendeu que as entidades de direito público (*in casu*, Município de Jquitiba e Estado de São Paulo) podem ser arrostadas ao pólo passivo de ação civil pública, quando da instituição de loteamentos irregulares em áreas ambientalmente protegidas ou de proteção aos mananciais, seja por ação, quando a Prefeitura expede alvará de autorização do loteamento sem antes obter autorização dos órgãos competentes de proteção ambiental, ou, como na espécie, por *omissão na fiscalização e vigilância quanto à implantação dos loteamentos*.

3. A conclusão exarada pelo Tribunal *a quo* alinha-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, orientada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para figurar em ação que pretende a responsabilização por danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua *conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar*. Igualmente, coaduna-se com o texto constitucional, que dispõe, em seu art. 23, VI, a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. E, ainda, o art. 225, caput, também da CF, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

4. A competência do Município em matéria ambiental, como em tudo mais, fica limitada às atividades e obras de "interesse local" e cujos impactos na biota sejam também estritamente locais. A autoridade municipal que avoca a si o poder de licenciar, com exclusividade, aquilo que, pelo texto constitucional, é obrigação também do Estado e até da União, atrai contra si a responsabilidade civil, penal, bem como por improbidade administrativa pelos excessos que pratica.

5. Incidência da Súmula 83/STJ.

6. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag 973.577/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 19/12/2008, grifei).

5. Responsabilidade estatal solidária, mas de execução subsidiária

Como vimos, é objetiva, solidária e ilimitada a responsabilidade ambiental do Estado, em caso de omissão do dever-poder de controle e fiscalização; mas a sua execução é de *natureza subsidiária* (com ordem ou benefício de preferência, o que não é o mesmo que “benefício-divisão”, precisamente o resultado afastado pela solidariedade passiva).

A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como *devedor-reserva*, só ser chamado quando o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não quitar a dívida, 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.

A subsidiariedade, evidentemente, deixa de fazer sentido jurídico ou prático se o devedor principal não mais existir ou não for facilmente identificável ou encontrável. Por outro lado, como seu fundamento é estabelecer uma *ordem de preferência* na cobrança do crédito ambiental judicialmente executado, de nada adiantaria e só a transformaria em formalidade a dificultar o *favor debilis* – que inspira a legislação ambiental e a solidariedade – pretender levá-la às últimas conseqüências, se notória a impossibilidade ou incapacidade do degradador material de cumprir a obrigação.

Na subsidiariedade urbanístico-ambiental, por omissão do dever-poder de

controle e fiscalização, não se encontram os mesmos fundamentos que a legitimam em outros campos do ordenamento, como no Direito do Trabalho. A um, porque não decorre de *culpa in vigilando* ou *in eligendo* do Estado, na medida em que, à exceção do caso em que há conluio entre o agente público e o degradador original, descabe atribuir relação de confiança entre este e o Poder Público; a dois, porque tampouco deflui de uma relação especial de subordinação, dependência ou de parentesco entre os co-devedores. Diferentemente, a inspirá-la estão razões de ordem social, política e econômica, mas também de justiça, já que seria desaconselhável chamar o Estado – que, fruto de sua posição anômala, ao final das contas, como representante da sociedade-vítima do dano urbanístico-ambiental, também é prejudicado –, a responder, na linha de frente, pela degradação materialmente causada por terceiro e que só a este beneficia ou aproveita.

Se por um lado é certo que, na sua origem, a responsabilidade estatal por omissão de dever-poder de implementação ambiental deriva da elevação do Estado, no âmbito constitucional, à posição de guardião-maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado, também inequívoco que aos cofres públicos não se impinge a função de garante ou de segurador universal dos poluidores – seria um disparate. O compromisso do legislador é com as vítimas, não com os degradadores. Tão injusta e inadmissível quanto a regra, do Direito inglês medieval, de que o Rei nunca erra ou comete ilícito civil (“the king can do no wrong” ou princípio da irresponsabilidade civil do Estado), será o seu oposto, no extremo antagônico, ou seja, querer atribuir todos os erros do mundo à conta do Rei (= o Estado moderno e os contribuintes).

Não destoaria desse entendimento a melhor doutrina. Se é certo que “todas as atividades de risco ao meio ambiente estão sob controle do Estado e, assim sendo, em tese, o mesmo responde solidariamente pelo dano ambiental provocado por terceiros”, cautela deve existir para não se “adotar irrestritamente a regra da solidariedade do Estado pelo dano ambiental, pois responsabilizando irrestritamente o Estado quem está arcando com o ônus, na prática, é a própria sociedade” (José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, *Dano Ambiental: Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*, 2ª edição, São Paulo, 2003, p. 197).

Superior Tribunal de Justiça

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

Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial. Realmente, a solidariedade passiva não impõe o litisconsórcio necessário, o que corresponderia a uma negação das suas funções originais. Bem acentua Washington de Barros Monteiro que uma de suas características é exatamente a “faculdade que tem o credor de exigir e receber a prestação do coobrigado que escolhe. A autoridade judiciária não tem direito de sobrepor-se a essa eleição, impondo ao autor a presença no feito de outros litigantes” (*Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações – 1ª Parte*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 178).

Dois equívocos devem, contudo, ser afastados na análise desse tema. Primeiro, o de achar que a subsidiariedade da responsabilidade do Estado por omissão do dever-poder de controle e fiscalização – por atribuir ao Estado um lugar de reserva no comboio dos coobrigados ambientais, pela porta dos fundos fracionando o título – enfraquece a posição das vítimas e do meio ambiente degradado, diluindo o *favor debilis*, que é uma de suas marcas. Segundo, o de imaginar, como amiúde se verifica em certas Ações Cíveis Públicas, que o Estado deve, pelo simples fato de ser o guardião *ex lege* do meio ambiente e das gerações futuras, constar, necessária e automaticamente, no pólo passivo de qualquer demanda por degradação ambiental e urbanística.

Naquele caso, o engano reside em esquecer que, na responsabilidade solidária de execução subsidiária, o Estado continua responsável e, eventualmente, será chamado a cumprir a decisão judicial, porém não na linha de frente, pois, se é verdade que foi omissor, a

Superior Tribunal de Justiça

pecha de degradador material não lhe é imputável.

Quanto ao segundo equívoco, por força da Constituição Federal e da legislação, é indubitável que compete à Administração Pública, sem possibilidade de escape ou de renúncia – por mais insensível e avesso à proteção ambiental que o comportamento de seus agentes possa, momentaneamente, indicar –, zelar pela harmonia ambiental e urbanística. Por isso, com freqüência o melhor caminho, na perspectiva do pragmatismo judicial e da implementação em geral, é trazer a Administração para o campo da solução do problema, em vez de transformá-la em parte (no sentido vulgar, como no processual) do problema, o que ocorre de maneira inafastável quando, na esteira da sua presença no pólo passivo da Ação Civil Pública ou Ação Popular, a ela se atribui identidade formal com o degradador direto, transformando-os em *sócios processuais*. Identidade essa que não deriva, nem pode derivar, da realidade dos fatos ou da realidade jurídica, pois, como vimos, ao contrário do particular, a essência da responsabilidade da Administração em caso de omissão, por óbvio, não se assenta em termos de *ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*. Daí o direito de regresso a que faz jus o Estado, quando, como devedor solidário, vier a pagar por todo o dano.

Esse entendimento foi asseverado, *mutatis mutandis*, pela Segunda Turma desta Corte no julgamento do Recurso Especial 647.493/SC (Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 22/10/2007), em que se discutiu a responsabilidade do Estado e das empresas mineradoras de carvão de Santa Catarina por danos ambientais. Consta do magnífico Voto-Conductor, da lavra do eminente Ministro João Otávio de Noronha:

Nada obstante a solidariedade do Poder Público, o certo é que as sociedades mineradoras, responsáveis diretas pela degradação ambiental, devem, até por questão de justiça, arcar integralmente com os custos da recuperação ambiental. E o fazendo o Estado, em razão da cláusula de solidariedade, a ele há de ser permitido o ressarcimento total das quantias despendidas, uma vez que, embora tenha sido omissor, não logrou nenhum proveito com o evento danoso, este apenas beneficiou as empresas mineradoras.

Em face do dispositivo acima, entendo que a União não tem a faculdade de exigir dos outros devedores que solvam as quantias eventualmente despendidas, mas sim, o dever, pois há interesse público reclamando que o prejuízo ambiental seja ressarcido primeiro por aqueles que, exercendo atividade poluidora, devem responder pelo risco de sua ação, mormente quando auferiram

lucro no negócio explorado.

6. Caso concreto

A bem elaborada e minuciosa petição inicial da Ação Civil Pública, movida pelo Promotor de Justiça Eurico Ferraresi, relata (fl. 8, grifei):

Pode-se observar que o Instituto Florestal, na vistoria realizada em 24 de julho de 1997, constatou a construção irregular no interior do Parque Estadual de Jacupiranga, elaborando um laudo e encaminhando-o à Promotoria de Justiça. Curiosamente, nesse próprio laudos os técnicos subscritores concluíram: 'Para fins da defesa do Patrimônio Imobiliário do Estado, alvo de esbulho possessório/turbação de posse por parte do infrator citado, há a necessidade da remoção das construções e desocupação, de acordo com o art. 18 do Decreto nº 42.079, de 13/08/97, e art. 502 do Código Civil'. Ora, ao que consta, nada disso foi feito pela Administração. Simplesmente elaborou um termo de embargo, quando *seria seu dever legal não apenas embargar como, por meios próprios, providenciar a demolição da obra.*

A área afetada é de densa floresta de Mata Atlântica, no meio da qual foi aberta uma grande clareira, construída uma casa de madeira e instaladas plantações e pocilga. O órgão ambiental informou que, quando da operação de fiscalização que levou ao embargo que se discute nos autos, “algumas construções irregulares, em andamento, foram imediatamente demolidas, usando-se do desforço” previsto na legislação (fl. 79). O Tribunal de origem condenou exclusivamente o particular a demolir e reparar o dano ambiental, com base no seguinte fundamento (fl.228):

O Estado exerceu o seu poder de polícia, embargando a obra irregular e, posteriormente, comunicando o fato em epígrafe ao Ministério Público [...] A não comunicação do fato à unidade competente da Procuradoria Geral do Estado, em princípio, está suprida pelo encaminhamento do auto de infração e termo de embargo ao Ministério Público estadual [...] Portanto, tal omissão, pura e simples, não tem o condão de gerar a responsabilização solidária do Estado em relação ao dano ambiental discutido em juízo [...] Assim, vislumbro a responsabilidade exclusiva da co-ré Marilda de Fátima Stankievski, a qual construiu uma obra irregular no Parque Estadual de Jacupiranga e desenvolveu sua atividade no local, auferindo proveito econômico e social.

A premissa fática do acórdão recorrido evidencia que o Estado limitou-se a embargar a obra irregular realizada no Parque Estadual de Jacupiranga, de domínio público e proteção integral, deixando de adotar, contudo, medida efetiva a impedir a continuidade da degradação ambiental verificada à época e de exercer os remédios possessórios cabíveis,

judiciais e extrajudiciais.

O poder de polícia ambiental, acima observamos, não se exaure com o embargo à obra, pois conhecidas são outras medidas administrativas das quais o Poder Público deve se valer para reprimir e, antes, evitar o dano ambiental. Com efeito, sem prejuízo dos instrumentos previstos na legislação estadual pertinente e no Código Civil, o art. 72 da Lei 9.605/1998 enuncia sanções administrativas como advertência, multa diária e até mesmo a demolição da obra realizada sem observância às prescrições legais.

O Dr. Rogério Rocco Magalhães, Promotor de Justiça que também funcionou na demanda, resume corretamente o alcance da gravidade da omissão do Estado: “A responsabilidade estatal já decorria da ineficaz fiscalização da área. Consolidou-se quando, a despeito do atributo da auto-executoriedade, não promoveu a necessária demolição da obra e tampouco ajuizou ação de reintegração de posse em face do degradador” (fls. 183/184). Nem se alegue, como pretende a Fazenda do Estado de São Paulo, que “não pode ser penalizada porque prestigiou o Poder Judiciário, substituindo a ação física pela ação judicial” (fl. 72). O Judiciário não se sente lisonjeado quando a Administração o usa como biombo para omitir-se nas providências, judiciais e extrajudiciais, que a lei dela espera. A tolerância administrativa com o ilícito, ambiental ou não, ofende a lei e, por via de consequência, cobre de descrédito o legislador e aflige o Judiciário, ao transferir para ele demandas que deveriam ter sido resolvidas fora dele.

Nesse diapasão, conclui-se que o embargo à obra, sendo infrutífero, não desonera o Estado de prosseguir no exercício do seu dever de prevenir o dano ambiental sinalizado e restaurar o espaço degradado ao seu *status quo ante*. No caso concreto, o impacto da inércia estatal sobressai evidente do fato reconhecido pelo Tribunal *a quo*, embora por ele subestimado, de que o responsável direto pelo dano construiu irregularmente e desenvolvia atividade econômica no local.

Constata-se, portanto, que a conduta omissiva do Estado foi ilícita e colaborou para a degradação ambiental constatada pelo Tribunal *a quo*, revelando o nexo causal suficiente à sua responsabilização solidário-subsidiária, ressalvado o seu poder-dever de regresso contra o causador direto do dano.

Superior Tribunal de Justiça

Impende registrar que, conforme noticiam os autos, a área degradada já está ocupada por outro particular, e não mais pelo causador direto do dano. Essa situação concreta reforça a necessidade de que o Estado proceda à recuperação ambiental, em prol do interesse público.

Diante do exposto, **dou provimento ao Recurso Especial.**
É como **voto.**



**ERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2008/0146043-5

REsp 1071741 / SP

Números Origem: 200602363669 2768325 2768325104 2852005 4535925 4535925001

PAUTA: 10/03/2009

JULGADO: 24/03/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : IARA ALVES CORDEIRO PACHECO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MARILDA DE FÁTIMA STANKIEVSKI E OUTRO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
RECORRIDO : APARECIDO SILVIERO GARCIA
ADVOGADO : IDALUCI B C SOBREIRA

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Dano ao Meio Ambiente

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de março de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária