

TUTELA COLETIVA PROCESSUAL DO MEIO AMBIENTE E A TEORIA DO FATO CONSUMADO EM LIDES AMBIENTAIS

PROCEDURAL COLLECTIVE GUARDANSHIP OF THE ENVIRONMENT
AND THE THEORY OF CONSUMED FACT ON ENVIRONMENTAL
DEALS

Gabriela Lima Fontenelle Camara

*Mestranda em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC)
Juíza Federal Substituta do Tribunal Regional Federal da 5ª Região
(Seção Judiciária do Estado do Ceará)*

RESUMO: No presente artigo, objetiva-se investigar a produção legislativa brasileira no que se refere aos temas que envolvem o meio ambiente e à tutela coletiva processual dos direitos difusos. Pretende-se ainda analisar o avanço da teoria do fato consumado para os domínios do Direito Ambiental, bem como avaliar a possibilidade de compatibilização do direito ao meio ambiente com o direito à moradia em áreas ambientalmente protegidas. Para tanto, utilizou-se a análise bibliográfica de obras relativas ao assunto e a pesquisa documental na modalidade jurisprudencial, a fim de se verificar o posicionamento dos Tribunais pátrios quanto ao tema. Constatou-se que houve um avanço legislativo nos últimos anos quanto à tutela coletiva ambiental e que o Ministério Público e o Poder Judiciário possuem significativa importância para a efetivação dos direitos previstos na legislação. Concluiu-se que a omissão do Poder Público propicia o aumento de ocupações irregulares em áreas públicas protegidas, o que resulta em demandas complexas, nas quais devem ser utilizadas alternativas afetas ao sistema de tutela coletiva, que possibilitem a participação dos entes públicos e da comunidade no processo e auxiliem na construção de uma solução que proteja o meio ambiente e atenda aos anseios sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela coletiva. Meio ambiente. Teoria do Fato Consumado.

ABSTRACT: This article aims to investigate the Brazilian legislative production regarding the issues involving the environment and the procedural collective guardianship of diffuse rights. It is also intended to analyze the advancement of the theory of fact accompli in the domains of Environmental Law, as well as to evaluate the possibility of reconciling the right to the environment with the right to housing in environmentally protected areas.. For this, we used the bibliographical analysis of works related to the subject and the documentary research in the jurisprudential modality, in order to verify the position of the national Court regarding the theme. It has been noted that there has been a legislative advance in recent years regarding environmental collective guardianship and that the Public Prosecution Service and the Judiciary have significant importance for the realization of the rights provided for in the legislation. It is concluded that the omission of the Government propitiates the increase of irregular occupations in protected public areas, which results in complex demands, in which alternatives to the collective guardianship system should be used, allowing the participation of public entities and the community in the process and assist in the construction of a solution that protects the environment and meets the social aspirations.

KEYWORDS: Collective guardianship. Environment. Consumed Fact Theory.

Enviado em: 02-09-2019

Aceito em: 08-11-2019

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, no presente artigo, analisar a evolução legislativa brasileira no que se refere aos temas que envolvem questões ambientais e sua respectiva tutela processual, notadamente por meio da Ação Civil Pública e dos demais instrumentos previstos no âmbito do microsistema da tutela coletiva no Brasil.

Busca-se, ainda, analisar o avanço da teoria do fato consumado para os domínios do Direito Ambiental e perquirir a possibilidade de se compatibilizar o dever de preservação do meio ambiente com o direito à moradia decorrente de construções efetivadas em áreas ambientalmente protegidas.

Objetiva-se, ademais, propor alternativas processuais a serem adotadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário em litígios que abrangem essas temáticas, pois são processos de alta complexidade e que demandam o empenho de todos os entes políticos responsáveis pela construção das políticas públicas a serem efetivadas.

A pesquisa foi orientada pela análise bibliográfica de obras relativas ao estudo dos direitos fundamentais, especialmente do direito ao meio ambiente e do direito à moradia, por meio da leitura de livros, artigos, teses, dissertações e publicações periódicas atinentes ao tema. Conferiu-se, ainda, especial atenção à pesquisa documental na modalidade jurisprudencial, a fim de propiciar uma análise das decisões do Tribunais brasileiros quanto ao reconhecimento do fato consumado em matéria ambiental.

2 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO DIFUSO E SUA TUTELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na sociedade moderna, diante da crescente escassez de diversos recursos naturais, decorrente de seu uso irresponsável ao longo dos anos, as questões relacionadas ao meio ambiente se tornaram objeto de atenção e preocupação por parte do Poder Público e da sociedade e se destacam como um importante tema de estudo e debate.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental essencial à vida em sociedade, classificando-se como direito de terceira dimensão. No contexto das dimensões dos direitos fundamentais, mostra-se relevante ressaltar o momento histórico em que se encontra inserida a proteção

aos referidos direitos. Eles emergiram depois da Segunda Guerra Mundial e, ao reverso dos direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão, são direitos titularizados por indivíduos indeterminados.

Tratam-se, portanto, de direitos transindividuais, conforme assinala Marmelstein (2009, p. 52):

Esses novos direitos visam à proteção de todo o gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos. No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

É de se destacar que o direito fundamental ao meio ambiente se encontra presente na maioria das Constituições dos Estados democráticos. A Declaração de Estocolmo, aprovada na Conferência de 1972 da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o Meio Ambiente Humano, funcionou como referencial para a comunidade internacional, orientando a produção de normas e convenções sobre a temática.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 previu um capítulo destinado ao Meio Ambiente (Capítulo VI), fazendo constar em seu artigo 225 que 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.

Dentre os princípios estruturantes do Direito Ambiental, destaca-se o princípio da função socioambiental da propriedade, cuja previsão está contida no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição de 1988, o qual dispõe que a propriedade deverá atender a sua função social. Cavalcante e Mendes (2008, p. 06) destacam que:

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi a responsável pelo rompimento de paradigmas autoritários e individualistas então predominantes no país, o que se desprende pela implantação do Estado Democrático de Direito e, juntamente com ele, a consagração de valores de respeito à dignidade humana e à solidariedade. Sob essa perspectiva, em seu artigo 225, caput, reconheceu o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todo o povo brasileiro.

Constata-se, pois, que o constituinte se preocupou em tratar o direito de propriedade como um direito da sociedade e não como um direito puramente do proprietário. Vale ainda ressaltar que, no texto constitucional, a proteção ao meio ambiente é demonstrada tanto em relação à propriedade urbana quanto à propriedade rural, segundo as disposições dos artigos 182 e 186, respectivamente.

Leciona Rocha (2010, p. 119) que: “Hodiernamente, a propriedade moderna deve atender a sua função social, isto é, o exercício do direito de propriedade deve ser direcionado para o bem comum, sempre, qualquer que seja a propriedade”. No âmbito da legislação infraconstitucional, ao longo das últimas décadas, observou-se a edição de diversas leis protetivas do meio ambiente.

Nesse contexto, releva destacar a previsão do artigo 1228, §1º, do Código Civil de 2002, o qual dispõe que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Especificamente em relação a legislação infraconstitucional ambiental, importa ressaltar a Lei 12.651/2012, o Novo Código Florestal, que traz disposições voltadas ao uso sustentável das florestas e das demais formas de vegetação nativa, e visa estabelecer conceitos, princípios e procedimentos que devem ser observados tanto pelo Poder Público quanto pelos particulares.

Cada vez mais, como pode ser observado, as legislações produzidas objetivam não apenas limitar o direito de propriedade com restrições tradicionais, mas também impor ao proprietário comportamentos positivos, a fim de que a sua propriedade contribua efetivamente à preservação do meio ambiente. Resta evidenciada, pois, a preocupação do legislador em conscientizar o proprietário a exercer seu direito de propriedade visando a conservação do meio ambiente para atender o bem comum e a preservar o acervo ecológico para as gerações futuras.

3 JURISDIÇÃO CIVIL COLETIVA DO MEIO AMBIENTE: NOVOS PARÂMETROS LEGAIS

Conforme visto, a partir da percepção da crescente escassez de recursos naturais e o acontecimento de graves acidentes ambientais, a temática ecológi-

ca foi trazida para o centro do debate político e jurídico, impondo aos países a tomada de medidas destinadas à proteção ambiental e a edição de leis voltadas à imposição de penalidades às pessoas físicas e jurídicas responsáveis pelos danos ao meio ambiente.

No Brasil, observa-se que o processo civil, desde as suas origens, era voltado de forma prevalente à tutela dos direitos individuais. Tendo em vista a gradativa preocupação com a tutela dos interesses transindividuais, o sistema processual tradicional tornou-se insuficiente para a devida solução das controvérsias. Consoante destaca Viana (2006, p. 129):

Esse processo de “formatação” assim tão individualista começou a mostrar-se inapto a oferecer soluções eficientes para determinados tipos de conflitos que começaram a emergir na sociedade moderna, conflitos de âmbito meta-individual. Novos “direitos”, gradativamente, foram sendo reconhecidos pela ordem jurídica e, de consequência, novas categorias de conflito surgiram, extrapolando esferas meramente individuais, esperando por solução justa e adequada, exigindo, pois, um processo apto a tudo isto.

Dessa forma, gradualmente, foram editadas leis que passaram a tratar das demandas coletivas, destacando-se como a primeira delas a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), que previu em seu artigo 1º que qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.

Após, foi editada a lei da Ação Civil Pública (Lei 7.437/1985), que trouxe disposições voltadas à proteção dos interesses difusos e coletivos, dentre eles o meio-ambiente, sendo considerada o marco do processo coletivo brasileiro, por ter ampliado o rol dos legitimados ativos e trazido outros dispositivos que evidenciam a efetiva preocupação do Poder Público com as novas demandas enfrentadas pela sociedade moderna.

Posteriormente, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que buscou definir os direitos abrangidos pela tutela coletiva (artigo 81), dispôs sobre o emprego da tutela específica (artigo 84) e a coisa julgada nas ações coletivas (artigo 103), complementando o microssistema processual da tutela coletiva. Sobre a temática, destaca Viana (2006, p. 133) que:

Verificamos, ao final, no combinar de diversos textos normativos, a existência de um sistema integrado voltado à tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. No centro desse siste-

ma, como vetores de princípios básicos, encontram-se o Código do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, que se complementam e integram recíproca e integralmente.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 recepcionou as referidas leis, trazendo expressa disposição acerca da Ação Popular, em seu artigo 5º, LXXIII, ao prever que o cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A Ação Civil Pública, por seu turno, encontra-se positivada no artigo 129, inciso III, o qual estabelece tratar-se de função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

4 LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE DOS ENTES ESTATAIS POR DANOS CAUSADOS AO MEIO-AMBIENTE

Consoante exposto, a Ação Civil Pública é o instrumento processual posto à disposição do Ministério Público e de outros legitimados para levar à apreciação do Poder Judiciário demanda coletiva pela implementação de direitos assegurados pela ordem social constitucional e pela legislação infraconstitucional. A lei 7.437/1985, que entrou em vigor vinte anos após a lei que regulou a Ação Popular, ampliou o rol de legitimados ativos para a propositura da ação voltada à tutela de direitos difusos.

Assim, o artigo 5º dispõe que têm legitimidade para propor a Ação Civil Pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, e a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e a outros direitos coletivos estabelecidos.

Quanto às associações, deve-se destacar que a própria legislação prevê que o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano,

ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Importa ainda ressaltar o requisito conhecido por pertinência temática. Como destaca Thomé (2013, p. 635):

O legitimado ativo deve demonstrar que no caso concreto representa adequadamente os interessados na proteção de determinado direito transindividual, ou seja, só poderá atuar nos estritos limites de suas finalidades institucionais, sob pena de caracterização de ilegitimidade ativa.

No que diz respeito à atuação dos legitimados, observa-se que eles podem atuar tanto de forma autônoma, pois não dependem da autorização de outro colegitimado para propor a ação, quanto em litisconsórcio, o qual pode ser formado inclusive pelos Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados. Ressalte-se também que, em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa, demonstrando a preocupação do legislador com a devida continuidade da ação, haja vista a relevância dos temas nela discutidos.

Nesse mesmo sentido, considerando a importância de dar andamento à demanda já ajuizada, destaca-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu que a ilegitimidade ativa ou a irregularidade da representação processual não deve implicar a extinção do processo coletivo, competindo ao magistrado abrir oportunidade para o ingresso de outro colegitimado no pólo ativo da demanda (REsp 1388792/SE, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 06/05/2014).

Quanto à legitimidade passiva, embora não haja previsão expressa, a doutrina aponta que poderá compor o pólo passivo qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que seja direta ou indiretamente responsável pelo dano ao meio-ambiente, de acordo com o conceito de poluidor previsto no art. 3º, IV, da lei 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio-Ambiente).

Portanto, observa-se que se trata de um conceito amplo e que pretende garantir uma busca efetiva pelos reais causadores dos prejuízos ambientais. Impende ressaltar, nesse contexto, entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os responsáveis pela degradação ambiental são coobrigados solidários, formando-se, em regra, nas ações civis públicas, litisconsórcio facultativo (AgRg no AREsp 432409/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 25/02/2014).

Relativamente à responsabilidade dos entes estatais por danos causados ao meio-ambiente, tem-se que o Poder Público poderá figurar no pólo passivo de qualquer demanda destinada à reparação do meio-ambiente, uma vez que se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, o será ao menos de forma solidária quando se constatar omissão no dever de fiscalizar e impedir que os danos aconteçam.

Portanto, observa-se que a responsabilidade estatal pode decorrer tanto de ato comissivo, quanto de ato omissivo. A respeito da omissão do Estado no cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu reiteradas vezes no sentido de reconhecer a responsabilidade civil do Estado nos casos em que a omissão for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado.

É relevante ponderar, todavia, que a responsabilidade por omissão se trata de uma responsabilidade solidária na modalidade subsidiária, uma vez que o Estado só deve reparar o prejuízo nos casos em que o causador imediato do dano não efetive a reparação. De toda forma, trata-se de uma evolução doutrinária e jurisprudencial que fortalece a proteção ao meio ambiente, já que enfatiza o dever de atenção e fiscalização por parte do Poder Público (MATIAS; MATIAS FILHO, 2017, p. 26).

Outro aspecto importante quanto à responsabilidade civil é a possibilidade de condenação do réu à obrigação de fazer ou de não fazer cumulada com a obrigação de indenizar, conforme entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 629). Interpretou-se que a conjunção contida no artigo 3º da Lei 7.347/1985 - o qual dispõe que a Ação Civil Pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer - tem um sentido de adição, não representando uma alternativa excludente.

5 A OMISSÃO DO ESTADO E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM LIDES AMBIENTAIS

Tratou-se anteriormente sobre a omissão do Estado no cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar e da responsabilidade decorrente da ausência de fiscalização. Nesse contexto, ganha destaque a teoria do fato consumado em matéria ambiental, que passou a ser utilizada nesta seara para justificar a consolidação de construções e ocupações em áreas ambientalmente protegidas, em

decorrência da omissão e morosidade do Estado, sobretudo quanto à ausência de fiscalização nessas áreas.

Gradativamente demandas dessa natureza chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, que começou a se pronunciar contra a utilização do fato consumado em matéria ambiental. Passou-se a ponderar que, nessa seara, o futuro deve compor a racionalidade decisória porque indivíduos que ainda não nasceram também são sujeitos de direito e fazem parte da relação jurídica ambiental e intergeracional.

Observa-se que a preocupação com as gerações futuras é inclusive um dos argumentos utilizados pelo STJ para afastar a prescrição nos casos que envolvem danos ao meio ambiente. Nesse sentido, pondera o Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial (REsp) 948921/SP, que: “O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome” (BRASIL, 2007).

Nessa toada, após diversas decisões sobre a temática, o STJ consolidou a sua posição por meio da Súmula 613, ratificando que: “Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”. Referida Súmula foi publicada na data de 09 de maio de 2018 e demonstra a uniformidade de entendimento do Tribunal em relação ao assunto.

Por outro lado, também no ano de 2018, o STF concluiu o julgamento a respeito da constitucionalidade do Código Florestal (Lei 12.651/2012), por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4901, 4902, 4903 e 4937, e, embora não tenha sido mencionada de forma expressa a teoria do fato consumado, entende-se que a Corte Suprema, ao decidir pela constitucionalidade dos artigos 61-A a 68, aplicou-a nesse caso concreto.

Mencionados dispositivos legais autorizam e disciplinam as hipóteses em que situações consolidadas pelo tempo podem excepcionar a proteção ambiental, sendo oportuno citar, a título ilustrativo, a continuidade de atividades agrosilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais, as ocupações ao longo de cursos d’água naturais, no entorno de nascentes e olhos d’água perenes. Segundo a dispõe a lei, aqueles que aderirem ao Programa de Regularização Ambiental não ficam sujeitos a sanções referentes a infrações cometidas antes de 22 de junho de 2008.

O entendimento da Corte foi de que a regra prevista na norma teria a finalidade de incentivar a recuperação de áreas degradadas, uma vez que os proprietários continuariam sujeitos à punição em caso de descumprimento dos ajustes firmados nos termos de compromisso. Entretanto, acredita-se que esse julgamento do Supremo significou verdadeiro retrocesso em matéria ambiental, pois se entendeu que a tutela do desenvolvimento econômico teria prevalência à preservação do meio ambiente, na medida em que se considerou que a proteção dos recursos naturais para as gerações futuras não poderia ser fator impeditivo para a adoção de medidas que visem acelerar o crescimento do país.

6 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO NOS CASOS QUE ENVOLVEM O DIREITO À MORADIA EM ÁREAS AMBIENTALMENTE PROTEGIDAS

Dentre os temas mais recorrentes em Ações Civis Públicas, encontra-se a discussão que envolve ocupações irregulares em áreas ambientalmente protegidas e o direito à moradia das populações que se encontram nesses locais. O direito à moradia está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 no rol dos direitos sociais, sendo considerado uma necessidade vital básica (artigo 7º). Trata-se de um direito fundamental de segunda dimensão, que são aqueles que exigem uma postura mais ativa do Estado, o qual deve buscar efetivá-los em prol da sociedade. São chamados, por essa razão, de direitos de prestação.

Melo (2010, p. 22), em obra que trata do direito à moradia no Brasil, destaca que referido direito deve ser reconhecido pela sociedade e pelo Estado como um direito que está diretamente relacionado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Pondera que: “a ausência de políticas públicas para habitação aumentou a procura da população pobre e desprovida de recursos materiais pelo acesso à habitação, sem a capacidade de atender ao exigido pelo mercado imobiliário”.

Observa-se que a propriedade está no centro do debate sobre o acesso à moradia. A condição econômica leva milhares de pessoas a viverem em habitações precárias por não conseguirem se adequar aos valores do mercado de imóveis e, diante dessa situação e da omissão do Poder Público, surgem loteamentos irregulares em áreas ambientalmente frágeis.

Nesses casos, portanto, verifica-se a existência de tensão entre dois direitos fundamentais: o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à moradia.

Matias (2013, p. 87) destaca, relativamente a essa espécie de conflitos, que: “A questão é complexa, sendo que devem ser ponderados os interesses em disputa, a fim de seja eleito o resultado de melhor impacto para toda a sociedade”.

Observa-se que, dentre os critérios utilizados com frequência como meio para a resolução das demandas que envolvem essa controvérsia, estão o sopeamento dos valores envolvidos no caso sob análise e o princípio da proporcionalidade, este considerado instrumento essencial para aferição da legitimidade de leis e atos que restringem direitos fundamentais.

A colisão de direitos fundamentais decorre essencialmente de sua natureza principiológica, e, como assinala Marmelstein (2018, p. 376), considerá-los como princípios significa aceitar que não há direitos de caráter absoluto, haja vista a possibilidade de restrições recíprocas. Portanto, a partir da “dimensão do peso ou importância” que possuem os princípios, deve ser avaliada a situação posta na demanda, a fim de que se decida a força relativa de cada direito no caso concreto analisado (DWORKIN, 2002, p. 42).

6.1 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS QUANTO À TEMÁTICA

Conforme salientado na Introdução do presente trabalho, conferiu-se especial atenção à pesquisa documental na modalidade jurisprudencial, a fim de propiciar uma análise das decisões dos Tribunais brasileiros quanto ao reconhecimento do fato consumado em matéria ambiental, notadamente em relação às demandas que envolvem situações de moradias em áreas de preservação. Nesse artigo, serão mencionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça e das Cortes Federais, pretendendo-se ampliar o estudo para abranger as decisões dos Tribunais Estaduais em momento oportuno.

No âmbito do Superior de Tribunal de Justiça, é possível observar a prevalência do entendimento pela não aplicabilidade do fato consumado, até mesmo em situações de construção irregular que tenha sido realizada após prévia autorização dos órgãos competentes (AgInt nos EDcl no AREsp 359.140/MS, Relatora Ministra Assusete Magalhães, julgado em 07/12/2017) (BRASIL, 2017).

No referido julgado, ponderou-se que a concessão de licenciamento ambiental, por si só, não afastaria a responsabilidade pela reparação do dano cau-

sado ao meio ambiente, mormente quando reconhecida a ilegalidade do aludido ato administrativo. Especificamente em relação a situações envolvendo residências familiares situadas em áreas de proteção ambiental, o STJ possui diversos precedentes no sentido de negar a aplicação da teoria do fato consumado, a exemplo do caso a seguir exposto:

Não prospera também a alegação de aplicação da teoria do fato consumado, em razão de os moradores já ocuparem a área, com tolerância do Estado por anos, uma vez que tratando-se de construção irregular em Área de Proteção Ambiental-APA, a situação não se consolida no tempo. Isso porque, a aceitação da teoria equivaleria a perpetuar o suposto direito de poluir, de degradar, indo de encontro ao postulado do meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à qualidade sadia de vida. (...) (AgRg no RMS 28.220/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/04/2017).

Em lides que envolvem a garantia do direito à moradia digna e a proteção ao meio ambiente evidenciam-se, de forma simultânea e inseparável, os direitos individuais homogêneos dos moradores e, de outro lado, os interesses de índole difusa, que pertencem à coletividade. Desta feita, consoante ressalta o Ministro Herman Benjamin (REsp 1013153/RS), além da proteção dos interesses individuais homogêneos dos habitantes da ocupação irregular, a retirada das casas construídas em lugares considerados ambientalmente impróprios, insalubres ou inseguros, representa benefício de natureza difusa, que visa favorecer toda a sociedade, haja vista os riscos causados pela invasão à segurança e ao bem-estar da coletividade.

Outra importante decisão proferida abrangendo essa temática consta do REsp 403190/SP, julgado em 27 de junho de 2006, cujo Relator foi o Ministro João Otávio de Noronha. O caso tratava de um loteamento irregular construído às margens do Reservatório Billings, que serve de água grande parte da cidade de São Paulo. Foi constatado que as construções existentes provocavam assoreamentos e contribuíam sobremaneira para a destruição da Mata Atlântica (BRASIL, 2006).

Nessa decisão, ponderou-se que, no conflito entre o interesse público e o particular, aquele deveria prevalecer em detrimento deste quando não fosse possível a conciliação de ambos, uma vez que a preservação ambiental, a médio e longo prazo, beneficia um número maior de pessoas do que as residentes na área de preservação.

Em relação à jurisprudência das Cortes Federais, é possível observar que ainda existe oscilação quanto à acolhida ou não do fato consumado em matéria ambiental. É importante mencionar, contudo, que o repositório pesquisado (Jurisprudência Unificada do Conselho de Justiça Federal) não é exaustivo e a presente pesquisa possui o objetivo de apresentar tendências da magistratura federal relativas ao assunto pesquisado, sem pretensão de exaurir o tema, conforme já referido anteriormente.

Na Corte Federal da Segunda Região, destaca-se o julgamento proferido no Agravo de Instrumento 015.00.00.001144-2, em 22 de abril de 2015, que deu guarida ao direito de moradia ao estabelecer que a demolição da edificação construída em área de proteção ambiental acarretaria danos ao proprietário de maior monta do que aqueles decorrentes da manutenção da construção. (BRASIL, 2015).

No ponto, Marchesan (2019, p. 349) critica a perspectiva econômica ainda utilizada como fundamento em alguns julgados, que a consideram mais importante que os danos causados aos sistemas ecológicos, destacando que essas decisões “simplesmente se prendem aos custos excessivos para reverter a situação ou aos benefícios econômicos advindos da situação danosa”, omitindo-se quanto à ilicitude da conduta.

Por outro lado, entendendo pela prevalência imediata do direito ao meio ambiente sobre o direito à moradia, menciona-se a Apelação Cível 2005.34.00.001075-4/DF, oriunda do Tribunal Regional Federal da Primeira Região e julgada em 06 de agosto de 2014, na qual se decidiu que a moradia em área pública protegida, sem o consentimento da Administração, “não é direito de quem quer que seja e muito menos superior ao direito, de toda sociedade, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (BRASIL, 2014).

Nesse mesmo sentido, no Tribunal Regional Federal da Terceira Região (Apelação Cível n. 2113260/SP), em julgado publicado em fevereiro de 2016, a Relatora Juíza Federal Convocada Eliana Marcelo entendeu que o direito à propriedade e à moradia não poderiam prevalecer no confronto com a questão ambiental, diante da evidente ilegitimidade da ocupação efetivada em área pública. (BRASIL, 2016).

Salientam Milaré e Machado (2011, p. 379), sobre o papel do Poder Judiciário na resolução de conflitos em matéria ambiental, que:

No exercício de sua sagrada missão, o juiz não é mero aplicador do texto frio da lei, mas o protagonista da Justiça de quem se exige o mais elevado espírito público e requintada sensibilidade para perceber as mutações da sociedade contemporânea, principalmente numa questão que tão de perto diz com a qualidade de vida e o interesse das presentes e futuras gerações. Sem essa altaneira, de pouco ou nada serve o instrumental jurídico posto a serviço da comunidade.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, na Apelação Cível 200082000094417, julgada em 29/05/2012, em caso que tratou de imóveis irregulares localizados em área de preservação permanente, ponderou-se, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, que não se mostrava razoável a demolição imediata de todos os imóveis irregulares, haja vista que esta medida representaria inegável impacto social decorrente do desalojamento de diversas famílias (BRASIL, 2012b).

Nesse sentido, decidiu-se pela manutenção da sentença que determinou a apresentação de um planejamento prévio para a reinstalação dos imóveis e de seus moradores, após a realização dos estudos necessários à efetivação da medida para desocupação da área, tendo sido determinada, ainda, ao Poder Público a obrigação de evitar novas ocupações irregulares, corrigindo os problemas ambientais existentes.

Quanto às decisões da Corte Federal da Quarta Região, destaca-se o julgamento da Apelação Cível 2005.04.01.020586-8/ SC, no qual restou determinada a demolição da construção ilegítimamente levada a efeito, bem como a recomposição integral do meio ambiente degradado. Nesse caso, assim como no julgado anterior, o Tribunal condicionou a desocupação à efetiva garantia do Poder Público de designação de novo local adequado para moradia da família (BRASIL, 2009).

Inobstante essa oscilação, é possível observar uma gradativa evolução jurisprudencial no que se refere à preservação do meio ambiente, notadamente a partir da consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça em assuntos diversos que envolvem a proteção ambiental.

Releva destacar que em fevereiro de 2015 foi publicizada pelo STJ (Informativo n. 30 da Jurisprudência em Teses) tese sobre o direito adquirido dispondo que: “Não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, não existindo permissão ao proprietário ou possuidor para a continuidade de práticas

vedadas pelo legislador”. Verifica-se que o tema do direito adquirido possui forte relação com o fato consumado e foi consolidado anteriormente pelo referido Tribunal Superior, representando um importante vetor de interpretação para os demais Tribunais quanto à matéria.

6.2 A PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS EM CASOS DE LITÍGIOS DE ALTA COMPLEXIDADE

Faz-se necessário ressaltar que, apesar da complexidade das demandas que envolvem o direito à moradia em cotejo com o direito ao meio ambiente, há doutrinadores que defendem que o conflito entre esses direitos é em verdade apenas aparente, uma vez que o direito à moradia necessariamente tem que ser exercido sem o sacrifício da natureza.

Alex Santiago, que escreve sobre a temática, pondera que nas áreas consideradas de preservação permanente não se pode edificar, não apenas em razão da proteção ao meio ambiente, mas também para a proteção das próprias pessoas. Aponta, nesse sentido, que “a opção política representa uma opção da sociedade, o que demonstra que o conflito é aparente, porque não se verifica entre direitos, e sim entre ato ilícito e direito” (SANTIAGO, 2010, p. 631).

O entendimento pela necessidade de prevalência da proteção ao meio ambiente é razoável, pois quando se afasta o direito à moradia em determinado caso concreto, o sacrifício não será definitivo, porque segue sendo possível construir em outro lugar. Por outro lado, o dano ambiental não permite volver a situação ao estado anterior, de forma que admitir a continuidade da situação danosa envolve um sacrifício de cunho definitivo.

Nos últimos anos, processos dessa natureza passaram a ser tratados como “litígios de alta complexidade”. Os litígios de alta complexidade são aqueles que envolvem muitas pessoas afetadas e o direito a políticas públicas, tais como o direito à moradia e do direito à saúde, e em que há muitos órgãos envolvidos em situação de inércia, tornando-se necessário que esses órgãos se movimentem em busca da solução dos problemas postos em discussão.

Convém ressaltar, quanto a essa temática, que foi realizado em maio do ano de 2018 um evento denominado “Demandas Estruturais e Litígios de Alta Complexidade”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), pela Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (Es-

mafe) e pela Justiça Federal do Ceará, oportunidade em que o então corregedor-geral da Justiça Federal, Ministro Raul Araújo, reforçou a importância de debater os referenciais teóricos e normativos desse tipo de processo:

Essas demandas exigem soluções pensadas, refletidas, envolvendo valores sociais que atinjam não somente as partes do litígio, mas um conjunto de pessoas que se encontram em situações idênticas ou assemelhadas. Por isso se fala em demandas estruturais ou estruturantes, pois, por meio da intervenção judicial, se oferece um instrumento hábil a fomentar o aperfeiçoamento de instituições e políticas públicas.

Desse modo, diante da complexidade e da interdisciplinaridade que envolve essas demandas, é possível que sejam utilizadas alternativas diferentes das comumente adotadas em processos individuais, a exemplo da realização de audiências públicas, valendo-se do diálogo normativo com o sistema de tutela coletiva (artigo 9º, § 1º, da Lei n.º 9868/99 e artigo 6º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99).

Busca-se, a partir dessas audiências, possibilitar a participação da população diretamente atingida, bem como mediar o debate entre os órgãos e entidades públicas envolvidas, com o escopo de que se possa chegar a uma solução mais equilibrada e consensual para situações que possuem significativo impacto ambiental e social, sendo a participação do Ministério Público nesses atos de fundamental importância.

Assim, o tratamento especial conferido a esses litígios, notadamente por meio da realização de atos processuais que contem com a participação da população envolvida e de diferentes setores da sociedade, permite que diversas alternativas e soluções possam ser discutidas, viabilizando o empenho de todos na construção das políticas públicas a serem efetivadas.

Nas audiências em casos que tratam do direito à moradia em locais protegidos, é possível que sejam abordadas questões como os diferentes tipos de ocupações presentes nas áreas, com o fito de se verificar quais são passíveis de regularização pelos órgãos competentes e quais necessariamente deverão ser retiradas dos locais afetados. Também pode-se abordar a possibilidade de pagamento de aluguel social pelo Poder Público ou a inserção em programas de habitação.

É de se observar ainda que, tratando-se de situações que envolvem a efetivação de políticas públicas, existe um limite para a atuação do Poder Judiciário,

que consiste na observância do princípio da separação dos poderes. Como ressaltam Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 1244):

A intervenção do Poder Judiciário deve, por certo, ser sempre limitada e ajustada aos parâmetros delineados pelo sistema de freios e contrapesos que rege a relação entre os três poderes republicanos, sem que esse princípio possa ser utilizado com fundamento para justificar a impossibilidade de intervenção por parte do Judiciário em na esfera de outros poderes, especialmente quando em causa a necessidade de tutela do mínimo existencial ecológico.

Posto isso, entende-se que o Poder Judiciário deve buscar a melhor solução para os conflitos, porém atuando com respeito à zona de discricionariedade do administrador, de modo que sua interferência se restrinja aos casos em que ficar demonstrado, a partir de dados objetivos e consistentes, que a atuação administrativa se encontra deficitária, pois dessa forma será legítimo o controle judicial.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que nos últimos anos houve uma crescente produção legislativa no que se refere aos temas que envolvem o meio ambiente, sendo possível constatar a preocupação do legislador em conscientizar o proprietário a exercer seu direito de propriedade visando a conservação do meio ambiente para atender o bem comum e a preservar o acervo ecológico para as gerações futuras.

É certo que a omissão do Poder Público no que se refere à fiscalização de áreas ambientalmente protegidas, bem como a ausência de políticas públicas bem definidas relativamente ao direito de moradia, propiciam o aumento de ocupações irregulares em áreas públicas, o que resulta em graves problemas ambientais e sociais. De toda sorte, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento da não aplicação da teoria do fato consumado em matéria ambiental.

Observa-se que o ajuizamento de ações civis públicas, notadamente pelo Ministério Público, possui papel relevante no sentido de garantir o cumprimento da legislação protetiva do meio ambiente, sendo possível verificar uma gradativa evolução jurisprudencial, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que tem buscado estabelecer em suas decisões parâmetros que contribuam

para a efetiva proteção do meio ambiente e que possam servir de orientação aos demais aplicadores do direito.

Solucionar lides que envolvem bens ambientais não se trata de incumbência simples, haja vista a complexidade e a interdisciplinaridade das demandas, o que impulsiona uma compreensão hermenêutica que deve transcender os limites tradicionais das demandas de cunho individual.

Desta feita, nesses casos, é possível a utilização de alternativas processuais afetas ao sistema de tutela coletiva, tais como a realização de audiências públicas, que possibilitem a efetiva participação dos entes públicos, da população envolvida no conflito e de diferentes setores da sociedade, com o escopo de construir uma solução menos conflituosa para o caso.

Conclui-se que cabe aos órgãos competentes do Poder Público assumir os deveres de ação e de fiscalização a fim de dar efetividade à legislação ambiental e auxiliar na resolução dos graves problemas contemporâneos, devendo o Poder Judiciário, quando devidamente provocado, sopesar em suas decisões a necessidade de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os outros interesses envolvidos, para assim atingir os preceitos constitucionais estabelecidos e os anseios sociais almejados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Lei da Ação Civil Pública. Brasília, DF: Presidência da República. [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 05 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 403190/SP**. Relator: Min. João Otávio de Noronha: Brasília, Distrito Federal, 27 de junho de 2006. Disponível

em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=403190&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 948921/SP**. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, Distrito Federal, 23 de outubro de 2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=948921&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp 359.140/MS**. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Brasília, Distrito Federal, 07 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=359140&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação cível n. 2005.34.00.001075-4/DF**. Relator: Des. João Batista Moreira. 06 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Agravo de instrumento n. 015.00.00.001144-2**. Relator: Des. José Antônio Neiva. 22 de abril de 2015. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação cível n. 2113260/SP**. Relatora: Des. Eliana Marcelo. 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 2005.04.01.020586-8/ SC**. Relatora: Des. Maria Lúcia Leiria. 15 de setembro de 2009. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação cível n. 200082000094417**. Relator: Des. Francisco Wildo. 29 de maio de 2012. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

CAVALCANTE, Denise Lucena; MENDES, Ana Stela Vieira. Constituição, direito tributário e meio ambiente. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 28, n. 2, 2008, p. 29-40. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12156> . Acesso em: 02 set. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **O fato consumado em matéria ambiental**. Salvador: JusPodvim, 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2018.

MATIAS, João Luis Nogueira; WACHOWICZ, Marcos. (Orgs.). **Propriedade e meio ambiente: da inconciliação à convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 119-136.

MATIAS, João Luis Nogueira; MATIAS FILHO, João Luis Nogueira. Novos parâmetros para a responsabilidade civil do Estado pelo dano ambiental: responsabilidade objetiva, solidária e de execução subsidiária. In: MATIAS, João Luis Nogueira. (Org.). **Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: novos paradigmas para o direito privado**. São Paulo: Lumen Juris, 2017, p. 7-19.

MELO, Lígia. **Direito à moradia no Brasil: política urbana e acesso por meio da regularização fundiária**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 4. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édis; MACHADO. Paulo Affonso Leme (org.). **Doutrinas essenciais direito ambiental**. v. 4. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

ROCHA, Maria Vital da. Traços da função ambiental da propriedade privada no direito. In: MATIAS, João Luis Nogueira; WACHOWICZ, Marcos. (Orgs.). **Pro-**

priedade e meio ambiente: da inconciliação à convergência. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 119-136.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais.**

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental.** 3. ed. Bahia: JusPODIVM, 2013.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Algumas notas acerca da tutela jurisdicional coletiva. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC,** Fortaleza, v. 25, p. 129-138, jan./dez. 2006,