

**OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS
DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE:
RELEITURA A PARTIR DO ESTUDO
COMPARADO COM AS CLASS ACTIONS**

***THE PROCEDURAL TOOLS FOR ENVIRONMENT
PROTECTION: REINTERPRETATION FROM A COMPARED
STUDY WITH THE NORTH AMERICAN CLASS ACTIONS***

Thiago Serpa Erthal

Procurador Federal, com atuação no núcleo de ações prioritárias.

Mestrando em Direito da Cidade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro

(UERJ).

Área do Direito: Ambiental; Processo Civil.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os instrumentos processuais de proteção do Meio Ambiente; 2 As *class actions* e o princípio da simetria de riscos; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa algumas questões controversas inerentes aos instrumentos processuais de proteção do meio ambiente, notadamente a ação civil pública e a ação popular. Faz-se uma exposição de diversos problemas enfrentados pela jurisprudência, alguns superados, outros não. Em seguida, são examinados brevemente os requisitos de admissibilidade das class actions, bem como a eficácia da tutela concedida, de forma a viabilizar o estudo comparativo entre os institutos. Propõe-se, ao fim, uma releitura dos instrumentos nacionais, visando a uma maior eficiência e obtenção de incremento de segurança jurídica na resolução de litígios ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Ação Civil Pública. Ação Popular. Class Action.

ABSTRACT: This article studies controversial issues of Brazilian procedural tools for environment protection, especially the “ação civil pública” and the “ação popular”. It is a display of several problems faced by courts, some overcome, others don't. Then, the class actions requirements are briefly examined, as well as the effectiveness of the protection granted, in order to facilitate the comparative analysis between the institutes. It is proposed, in the end, a reinterpretation of Brazilian legal tools, aimed at greater efficiency and obtaining increased legal certainty in resolving environmental disputes.

KEYWORDS: Environment. Procedural Legal Tools. Class Action.

INTRODUÇÃO

Passadas mais de duas décadas desde a promulgação da Constituição Republicana (CR/88), o ordenamento jurídico brasileiro ainda se ressentia de um regramento eficaz de tutela do meio ambiente, tanto no que tange às normas de direito material, como também aos instrumentos que possibilitam a aplicação coercitiva destas.

Quanto ao direito substantivo, se no âmbito internacional as Conferências de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (1992), organizadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), são talvez os mais importantes marcos da normatização da proteção ao meio ambiente, na seara interna não se pode negar a importância da Carta de 1988, publicada exatamente nesse ínterim.

De fato, antes da promulgação da Constituição, já existiam diversas leis protetivas. Pode-se citar, dentre elas, o antigo e já revogado Código Florestal (Lei 4.771/65), notadamente ao instituir no seu art. 2º as Áreas de Preservação Permanente *ex lege*. Isso porque, ao prever determinadas áreas que deveriam ser resguardadas independentemente de especificação pelo poder público, o referido diploma preenche a lacuna que a omissão estatal antes deixava. A partir de então, nessas áreas a proteção ambiental passou a ser a regra, não mais a exceção.

Outra normatização anterior a 1988 que não pode ser olvidada é a Lei 6.938/81, que disciplinou a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), principalmente em razão da criação de um dos mais importantes instrumentos de preservação ambiental, o licenciamento prévio das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, posteriormente regulamentado pela Resolução nº 01/86 do CONAMA.

Contudo, essa evolução legislativa não teve termo com a promulgação da CR/88. Ao contrário, nota-se até mesmo uma intensificação na edição de normas que visam a disciplinar a relação do homem com o meio em que vive.

Dentre essas, há que se dar destaque à Lei 9.985/00, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), definidas no art. 2º, inciso I, como “*espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação [...]*”. Ao que parece, a mais relevante contribuição do

SNUC foi a categorização dessas áreas protegidas em cinco Unidades de Proteção Integral (UPI) e sete Unidades de Uso Sustentável (UUS), impondo a cada uma delas padrões mínimos de proteção.

Outros diplomas similarmente importantes foram editados, como a Lei 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH), a Lei 12.305/10 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) e a Lei Complementar 140/11, que depois de 23 anos regulamentou o art. 23, incisos III, VI e VII, da CR/88.

Entretanto, no que pese a importância de todas as leis acima citadas, o recém-aprovado Código Florestal (Lei 12.651/12) é o maior exemplo de como a sociedade vem se abrindo ao debate sobre as normas de proteção ambiental, antes restrito às esferas técnica, jurídica e política, agora ampliado até mesmo ao debate popular (vale referência à campanha “Veta, Dilma!”, propulsionada notadamente nas redes sociais).

Sem qualquer pretensão de defender ou criticar o novo Código Florestal, parece bastante relevante o debate travado entre os diversos interessados, resultando no exercício direto da democracia em um tema de repercussão na vida de todas as pessoas. Note-se, porém, que todas as leis citadas acima tratam do direito material, ou seja, das normas substantivas que regulam a forma de integração do homem com o meio ambiente. Não se pode esquecer, contudo, que tais normas nem sempre são obedecidas. Aliás, quando se fala em limitação de liberdade e restrição da propriedade imóvel, o nível de obediência social espontânea parece bastante reduzido.

Dá a necessidade de instrumentos que possibilitem a aplicação coercitiva dessas normas. Esses instrumentos podem ter natureza administrativa, como as multas aplicadas pelos órgãos do SISNAMA, ou jurisdicional. No presente artigo, dar-se-á ênfase à segunda categoria.

Com efeito, ao contrário do que se observa com relação ao direito material, no que tange às normas adjetivas, o ordenamento jurídico brasileiro não conta com nenhuma lei relevante para a proteção do meio ambiente depois da promulgação da CR/88, tomada aqui como marco jurídico/histórico.

Nesse sentido, a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) foi publicada há quase trinta anos. A Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65) já tem mais de quarenta anos e, na época, tinha sua utilização no

direito ambiental bastante restrita, situação que persistiu até que o art. 5º, inciso LXXIII, da CR/88 lhe estendesse o objeto. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) também contribuiu para a instrumentalização da defesa judicial dos interesses coletivos, mas está aquém do que se espera, dada a importância que o tema vem ganhando desde a promulgação da Constituição Cidadã.

Em suma, a legislação processual não acompanhou a evolução das leis materiais atinentes à proteção jurídica do meio ambiente. Diante dessa defasagem, cabe às demais fontes de direito – doutrina e jurisprudência – suprir as lacunas e adaptar as regras existentes às situações hodiernamente enfrentadas na resolução dos litígios.

Estudar esses instrumentos é, então, um dos objetivos do presente artigo. O outro é elaborar uma crítica à obsolescência desse regramento processual, momento em que buscar-se-á propor algumas soluções com base no estudo comparado do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo com as *class actions* do sistema norte-americano.

1 OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Segundo o art. 225 da CR/88, “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”.

Trata-se de um direito fundamental de terceira dimensão¹, ou seja, da proteção jurídica constitucionalmente conferida a interesses coletivos em sentido amplo, transindividuais, indivisíveis, cuja titularidade não pertence a ninguém especificamente, mas sim à coletividade. E, exatamente por conta dessas particularidades, a judicialização de um litígio ambiental não pode se dar, em regra, através dos mesmos instrumentos utilizados para as demais espécies de direito.

¹ No decorrer desse artigo, serão utilizadas duas classificações bastante difundidas na doutrina. A primeira delas é a divisão dos direitos fundamentais em três gerações ou dimensões, a saber, direitos de abstenção, a direitos prestacionais e a terceira aos direitos difusos. A outra classificação tem guarida no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e divide o gênero direitos coletivos lato sensu em três espécies: direitos difusos, direitos coletivos stricto sensu e direitos individuais homogêneos. Não se desconhece a crítica feita por parte da doutrina à utilidade dessas classificações, mas por ora, até mesmo para não fugir ao tema proposto, tais terminologias e suas respectivas características serão adotadas sem qualquer ressalva.

Utiliza-se a expressão “em regra” pois, conforme se verá abaixo, em determinadas hipóteses é possível o surgimento de direitos subjetivos individuais e divisíveis decorrentes da violação às normas de proteção ao meio ambiente. Daí ser incorreto afirmar que os instrumentos tradicionais não podem ser utilizados, mas sim que eles em regra não são adequados à tutela que se pretende.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil atualmente em vigor (Lei 5.869/73) tem cunho eminentemente individualista, exigindo que a parte autora da demanda seja titular de interesse jurídico direto. Ou seja, não lhe basta apenas interesse de fato ou econômico, mas sim que exista uma relação jurídica prévia entre o autor e o réu e que dessa relação – seja contratual ou extracontratual – exsurja a violação a um direito subjetivo e, portanto, uma pretensão que possa ser deduzida em Juízo.

Ora, ao transplantar essa exigência, conhecida no direito processual como condição para o regular exercício do direito de ação, para o direito ambiental, nota-se a deficiência dos instrumentos nele previstos. Isso porque não existe uma relação jurídica prévia e direta entre um determinado indivíduo e o meio ambiente. Por outro lado, a ligação entre cada ser-humano com o meio em que vive é um fato, independentemente de reconhecimento ou não de seus efeitos pelo ordenamento jurídico.

Faz-se necessário, então, utilizar outros instrumentos de proteção. Atualmente, a ação civil pública é a forma mais recorrente de judicialização dos litígios ambientais, mas, especialmente com o aumento do debate direto do tema na sociedade, a ação popular vem ganhando contornos bastante relevantes. Esses são os dois institutos a seguir estudados, sem qualquer pretensão de em tão poucas páginas exaurir o assunto.

A ação civil pública é instrumento que visava a tutelar, inicialmente, o meio ambiente, o consumidor e os bens e direitos de valor artístico, estético histórico e paisagístico (LACP, art. 1º, incisos I a III). Nota-se que, em sua origem, a ACP tinha seu objeto restrito a somente essas três espécies de direitos coletivos. Foi somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor que tal instrumento ganhou os contornos que hoje se observa. Isso porque a referida lei acrescentou o inciso IV ao art. 1º, estendendo as hipóteses de cabimento para a defesa de qualquer outro interesse difuso ou

coletivo². Interessante notar, entretanto, que previsão do art. 1º, inciso IV, não abrange os direitos individuais homogêneos.

Essa questão hoje já não apresenta mais qualquer divergência, entendendo-se plenamente cabível o manejo de ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos. O *leading case* foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 21 de setembro de 1994 (REsp 49.272/RS, Relator Min. Demócrito Reinaldo).

No caso, o Ministério Público do Rio Grande do Sul havia ajuizado ação civil pública impugnando a cobrança de taxa de iluminação pública. O Tribunal de Alçada extinguiu o feito sem resolução de mérito, por entender que não caberia ACP para defesa de direitos individuais homogêneos. Ao reformar tal acórdão, o STJ fez uma interpretação sistemática da LACP como o art. 81, inciso III, do CDC. Afirmou, ainda, que por conta do art. 117 do diploma consumerista as disposições processuais nele constantes complementariam os preceitos da Lei 7.345/85.

Não obstante a extensão do objeto afirmada pelo STJ tenha maior repercussão no direito do consumidor, também tem grande importância para o direito ambiental. Com efeito, a violação às normas de proteção do meio ambiente sempre caracterizam afronta ao direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, titulado pela coletividade. Outrossim, também é possível que esse mesmo ilícito importe em desrespeito a um direito indivisível de um grupo, categoria ou classe

2 Em verdade, o projeto de lei aprovado no congresso nacional tinha previsão de cabimento de ACP para defesa de qualquer outro direito difuso. No entanto, o primitivo inciso IV do art. 1º foi vetado pelo então Presidente José Sarney, pelos seguintes motivos:

“As razões de interesse público dizem respeito precipuamente a insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão ‘qualquer outro interesse difuso’. A amplitude de que se revestem as expressões ora vetadas do Projeto mostra-se, no presente momento de nossa experiência jurídica, inconveniente.

É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise. Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social.

É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais.

Eventuais hipóteses rebeldes à previsão do legislado, mas ditadas pela complexidade da vida social, merecerão a oportuna disciplinação legislativa.

Estas as razões de interesse público que me levaram ao veto parcial e que ora tenho a honra de submeter à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.”

de pessoas (coletivo *stricto sensu*) ou, até mesmo, a direitos individuais decorrentes de origem comum (individuais homogêneos).

A doutrina especializada costuma citar o exemplo de uma fábrica que despeja dejetos não tratados na nascente de um rio, poluindo todo seu leito. Nesse caso, não há dúvida de que o direito difuso ao meio ambiente está sendo transgredido. Pode acontecer, também, que essa prática industrial impeça a reprodução de peixes na nascente do rio, tendo por consequência o prejuízo ou quiçá a impossibilidade de exercício de atividade pesqueira, maculando o direito coletivo de um grupo. Finalmente, pode-se pensar ainda no prejuízo individual causado aos diversos proprietários ou possuidores de imóveis ribeirinhos.

Depreende-se, portanto, também para a seara ambiental, a importância da extensão do objeto da ação civil pública como instrumento de defesa dos direitos individuais homogêneos.

Em sequência, é cediço que a legitimidade ativa nas ações coletivas pode se dar *ope judicis* ou *ope legis*, ou seja, pode ser fixada pelo Juízo de acordo com o caso concreto, balizado por determinados parâmetros fixados em lei, ou pode ser prévia e abstratamente disposta em lei.

A LACP adotou o segundo sistema, afirmando peremptoriamente no seu art. 5º quais são os legitimados para propor ação civil pública, a saber: o Ministério Público; a Defensoria Pública; as pessoas jurídicas de direito público interno, incluindo suas fundações, autarquias e empresas estatais; e as associações.

Nesse esteira, com exceção das associações, os demais legitimados sequer precisam demonstrar pertinência temática das atividades institucionais desenvolvidas com o objeto da demanda, decorrendo sua legitimidade de simples previsão legal. A atividade do juiz fica reduzida a examinar, com relação às associações, apenas dois requisitos.

O primeiro diz respeito ao tempo de constituição, exigindo a LACP que estas estejam regularizadas há pelo menos um ano. Contudo, o CDC inovou ao incluir o § 4º ao art. 5º, possibilitando ao juiz dispensar o requisito da pré-constituição quando houver manifesto interesse social ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

O outro pressuposto é a pertinência temática, ou seja, a associação deve incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio

ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Observe-se que não há mais a previsão genérica de *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, suprimida pela Lei 8.884/94. Mas, no que tange à defesa do meio ambiente, matéria que aqui se busca analisar, existe previsão específica, sendo por ora despicienda a discussão.

Alguns doutrinadores, dentre os quais vale destacar a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, vêm defendendo a possibilidade do juiz fazer um controle da representatividade adequada do autor, analisando concretamente se aquele que se propôs a substituir processualmente a coletividade possui condições de fazê-lo. No que pesem os argumentos expendidos, parece que tal solução vai de encontro à disciplina normativa atualmente vigente e somente pode ser defendida de *lege ferenda*.

Outro ponto a ser destacado diz respeito à competência para processamento e julgamento das ações civis públicas que, segundo o art. 2º da LACP, será do Juízo do local onde ocorrer o dano. Em se tratando de dano regional, ou seja aquele que ultrapassa a competência de um mesmo Juízo, em razão do art. 93 do CDC, cabe o julgamento a um dos juízes da comarca da capital do Estado-membro.

Na hipótese de dano nacional, aquele que ultrapassa as fronteiras de um único Estado, a doutrina se subdivide em duas correntes: aqueles que entendem que a competência seria exclusiva do foro do Distrito Federal e os que defendem se cuidar de competência concorrente deste com os juízes lotados nas capitais dos Estados. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, pacificou a controvérsia no Conflito de Competência nº 26.842/DF, julgado em 10 de outubro de 2001, entendendo se tratar de competência concorrente.

Questão mais tormentosa é a análise dos limites subjetivos, objetivos e do modo de produção da coisa julgada formada na ação civil pública. O art. 16 da LACP, com a alteração promovida pela Lei 9.494/97, preceitua que:

A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Essa disposição é claramente insuficiente para regular o instituto. Coube à doutrina, novamente com base nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, se debruçar sobre o tema, restando titubeante a jurisprudência.

Na hipótese de se estar tratando de direito difuso, nos termos do art. 103, inciso I, do CDC, tanto a sentença que julgar procedente ou aquela que afirmar improcedente o pedido vestibular terá efeitos *erga omnes*. A exceção fica por conta da sentença de improcedência fundada em insuficiência probatória, caso em que admitir-se-á que qualquer dos legitimados, inclusive aquele que propôs a primeira ACP, formule nova demanda coletiva, desde que fundada em prova nova. Cuida-se, então, de coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Em se cuidando de direito coletivo *stricto sensu*, aplica-se o mesmo raciocínio acima exposto, com apenas uma alteração: havendo exame de mérito com base nas provas produzidas, a eficácia da sentença de procedência ou improcedência terá efeitos *ultra partes*, e não *erga omnes*. A diferença é tênue, mas bastante relevante. Em ambas as situações, a eficácia subjetiva ultrapassa as partes do processo, mas na primeira (procedência) sua extensão é limitada a apenas determinados terceiros, aqueles componentes do mesmo grupo, categoria ou classe de pessoas.

Já no que tange aos direitos individuais homogêneos, o art. 103, inciso III, do CDC preceitua que a eficácia subjetiva da coisa julgada formada na ação coletiva será *secundum eventum litis*. Melhor dito, se julgada procedente, gerará efeitos *erga omnes*. Por outro lado, em sendo considerada improcedente, tais efeitos se restringirão apenas às partes do processo.

Com respeito às posições divergentes, parece inútil a diferenciação feita pelo art. 103 do CDC. Em verdade, a sistemática da coisa julgada nas ações coletivas pode ser reduzida a duas assertivas: em primeiro lugar, a sentença de improcedência por insuficiência probatória somente faz coisa julgada formal; em segundo, a ação coletiva, independentemente de seu resultado, não impede o ajuizamento de ação individual.

Nessa esteira, a diferente eficácia da sentença referente a direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*, a primeira *erga omnes* e a segunda *ultra partes*, não decorre da previsão constante no art. 103 do CDC, mas sim da própria natureza jurídica dos direitos vindicados.

No mesmo sentido, não soa correto afirmar que a coisa julgada referente a direitos individuais homogêneos somente faz coisa julgada *inter partes*, pois também obsta o ajuizamento de nova ação coletiva pelos demais legitimados extraordinários, conforme se depreende da leitura a *contrario sensu* do § 2º, que somente possibilita a nova propositura de ações individuais.

No mais, ainda que não haja expressa previsão legal, não há qualquer razoabilidade em se impedir que uma ACP que trate de direitos individuais homogêneos julgada improcedente por insuficiência probatória, seja novamente proposta por quaisquer dos legitimados, desde que fundada em prova nova. Aliás, por se tratar de norma restritiva, deveria a proibição constar expressamente em lei. Na omissão, deve-se entender possível, à semelhança do que ocorre quando o objeto versa sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Assim, nota-se que em qualquer hipótese, seja direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, uma sentença de procedência ou improcedência com análise das provas formará coisa julgada material e, portanto, obstará nova propositura de ação civil pública. Do contrário, em se constatando insuficiência probatória, cuidar-se-á de coisa julgada formal, podendo ser proposta nova demanda coletiva, desde que lastreada em prova nova.

Ademais, também em qualquer hipótese, a coisa julgada formada em ação civil pública não obstará que o indivíduo prejudicado intente ação individual, como se nota da leitura dos §§ 1º e 2º do art. 103.

Nem mesmo uma sentença de procedência em ação coletiva impede o ajuizamento de ação individual pelo interessado, como seria possível depreender do § 2º. Nesse caso, poder-se-ia falar, no máximo, em falta de interesse de agir e, destarte, na extinção do feito por ausência de condição para o regular exercício do direito de ação.

Resta, ainda, examinar a limitação da eficácia subjetiva introduzida pela Lei 9.494/97, que alterou o art. 16 da LACP para dispor que a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada apenas nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Ao acrescentar tal restrição indiscriminada, a Lei 9.494/97 causou perplexidade na doutrina. Imediatamente depois, grande parte dos autores especializados afirmaram a inconstitucionalidade da alteração

promovida, tanto formal, pois decorrente de medida provisória, quanto material.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no dia 14 de abril de 1997, indeferiu a medida cautelar pleiteada na Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Liberal (ADI 1.576 MC, Relator Ministro Marco Aurélio), afastando a pecha de invalidade atribuída à dita modificação.

Ultrapassada essa questão sobre a constitucionalidade do dispositivo, impõe examinar a forma de aplicação do mesmo. Isso porque a interpretação literal do art. 16 da LACP dá a entender que toda sentença proferida em ação civil pública ficaria adstrita aos limites territoriais da competência do órgão prolator.

Levada a questão ao Superior Tribunal de Justiça, inicialmente se entendeu que essa restrição somente se aplicaria aos casos em que se tratasse de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, mas não de direitos individuais homogêneos (REsp 411.529/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi).

Com a devida vênia, tal entendimento parece claramente equivocado. Nesse sentido, os direitos individuais homogêneos, dentre as três categorias utilizadas, são os únicos passíveis de ser individualizados. E exatamente por conta dessa característica, torna-se possível aplicar a limitação trazida pela Lei 9.494/97. Felizmente, o próprio Superior Tribunal de Justiça alterou sua jurisprudência, passando a reconhecer que tal restrição somente se aplica aos direitos individuais homogêneos, mas não aos difusos e coletivos *stricto sensu* (CC 109.435/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 22/09/2010).

Na hipótese de ação civil pública em defesa do meio ambiente, por se tratar eminentemente de direito difuso, jamais poder-se-ia entender o instituto de maneira diversa. Com efeito, não há como se compreender, por exemplo, uma sentença que determine a cessação de um dano ambiental causado em um Estado-membro, mas permita que esse mesmo dano continue sendo praticado no espaço territorial de outro ente federativo. Ademais, restaria impossibilitada a tutela judicial referente a um dano nacional, pois haveria necessidade de se propor diversas demandas.

Mas, reconheça-se, no que tange à proteção judicial do meio ambiente, essa discussão tem caráter acadêmico, não se tendo notícia de

qualquer precedente que determinasse a limitação territorial do julgado nessa seara.

Quanto às espécies de tutela, a LACP foi um avanço para sua época, trazendo no seu art. 11 a possibilidade do juiz determinar o cumprimento coercitivo de obrigação de fazer e não fazer, mediante execução específica ou cominação de *astreintes*. Nesse diapasão, vale lembrar que o Código de Processo Civil somente veio a ser reformado para prever tal cabimento pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, ou seja, quase dez anos depois, sendo que, até então, convertia-se a obrigação em perdas e danos. Também o art. 12, em clara evolução com relação às normas processuais então vigentes, já previa a possibilidade de provimento antecipatório e cautelar.

Logo, desde a publicação da LACP e sem grandes divergências, já era possível a concessão de tutela inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória específica. A tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro, porém, gera maiores controvérsias.

Sobre o tema, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 95, dispõe que, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. Com efeito, a diferença entre dano sofrido e dano causado é tênue, mas extremamente relevante para compreender as normas de processo coletivo atualmente em vigor. Ambos são, em verdade, duas faces de uma mesma moeda, conforme esclarecem os Profs. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier:

Por meio de um exemplo se pode entender melhor a diferença que se tem feito entre lesão causada e dano efetivamente sofrido: um fornecedor de produtos alimentícios pode ter comercializado produtos que contenham quantidade inferior à indicada na embalagem, o que causará danos pequenos, às vezes irrisórios a cada um dos consumidores, se considerados isoladamente. Vistos globalmente, no entanto, a lesão causada e o enriquecimento indevido do aludido fornecedor podem ser de montante considerável.³

No direito ambiental, por sua natureza difusa e, portanto, indivisível, não é possível apurar o dano sofrido por cada indivíduo,

3 Anotações sobre a liquidação e a execução coletivas, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 272.

mas tão-somente o dano causado à coletividade. É importante, também, não confundir o dano causado, quando não é possível a individualização deste, com o *fluid recovery* (CDC, art. 100), hipótese típica de direitos individuais homogêneos em que, apesar de individualizáveis, a ausência de interessados em número compatível com a gravidade do dano legitima o autor coletivo a promover a liquidação e execução da indenização devida.

Nessa esteira, o art. 13 da lei em comento prevê que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

No âmbito federal, conforme o art. 2º da Lei 9.008/95 e o art. 3º do Decreto 1.306/94, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) é gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, com sede em Brasília, e composto por membros representantes da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (presidente), do Ministério do Meio Ambiente, do Ministério da Cultura, do Ministério da Saúde, do Ministério da Fazenda, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Ministério Público Federal (MPF) e três representantes de entidades civis.

Por sua vez, o art. 7º, *caput* e parágrafo único, do citado decreto, determinam que os recursos arrecadados deverão ser distribuídos para a efetivação das medidas relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado, dando-se prioridade à reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível. Nesse ponto reside o maior problema referente às ações civis públicas ambientais, qual seja, a regulamentação do FDD não impõe que o montante arrecadado em razão dos danos causados seja revertido necessariamente em favor daquela área objeto de degradação.

Nesse diapasão, a título de exemplo, no dia 15 de setembro de 2011, foi publicado no Diário Oficial da União (DOU, seção 1, p. 36) o Despacho nº 202/2011/SDE/CFDD do Presidente do CFDD, promulgando a Resolução nº 27, de 25 de março de 2011, que trata dos 10 projetos prioritários do FDD, a saber:

Nº DA PROPOSTA	INTERESSADO	OBJETO
21379/2011	Secretaria de Estado de Governo/MS	Formar 450 brigadistas voluntários em técnicas de combate a incêndios florestais, fazer uma campanha educativa e fortalecer a Coordenadoria Estadual de Defesa Civil do Estado de Mato Grosso do Sul.
21189/2011	ECOA - Ecologia & Ação/MS	Mapeamento de eventos climáticos extremos no Pantanal, análise de seus efeitos sobre populações vulneráveis, capacitação local e elaboração de propostas mitigatórias.
21721/2011	Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente/CE	Fomentar ações com vistas a neutralização de emissões de gases do efeito estufa na administração pública nos vinte e quatro municípios das duas regiões metropolitanas do Estado do Ceará.
20925/2011	Centro de Desenvolvimento Agroecológico Sabiá/PE	Fomentar alternativas de adaptação e mitigação dos efeitos das mudanças climáticas a partir do apoio à agricultura familiar de baixo carbono, usando a estratégia dos Sistemas Agroflorestais - SAF's agroecológicos e do desenvolvimento de processos de educação ambiental em sete assentamentos da reforma agrária em Pernambuco.
22349/2011	Instituto Estadual de Florestas do Amapá/AP	Valoração da floresta em pé tendo como produto não a madeira ou produtos madeireiros e sim regulação climática, o bem estar e biodiversidade que a floresta proporciona.
21802/2011	PANGEA - Centro de Estudos Socioambientais/BA	Reduzir as emissões de gases de efeito estufa através da coleta seletiva de materiais recicláveis, implantando e/ou fortalecendo cooperativas de catadores de material reciclado nos municípios de Ilhéus, Itabuna, Juazeiro e Vitória da Conquista.
19461/2011	Prefeitura de Ferraz de Vasconcelos/SP	Fortalecer a Defesa Civil.

21053/2011	Rede de Desenvolvimento Humano - REDEH/RJ	Desenvolver um plano piloto de adaptação à mudança climática para o município de Petrópolis, articulando atores público-privados capazes de implementar um mecanismo inovador de pagamento por serviços ambientais que garanta um reflorestamento e aflorestamento seletivo das encostas, dos mananciais e das áreas desmatadas e degradadas.
21993/2011	Prefeitura de Almirante Tamandaré/PR	Plano Municipal de Mudanças Climáticas (PMMC), estruturando um modelo de ação para o enfrentamento das mudanças climáticas no nível local.

Nota-se, da leitura dos objetos dos projetos acima elencados, que nenhum deles tem relação com fato específico e pretérito que possa ter dado ensejo a uma ação civil pública e, portanto, ao recolhimento de indenização em favor do FDD.

Não se está, de forma alguma, advogando que a reparação da área de restinga de uma determinada praia, suprimida pela construção de um quiosque ilegal, deva ter prevalência orçamentária sobre o mapeamento de eventos climáticos extremos no Pantanal. Também não se afirma o inverso. Apenas se busca demonstrar o desvirtuamento do instituto previsto na Lei de Ação Civil Pública.

Com efeito, a verba proveniente da indenização pelo dano causado em determinada área não poderia ser aplicada em outro projeto, relegando a região inicialmente atingida sem recursos. Ao menos, não sem a devida justificativa de impossibilidade de recomposição do *status quo*. Parece, contudo, que o FDD vem sendo utilizado de maneira diversa daquela inicialmente imaginada.

Pelo exposto, é notório que a Lei 7.347/85 está desatualizada em diversos pontos, não tendo acompanhado a evolução social e nem da legislação material de direito ambiental. Ao seu turno, a Lei 4.717/65 (LAP) também traz normas muito aquém daquelas desejadas para uma instrumentalização eficaz da proteção judicial do meio ambiente, como se passa a examinar.

Primeiramente, a ação popular (AP) foi criada como um instrumento para qualquer cidadão pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, entendido este como

os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico. Em 1977, a Lei 6.513 estendeu seu objeto também aos bens e direitos de valor turístico.

Foi somente a atual Constituição Republicana que ampliou as hipóteses de cabimento da AP para abranger, além dos atos lesivos ao patrimônio público, aqueles nocivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural. Destarte, em tese, a ação popular somente passou a ser utilizada para proteção do meio ambiente a partir de 1988.

Porém, inobstante essa ampliação, o regramento processual do instituto permanece o mesmo. Nessa esteira, a Lei 4.717/65 consubstancia o pensamento jurídico vigente há quase cinquenta anos e possui pouca utilidade no que se refere ao direito ambiental.

No que se refere ao cabimento da AP, a lei referida fala em anulação ou declaração de nulidade de atos. A primeira dúvida que surge é se estes atos passíveis anulação devem ser emanados necessariamente de algum ente da administração pública direta, indireta, seus agentes e/ou equiparados ou se atos praticados por particular também poderiam ser invalidados.

Na época em que editado tal diploma legal, até mesmo pela restrição do objeto, os atos deveriam necessariamente ter sido praticados por uma das pessoas elencadas no art. 1º (STF, *RTJ* 95/1.121). Contudo, há uma aparente tendência de valorização do instituto a partir de uma releitura desse mesmo arcabouço normativo à luz das concepções hodiernas.

Digno de referência é o Recurso Especial nº 453.136/PR, interposto nos autos de ação popular proposta com objetivo de desconstituir negócio jurídico firmado pela Itaipu Binacional. Na ocasião, como matéria de defesa, suscitou-se preliminar de não cabimento da AP, em razão da natureza jurídica supranacional da ré, tendo o STJ concluído o seguinte:

[...] 4. Nas razões do Recurso Especial, a recorrente sustenta ser incabível Ação Popular contra empresa supranacional.

5. A Itaipu submete-se à lei brasileira, que regula as obrigações decorrentes dos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas e residentes em território nacional. Precedentes do STJ.

6. A procedência dos pedidos acarretará, além da desconstituição do contrato, a condenação dos diretores e da empresa contratada ao pagamento dos prejuízos causados à Itaipu. Nem mesmo em tese há possibilidade de o patrimônio da binacional ser atingido, razão por que descabe a afirmação de que bens paraguaios seriam submetidos à execução.

7. O art. 5º, LXXXIII, da Constituição da República estabelece que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe”.

8. A Lei 4.717/1965 deve ser interpretada de forma a possibilitar, por meio de Ação Popular, a mais ampla proteção aos bens e direitos associados ao patrimônio público, em suas várias dimensões (cofres públicos, meio ambiente, moralidade administrativa, patrimônio artístico, estético, histórico e turístico).

9. Ao juiz não é lícito nem legítimo amesquinhar o conteúdo, o campo de aplicação ou a extensão dos remédios da Ação Popular, que deve ser prestigiada, sobretudo em época de decadência da textura ética em que se inserem os agentes políticos e servidores públicos do Estado.

10. Evidenciada a utilização de dinheiro público na criação, custeio ou manutenção de empresa, ou em qualquer outra forma de apoio, cabe Ação Popular, pouco importando a natureza da pessoa jurídica em questão. [...]

(REsp 453136/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/09/2009, DJe 14/12/2009)

Depreende-se, portanto, uma tendência jurisprudencial de relativizar essa obrigatoriedade de que o ato impugnado tenha sido praticado pelos entes constantes no art. 1º da Lei 4.717/65. Em se tratando de proteção ao meio ambiente, não são raros os casos em que a violação é perpetrada exclusivamente por particular, sem qualquer vínculo direto ou indireto com a administração pública.

No cotidiano forense, é possível observar uma prática corriqueira para evitar tal discussão: imputa-se omissão dos órgãos públicos, normalmente IBAMA e INEA⁴, no que tange ao seu poder-dever de

4 O Instituto Estadual do Ambiente (INEA) é uma autarquia criada pelo Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 5.101/07) com o objetivo proteger, conservar e recuperar o meio ambiente para promover o desenvolvimento sustentável. Evidentemente, essa descentralização, bem como o nome de eventual

fiscalizar a legalidade dos atos praticados pelos particulares. Dessa omissão, exsurgiria o cabimento da AP.

Daí decorre outro problema, acerca da competência fiscalizatória dos diversos entes federativos. Segundo o art. 21, inciso VI, da CR/88, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Destarte, em se constatando violação às normas de direito ambiental, o autor popular poderia escolher demandar, por omissão, somente em face do órgão federal, estadual, municipal ou, ainda, contra todos eles em litisconsórcio passivo com o particular causador do ilícito.

Entretanto, admitir legítima essa prática é possibilitar ao demandante escolher se prefere litigar na Justiça Federal ou na Justiça Estadual, bastando para tanto que impute ou não omissão no dever de fiscalização ao IBAMA. Para evitar esse problema, que afinal viola o princípio constitucional do juiz natural, bastaria reconhecer que não é suficiente o autor alegar omissão genérica dos órgãos públicos. Deve, ao contrário, narrar uma omissão específica como, por exemplo, a inação diante de uma denúncia previamente formulada.

Felizmente, essa problemática parece ter sido diminuída em razão da edição da Lei Complementar 140/11, que regulamenta o citado art. 21, inciso VI, da Constituição. Isso porque, em seu art. 17, há previsão de que compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização do empreendimento ou atividade lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental.

Isso não significa que os órgãos das demais esferas federativas não podem exercer fiscalização, mas sim que a atuação precípua é daquele com atribuição para licenciar a atividade, atuando os outros em caráter subsidiário, conforme o § 3º do mesmo dispositivo. Vale lembrar que a própria LCp 140/11 disciplina a competência para licenciamento, tendo mantido, como regra geral, o critério da extensão do dano, já adotado pela Resolução 237/97 do CONAMA.

Assim, se um particular vem exercendo atividade depredatória de nível regional, ou seja, abrangendo mais de um Município dentro do

autarquia criada, varia de acordo com a autonomia de cada Estado-membro. Apenas para facilitar a leitura, usar-se-á sempre o exemplo do RJ.

mesmo Estado, caberia precipuamente ao INEA a atividade fiscalizatória e, portanto, somente à autarquia estadual poder-se-ia imputar omissão na ação popular. Caso se tratasse de dano que abrangesse mais de um Estado, seria parte legítima o IBAMA. Em qualquer hipótese, no entanto, a omissão apontada deve ser específica.

Por fim, vale salientar que o requisito da lesividade, na ação popular ambiental, deve ser analisado *cum grano salis*. Do contrário, estar-se-ia impedindo a tutela de remoção de ilícito, que se diferencia da ressarcitória específica exatamente por não exigir a comprovação de dano.

Nesse sentido, é plenamente compreensível a necessidade de demonstração da lesividade quando se trata de ação popular impugnando ato prejudicial ao patrimônio público, pois não haveria interesse cívico-administrativo em se combater tão-somente uma ilegalidade que, sem prejuízo anexo, estaria mais próxima a uma mera irregularidade.

No que se refere ao direito ambiental, por outro lado, há que se fazer um raciocínio similar ao que os penalistas desenvolvem na diferenciação entre os crimes de perigo abstrato⁵ e de perigo concreto. Com efeito, nos crimes de perigo abstrato, ainda que não haja comprovação de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico protegido, esta é presumida por lei a partir de experiências sociais anteriores.

Exemplificando, o crime previsto no art. 306 da Lei 9.503/97 (direção de veículo automotor sob influência de álcool) pode ser praticado em via pública deserta, hipótese em que, mesmo sem apresentar possibilidade de causar lesão ou óbito a outrem, ainda assim restará caracterizado o delito. Para tanto, parte-se da premissa de que a norma foi elaborada a partir da experiência social pretérita de que essa conduta gera abstratamente um risco penalmente relevante e, portanto, deve ser objeto de prevenção e punição.

No direito ambiental, há que se fazer raciocínio similar. Melhor dito, é possível que um determinado empreendimento realizado em Área de Preservação Permanente não importe em efetiva lesão ao meio ambiente, mas tal ilícito deve ser extirpado em função da presunção de prejuízo constante na norma protetiva.

5 Em regra, os crimes ambientais são de perigo abstrato.

Nesse diapasão, no que tange aos requisitos da ação popular, a lesividade deve ser analisada à luz dos princípios de direito material e, caso demonstrada a ilegalidade, impõe seja abstratamente presumida. Do contrário, restará impossibilitada a tutela de remoção de ilícito em sede de ação popular.

Enfim, tal como se afirmou com relação à ação civil pública, a LAP está desatualizada e deve ser reinterpretada a fim de garantir a aplicação judicial das normas substantivas de proteção ambiental.

2 AS CLASS ACTIONS E O PRINCÍPIO DA SIMETRIA DE RISCOS

O sistema jurídico das *class actions* no direito norte-americano é bastante diferente do regime das ações coletivas brasileiras, dentre as quais a ação civil pública e a ação popular. Em alguns pontos, representam uma visão significativamente avançada, porém em outros demonstram deficiência. É o que se passa a analisar, também sem qualquer pretensão de exaurir o tema.

As *class actions* têm sua origem remota na Inglaterra, no âmbito das Cortes de Equidade, que abrangia competência para julgar as *injunction actions*. Aos tribunais de *law jurisdiction* cabia analisar as *damages actions*, ou seja, as demandas nas quais se pleiteava provimento de natureza condenatória.

Os tribunais de direito (*courts of law*), com o objetivo de simplificar o julgamento pelo júri, não permitiam o litisconsórcio voluntário lastreado apenas em questões comuns. Já as cortes de equidade (*courts of equity* ou *courts of chancery*), visando a dar maior efetividade e possibilitar maior acesso à justiça, possibilitavam essa diversidade de partes, desde que todos os interessados da lide efetivamente intervissem no feito. Somente assim se vislumbrava uma decisão completa e vinculante.

Contudo, no século XVII, as cortes de equidade perceberam que esse procedimento trazia obstáculos muitas vezes intransponíveis ao regular andamento do processo, impossibilitando a entrega da prestação jurisdicional. O litisconsórcio baseado em questão comum tornou-se, então, um óbice ao acesso à justiça. Diante disso, ainda no âmbito das *courts of equity*, foi editado o *bill of peace*, norma que permitia que todos os interessados no julgamento da demanda fossem representados por apenas uma ou algumas pessoas do grupo, dando origem às ações representativas (*representative actions*), de acordo com critérios de necessidade ou conveniência.

Esse sistema dual, jurisdição de direito e de equidade, foi parcialmente transplantado para os Estados Unidos. Diz-se parcialmente pois, na então colônia inglesa, ambas as competências foram entregues a um mesmo tribunal, contribuindo para a redução das diferenças entre os respectivos sistemas, até que, em 1789, com a criação do sistema judiciário federal, restaram unificados em uma única jurisdição⁶.

Já no direito norte-americano, as *representative actions* foram disciplinadas pela primeira vez em 1842 através do *Federal Equity Rule 48*. Posteriormente, foi editada a *Federal Equity Rule 38* de 1912. Finalmente, em 1938, a Suprema Corte norte-americana, por delegação do Congresso Nacional, publicou as *Federal Rules of Civil Procedure* que, com a reforma da *Rule 23* em 1966, corresponde ao arcabouço normativo atual das *class actions*.

São quatro os requisitos das *class actions*: impraticabilidade do litisconsórcio (*joinder impracticability* ou *numerosity*), questão comum (*commonality*), tipicidade (*typicality*) e representação adequada (*adequacy of representation* ou *vigorous prosecution test*), sendo os dois primeiros objetivos e os demais subjetivos.

A impraticabilidade do litisconsórcio não se confunde com impossibilidade deste. Trata-se de uma releitura do princípio do devido processo legal à luz do princípio do acesso à justiça, ou seja, se o número de interessados for tamanho que a participação de todos impeça ou dificulte sobremaneira o julgamento da lide, mitiga-se o contraditório direto em favor do contraditório representativo.

Nesse sentido, vale lembrar que a análise do requisito não é meramente quantitativa, mas também qualitativa, cabendo ao juiz exercer sua discricionariedade de acordo com o caso concreto. Ademais, insta ressaltar que o exercício do direito de retirada dos interessados (*opt out*) pode ser significativo ao ponto de causar a ausência superveniente da condição analisada.

Ao seu turno, a questão comum é o requisito que, por sua natureza, sempre deve estar presente nas ações coletivas, independente de previsão legal. Trata-se da identificação de uma causa similar, de fato

⁶ Segundo Antônio Gidi, quatro Estados norte americanos ainda possuem tribunais distintos para a law jurisdiction e equity jurisdiction (GIDI, 2007. p. 45).

ou de direito, comum a todos os interessados, que torna possível seu julgamento através de uma única sentença.

No Estados Unidos, admite-se seja a questão comum alegada tanto pelo autor (*plaintiff class action*) como pelo réu (*defendant class action*)⁷. Não bastasse, também é viável a certificação de uma ação coletiva parcial (*issue class action*), quando somente parte do litígio envolvendo o representante do grupo é comum a todos e, portanto, a coisa julgada somente terá eficácia *erga omnes* no que tange a esse capítulo da sentença.

A tipicidade é a condição segundo a qual o representante do grupo deve ser um membro integrante deste e, portanto, também detentor da questão comum. Cuida-se de requisito típico da cultura individualista norte-americana, que adota entendimento segundo o qual o representante do grupo somente exercerá sua função da melhor maneira possível se o seu próprio interesse também estiver sendo examinado.

No caso *Sierra Club vs. Morton*, julgado pela Suprema Corte em 1972, o autor, uma sociedade com especial interesse na conservação de parques e florestas nacionais impugnava a construção planejada pela Walt Disney Company de uma estação de esqui no *Mineral King Valley*, localizado na *Sequoia National Forest*, Estado da Califórnia. A Suprema Corte, após admitir a petição de *writ of certiorari*, julgou o recurso mas negou-lhe provimento. Na ocasião, a maioria do colegiado seguiu o voto do *Mr. Justice Stewart*, entendendo que faltava legitimidade ao autor para propor a ação, tendo em vista que o mesmo não teria sofrido diretamente nenhum prejuízo, seja de natureza econômica ou qualquer outra, nos seguintes termos:

A person has standing to seek judicial review under the Administrative Procedure Act only if he can show that he himself has suffered or will suffer injury, whether economic or otherwise. In this case, where petitioner asserted no individualized harm to itself or its members, it lacked standing to maintain the action.

Esse precedente até hoje vigora na jurisprudência norte-americana, vinculando os demais órgãos do poder judiciário a decidir da mesma forma em razão do *binding effect*. Portanto, para que uma demanda seja certificada como *class action*, é necessário que o representante seja membro do grupo e, dessa forma, também seja titular da questão comum.

7 No Brasil, não se admite a segunda hipótese (ação coletiva passiva), apesar da doutrina estar tratando do assunto.

Finalmente, a representação adequada é tido como o mais importante requisito e possui dois aspectos: é o direito dos ausentes de serem adequadamente representados; e caracteriza o direito destes de não serem atingidos pela coisa julgada formada sem representação adequada (*collateral attack*).

Em resumo, o representante deve demonstrar perante o Juízo (legitimidade *ope judicis*) que tem condições técnicas, físicas e financeiras para representar o grupo a contento. Também, não pode haver conflito de interesse do representante com o grupo nem com o advogado, não sendo adequado que o representante e o advogado sejam a mesma pessoa.

As associações civis, ainda que não possuam direito próprio contra a parte contrária, podem ser representante do grupo. Isso porque a legislação norte-americana outorga em favor delas uma espécie de legitimidade representacional, que, segundo a jurisprudência, derroga o requisito da tipicidade. Isso não as dispensa, contudo, de passar pelos demais crivos da representação adequada.

Com efeito, o Estado somente tem legitimidade para funcionar como representante adequado caso preenchidas três condições: o interesse público protegido deve ser elementar, deve possuir uma pretensão própria contra o réu e a ação tem que ter natureza declaratória ou injuntiva, exceto se houver autorização legal para demanda indenizatória⁸.

Desses quatro requisitos para a certificação de uma *class action*, os dois primeiros tem caráter objetivo e os dois últimos subjetivo. Essa diferenciação é importante em razão da consequência decorrente da falta de qualquer deles.

Em se verificando a ausência de uma condição objetiva (impraticabilidade do litisconsórcio ou questão comum), o juiz deve negar certificação da demanda como *class action*, a não ser que seja possível redefinir o grupo de forma a homogeneizá-lo. Vale lembrar, porém, que o feito prosseguirá a julgamento, porém eventual sentença terá eficácia apenas *inter partes*. Por outro lado, na falta de um pressuposto subjetivo, cabe ao juiz corrigir o defeito, nomeando alguma outra pessoa que possua tipicidade e representatividade adequada. Nesse caso, a negativa de certificação deve ser a última opção, adotada apenas se não for possível suprir o vício.

8 Um exemplo de autorização legal para o Estado propor ação indenizatória consta nas leis antitruste.

Talvez a mais importante característica da *class action* seja sua eficácia *erga omnes pro et contra*, ou seja, a coisa julgada atingirá a terceiros independentemente do resultado, seja a demanda julgada procedente ou improcedente, até mesmo se a sentença de improcedência se der por falta de provas. Em qualquer caso, a questão comum restará definitivamente julgada. Existem apenas duas exceções.

A primeira se dá quando o terceiro, ao ser notificado da certificação da *class actions*, expressamente exerce seu direito de retirada (*opt out*). Nesse caso, tal pessoa não será prejudicada por eventual sentença de improcedência, mas também não aproveitará um possível julgado de procedência.

A segunda exceção ocorre quando o grupo não é representado adequadamente em Juízo. Tal vício é considerado tão grave no direito norte-americano que não se sujeita à preclusão e nem mesmo se estabiliza com a coisa julgada. Assim, caso posteriormente se reconheça a ausência do requisito, qualquer juiz pode declarar incidentalmente o vício da *class action* e, então, julgar novamente a demanda que lhe for entregue, seja individual ou coletiva (*collateral attack*).

Nota-se, destarte, que é de interesse de todas as partes, inclusive daquela contra quem o grupo litiga, zelar pela representação adequada, pois somente assim alcançar-se-á a segurança jurídica almejada.

Essa sistemática foi implementada com a reforma da *Rule 23* em 1966 como resposta à ineficiência da então denominada *spurious class action*, uma espécie de ação coletiva que exigia que os membros do grupo expressamente manifestassem interesse na ação (sistema do *opt in*).

Nesse diapasão, a doutrina norte-americana majoritária afirma que a nova *Rule 23* é baseada no princípio da simetria de riscos, ou seja, todas as partes do processo devem se submeter a riscos similares em favor da segurança jurídica (FISS, 2004, p. 239). Logo, em caso de procedência, o réu terá sucumbido aos riscos aos quais submetidos. Ao contrário, na hipótese de improcedência, o autor deve suportar as consequências daí advindas.

Esse princípio não é mencionado pela doutrina brasileira, mas foi implicitamente reconhecido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJC) como fundamento para rejeição do Projeto de Lei 5.139/09, que pretendia revogar a Lei 7.347/85

e disciplinar a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Vale a leitura do voto-vencedor, da lavra do Deputado José Carlos Aleluia:

[...] Quanto ao mérito, no entanto, o projeto não prospera. A proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu.

O autor não corre risco algum ao mover a ação: não paga custas, não paga pela prova a ser feita no curso da ação nem paga honorários, se vencido. Mais: praticamente quaisquer duas pessoas podem ir a juízo, apresentarem-se como representantes de um grupo ou até mesmo de toda a sociedade brasileira e pedirem, por exemplo, a paralisação de uma iniciativa do poder público por ofensa ao meio-ambiente. Não há requisitos para que alguém se apresente em juízo como representante de uma classe. Basta formalizar parcamente uma associação e defender, perante um juiz parcial e complacente, que sua causa é relevante.

A ação poderá seguir seu curso mesmo que o pedido do autor e o motivo de ele ter ido a juízo não tenham sustentação técnica, jurídica ou factual: o juiz pode chamar alguém para entrar no lugar dele e procurar outro motivo e outro pedido para continuar com a demanda.

Outro ponto de preocupação: se o réu for uma empresa e fizer acordo com o Ministério Público, poderá sofrer intervenção, ter sua direção impedida de mandar na empresa e, em seu lugar, outras pessoas passarão a decidir por ela. O projeto não impõe qualquer limite a essa interferência. Não diz sua finalidade nem por quanto tempo pode durar.

As ações coletivas foram criadas, entre outras coisas, para diminuir o número de ações sobre a mesma matéria. Mas o projeto, tal como está, acaba por alimentar mais ações: a ação coletiva pode conviver com ações individuais, sendo, assim, apenas mais uma, em vez de ser algo que resolva o litígio por todas.

Ademais, o projeto dá excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sendo crime a não apresentação de documentos eventualmente solicitados por esses órgãos.

Em suma, a proposição não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim. [...]

Ora, o parecer acima transcrito identifica dois dos maiores problemas das atuais ações coletivas: a ausência de controle da representatividade adequada do autor⁹ e a assimetria entre as partes.

A falta de controle sobre a representação adequada decorre do sistema de legitimação *ope legis*, que engessa o juiz no exame do requisito. Fundamenta-se a Lei 7.347/85 na presunção absoluta de que as pessoas jurídicas e órgãos públicos nela elencados exerceram a contento sua função dentro do processo.

Essa presunção até pode ser correta no que tange aos órgãos públicos (MP, Defensoria, entes da administração pública direta e indireta). Quanto às associações, o juiz deveria exercer um controle mais intenso, e não meramente formal como previsto na LACP. No que se refere à ação popular, a ausência de fiscalização da representatividade adequada é ainda maior, sendo o único requisito para o autor propor tal demanda a apresentação de título de eleitor.

De fato, talvez esse seja o motivo pelo qual as partes são tratadas de forma diferenciada nas ações coletivas brasileiras. Em outras palavras, a simetria de riscos somente existe se as partes não contribuem para o aumento destes. Por exemplo, uma associação de moradores da população ribeirinha do Rio Xingu provavelmente não tem as mesmas condições técnicas e financeiras para litigar contra o Consórcio Norte Energia, responsável pela construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte¹⁰.

Caso houvesse um controle mais eficiente sobre a representatividade adequada do autor, tanto nas ações civis públicas como nas ações populares, seria possível imaginar um processo que efetivamente

9 Vale lembrar que, no direito brasileiro, não há que se falar em representação adequada do réu, por inexistir previsão legal de ação coletiva passiva.

10 O exemplo é hipotético e meramente didático. Não se tem, no presente artigo, qualquer pretensão de elogiar ou criticar o referido empreendimento.

contribuísse para a almejada segurança jurídica, sem prejuízo ao direito material que se busca resguardar.

Somente assim, poder-se-ia admitir uma ação coletiva que pusesse termo a todos os litígios, coletivos ou individuais, independentemente do seu resultado (*pro et contra*) e das provas produzidas nos autos.

3 CONCLUSÃO

No presente artigo, buscou-se traçar um panorama atual das ações civis públicas e das ações populares, tidas como os principais instrumentos para proteção das normas substantivas de direito ambiental. Como antecipado, as leis de regência de ambos os institutos estão há muito defasadas, tanto comparadas às normas materiais como analisadas à luz da evolução da sociedade.

Essa deficiência deve ser corrigida preferencialmente pela elaboração de novas leis, seguindo o caminho constitucionalmente previsto, a fim de conferir legitimidade e segurança aos institutos. Contudo, na omissão legislativa, cabe às demais fontes de Direito, doutrina e jurisprudência, interpretar o arcabouço normativo atualmente vigente, à luz dos princípios constitucionais, visando a adequá-lo às modificações legais e sociais experimentadas nessas duas últimas décadas.

Nesse diapasão, as hipóteses de cabimento da ação civil pública foram estendidas pelo Código de Defesa do Consumidor a todos os casos de violação a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Coube à jurisprudência avançar também na proteção dos direitos individuais homogêneos, mesmo sem previsão no art. 1º da LACP. O mesmo se pode falar com relação à competência e a extensão subjetiva da coisa julgada, que foram e vem sendo objetos de amplo debate jurisprudencial e doutrinário.

Por sua vez, a utilização do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) é tema que ainda precisa ser repensado. A sistemática atual, em que o valor das condenações decorrentes de ilícitos ambientais não necessariamente reverte para a recomposição da área degradada, tem mais semelhanças com uma multa de caráter punitivo-pedagógico, do que efetivamente com a tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro. Nesse ponto, porém, eventual mudança fica adstrita à alteração legislativa, cabendo às demais fontes de Direito apenas formular sugestões e críticas.

Por sua vez, a ação popular como instrumento de proteção do meio ambiente também é de extrema relevância, apesar de ser menos utilizada do que a ação civil pública. Sua regulamentação, contudo, deixa muito a desejar, notadamente no que se refere ao cabimento desta para impugnar atos lesivos ao meio ambiente praticados por particulares, hipóteses em que se costuma alegar inércia de fiscalização do poder público para justificar seu ajuizamento.

O requisito da lesividade, outrossim, deve ser objeto de nova interpretação no que tange ao direito ambiental, partindo-se da premissa de que as normas protetivas trazem consigo uma presunção de que os atos que lhes são contrários também são lesivos ao meio ambiente. Essa lesividade abstrata, tal como ocorre nos crimes de perigo abstrato, decorreria de experiências anteriores valoradas pelo legislador.

Por fim, da análise comparada desses instrumentos com as *class actions* do direito norte-americano, pode-se depreender a necessidade de alteração das leis que tratam das diversas espécies de ação coletiva, dentre as quais a ação civil pública e a ação popular, possibilitando ao juiz examinar se o autor possui condições de representar adequadamente a sociedade ou o grupo de pessoas.

A partir dessa premissa, de que a coletividade está sendo representada a contento, será possível a aplicação do princípio da simetria entre as partes do processo e, por consequência, as ações coletivas do direito brasileiro avançarão em direção à consecução da segurança jurídica que se pretende alcançar com elas.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, v. 4, 2009.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojetado*

de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOTA, Mauricio (coord.). *Fundamentos teóricos do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.