

**ELEMENTOS JURÍDICO-ARGUMENTATIVOS
DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO
DIREITO FUNDAMENTAL: UMA PERSPECTIVA
PROCEDIMENTAL**

**ENVIRONMENT PROTECTION JURIDICAL-
ARGUMENTATIVE ELEMENTS AS FUNDAMENTAL
RIGHT: A PROCEDURAL PERSPECTIVE**

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande
do Sul

Doutor em Direito

Professor Universitário

E-mail: rp@tj.rs.gov.br

SUMÁRIO: 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS;
2 ELEMENTOS PRELIMINARES E
IDENTIFICATÓRIOS DE UMA TEORIA
PROCEDIMENTAL DO DIREITO; 3
PROGNÓSTICOS DO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO ORIENTADO PELOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E SUA DIMENSÃO AMBIENTAL;
4 O ESTUDO DE CASO; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTORY NOTES; 2
PRELIMINARY AND IDENTIFYING ELEMENTS
OF A LAW PROCEDURAL THEORY; 3
BRAZILIAN JURIDICAL SYSTEM PROGNOSTICS
ORIENTED BY FUNDAMENTAL LAWS AND ITS
ENVIRONMENTAL DIMENSION; 4 THE CASE
STUDY; 5 REFERENCES.

Resumo: O presente ensaio objetiva enfrentar as possibilidades de análise e decisão de tema envolvendo a proteção ao meio ambiente a partir da Teoria Procedimental do Direito e sua aplicabilidade à solução de casos concretos.

Palavras-chave: Proteção do meio ambiente. Teoria Procedimental do Direito. Direitos fundamentais.

Abstract: The present essay aims to confront theme analysis and decision possibilities on environment protection from the Law Procedural Theory and its applicability to concrete cases solutions

Keywords: Environment protection. Law Procedural Theory. Fundamental laws.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo enfrentar neste ensaio as possibilidades de análise e decisão de tema envolvendo a proteção ao meio ambiente a partir do que vou chamar de Teoria Procedimental do Direito e sua aplicabilidade à solução de casos concretos. Para tanto, em um primeiro momento, quero demarcar alguns pressupostos teóricos que delimitam o significado deste marco referencial utilizado, para em seguida extrair dele categorias e conceitos-chaves à constituição da argumentação jurídica fundamentadora da decisão judicial, necessariamente vinculada a uma adequada Teoria do Sistema Jurídico conformada aos Direitos Fundamentais.

Ao fim, pretendo testificar estes elementos reflexivos e pragmáticos à solução de um caso concreto envolvendo o meio ambiente e sua proteção, que se deu junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2 ELEMENTOS PRELIMINARES E IDENTIFICATÓRIOS DE UMA TEORIA PROCEDIMENTAL DO DIREITO

Tenho reiteradamente asseverado que o nominado Estado Democrático de Direito, estabelecido pela ordem constitucional contemporânea no Brasil, tem como marca identificatória mais sensível, normativa e pragmaticamente falando, o fato de ir ao encontro de medidas urgentes voltadas às garantias da dignidade da pessoa humana, no sentido de minimizar os efeitos do modelo de crescimento econômico imposto pelo mercado transnacionalizado (sem transformá-lo radicalmente), cumprindo quicá um papel revolucionário (tal qual o da burguesia e do Estado de Direito quando do rito de passagem do medievo à modernidade). (LEAL, 2003a; PASCUAL, 2001, p. 49).

É deste histórico e cenário que se pode visualizar, progressivamente, o surgimento de um Judiciário promovedor de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinadas demandas individuais e coletivas, e aqui podemos citar os casos das decisões judiciais envolvendo fornecimento de

medicamentos, garantia de energia elétrica e água, que se avolumam nos Tribunais de todo o país.¹

Todavia, esses comportamentos jurisdicionais, na verdade, se são importantes numa análise de cumprimento de sua função social imediata, não podem ser tomados como fórmulas substitutivas e mesmo emancipadoras dos demais poderes instituídos e de suas funções democráticas – inclusive no plano filosófico do seu significado –, eis que precisam ser cotejados no âmbito específico da idéia revisada de Democracia Representativa, ainda vigente nos sistemas políticos ocidentais².

Na verdade, o que está em jogo é saber dimensionar, neste particular, as diferenças constitutivas das atividades/funções legislativas, executivas e judicantes numa ordem democrática e os significados disto em termos de Democracia Representativa³.

No âmbito da filosofia, tal problemática é expressa por Habermas (1998, p. 119) em termos de justificação e da aplicação do sistema normativo:

In any case, the constitutional judicial review initiated by individual cases is limited to the application of (constitutional) norms presupposed as valid; thus the distinction between discourses of norm application and those of norm justification offers at least an argumentation-theoretic criterion for demarcating the respective tasks that the judiciary and the legislature can legitimately accomplish.

1 Neste cenário, há toda uma rede de fomento para que os juízes desempenhem um papel especial e importante, pois, através de perquirições interdisciplinares, vão delimitando os interesses sociais, para os fins de equilibrar e estabelecer contrapesos jurisdicionais em face das diferentes reivindicações societárias, criando eles próprios regras apropriadas que refletem esse equilíbrio. (SPIRO, 2005, p. 119).

2 Reforça esta idéia LEAL (2003b, p. 29): "A escolha axiológica e personalíssima do bom ou deontológica do correto, a pretexto de que só o intérprete-aplicador de um direito de sua exclusiva compreensão teria voz audível pela sentença, desconhece que o provimento é um discurso suscetível a igual taciturnidade quando proferido à distância da lei, porque a voz do juiz, na Sociedade Jurídico-política de Direito Democrático, há de ser legítima e não autófona".

3 E não estou dizendo, com isto, que "Judging serves the community in two ways: by doing justice according to law in each case and by maintaining the rule of law in the community at large", como quer BRENNAN (1997, p.119), numa perspectiva reducionista da função jurisdicional nas democracias contemporâneas.

O autor alemão aqui estaria interpretando a Constituição na direção que Jonh H. Ely (2000)⁴ o faz, ou seja, de uma forma processual; a Constituição como o instrumento que regula a organização e a solução processual de problemas sociais, regulação esta que possui, por sua vez, normas de operacionalização que são constitutivas das escolhas políticas e axiológicas dos envolvidos por estes problemas.

É no bojo do processo/procedimento já delineada pela norma constitucional e também pela infraconstitucional que a jurisdição deve criar um efetivo espaço democrático e participativo de comunicação intersubjetiva, voltada ao entendimento e à pacificação do conflito. Para tanto, todavia, deve estar munida e municiar a todos os envolvidos com razões de justificação e fundamentação das possibilidades de solução do caso, o que se obtém através de todos os momentos da lide, avaliando-os em face do plexo axiológico que informa o sistema jurídico e a Sociedade Democrática de Direito que o constituiu.

Fix-Zamudio (1973, p. 65) lembra que “avec ce droit constitutionnel d’action, les Constitutions d’Amerique consacrent, avec une certaine ampleur, le droit à la defense en justice, considéré comme un droit inhérent à la personne humaine et inviolable”, dando conta, pois, que na própria América Latina o tema dos direitos processuais constitucionais já vem sendo considerados como fundamentais à condição de sujeito de direito contemporâneo, isto desde a década de 1960.⁵

Na jurisdição alienígena, da mesma forma, a orientação segue esta senda, na medida em que, a título de exemplificação, a experiência italiana dá conta de que a garantia constitucional por ela deferida a título de direito à tutela jurisdicional não se limita a proteger o abstrato direito de ação, tal como o concebe o direito processual moderno. Todo e qualquer embaraço ao exercício dos

4 Habermas (1998, p. 326) lembra que Ely “parte da idéia de que a Constituição Americana regula, em primeira linha, problemas de organização e procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais”.

5 Tais informações podem-se encontrar também em MIRANDA (1979, p. 379).

direitos substanciais ou aos interesses legítimos, seja no plano formal seja no material, configura denegação da tutela jurídica devida pelo Estado aos indivíduos.

O processo devido ou o justo processo tem de se mostrar idôneo a uma adequada atuação da garantia constitucional de justiça, de sorte que, nesse aspecto, é inconstitucional a lei ou o comportamento processual cujo efeito prático seja criar uma situação que, mesmo não impedindo o exercício do direito de ação (direito de acesso ao tribunal), cria tal desequilíbrio jurídico entre as partes – e suas circunstâncias materialmente identificadas – que, *in concreto*, preconstitui, ainda que de fato, o êxito do processo subordinando-o praticamente à atividade processual de uma só das partes.⁶

Ao longo do tempo, contudo, os sistemas jurídicos ocidentais foram se aperfeiçoando exatamente para estarem mais conforme a norma fundamental que os guia: a Constituição, nuclearmente em face dos direitos e garantias fundamentais que lhe dá sentido. Impõe-se avaliar tal perspectiva agora.

3 PROGNÓSTICOS DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO ORIENTADO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DIMENSÃO AMBIENTAL

Já tive oportunidade de sustentar que, a partir de Habermas (1986, p. 28), a tese de que “the modern legal order can draw its legitimacy only from the idea of self-determination: citizens should always be able to understand themselves also as authors of the law to which they are subject as addressees”⁷.

6 Como quer COMÓGLIO (1990, p. 155). No Brasil, ver o texto de THEODORO JUNIOR (2000, p. 37/54). Neste sentido, é que a jurisdição tem de se prestar como um efetivo espaço público de debate garantidor das prerrogativas dos envolvidos direta ou indiretamente com a decisão judicial decorrente, notadamente reconhecendo as diferenças que os identificam – o que demanda tratamento, por vezes, diferenciados a um e a outro, em face do interesse envolvido ou das particularidades mesmo dos sujeitos de direito de que se trata.

7 O autor vai retomar estas reflexões de forma mais sistematizada no texto *Faticidade e Validade*, de 1992. Traitei desta abordagem no texto *As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva*. (LEAL, 2006, p.353).

Ratificando aqui sua crença nas teorias contratualistas de fundamentação do poder político e mesmo da noção de sociedade decorrente daí, Habermas vai mais além, porque – a partir de sua virada lingüística (*linguistic turn*) e com uma Teoria do Discurso –, constrói o que se pode chamar de um novo fundamento para o poder político e o seu exercício institucional e social (dentre eles os dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), qual seja, o de entendimento deontológico (*deontological understanding*) da condição de cidadania e sujeito de direito. Em outras palavras, o modelo de discurso/ação deliberativo na democracia refunda a noção de contrato social, no sentido de conceber a comunidade regulada normativamente como constituída não pela forma do contrato jurídico avençado entre os seus pares e criador do Estado, mas constituída pelo processo discursivo/ativo da construção de consensos fundada em valores conscientemente compartilhados.

Assim é que um dos argumentos centrais desenvolvidos no texto *Faticidade e Validade* (1992), passível de ser aproveitado aqui, é o que demonstra que há uma relação interna e condicionante – e não simplesmente histórica e contingente associação – entre as normas jurídicas e a democracia (com suas representações institucionais), assim como ocorre com a relação entre as previsões formais de equidade e suas dimensões materiais, caso contrário se esvaziaria o próprio sentido do sistema jurídico como um todo (HABERMAS, 1998, p. 47). Tal relação evidencia-se no âmbito do conceito de lei como resultado de procedimentos que veiculam os interesses sociais pela via da comunicação e interlocução dos sujeitos afetados pela norma, pondo-se como mais democrático aqueles procedimentos que mais se aproximam da manifestação da vontade popular direta.

A legal order is legitimate to the extent that it secures the equally fundamental private and civic autonomy of its citizens; but at the same time it owes its legitimacy to the forms of communication which are essential for this autonomy to express and preserve

itself. That is the key to a proceduralist conception of law. (HABERMAS, 1998, p. 493)⁸.

Mas como se estabelece a relação entre a manifestação da vontade social em face do sistema jurídico que a regula no dia a dia de seu evolver? Dá-se pela via da transmutação dessa vontade em códigos normativos constitucionais e infraconstitucionais (tanto princípios como regras). Tais comandos vinculantes estabelecem, em caráter exemplificativo, as possibilidades emancipatórias do convívio social, ratificando suas funções civilizatórias e compromissórias à inclusão dos sujeitos de direitos na ambiência do tecido social.

Estou dizendo que as normas insertas no sistema jurídico vigente, enquanto deontológicas, seja na forma de princípios ou regras, constituem um momento objetificante das normas axiológicas previamente demarcadas pelo processo político e legislativo legítimo da manifestação de vontade da soberania popular, identificando as eleições comunitárias atinentes à vida que desejam partilhar, a partir, por óbvio, dos pressupostos mínimos existentes para tanto (constituídos por esta mesma Soberania), a saber: “the basic rights to conditions of life which are socially, technically and ecologically secure to the degree necessary for equal ability to make use of rights” (HABERMAS, 2004, p. 50).

Neste sentido, mister é que se identifique de que maneira tais parâmetros normativos abordam o tema do meio ambiente, objeto deste estudo particular.

De pronto importa referir que qualquer sistema jurídico ocidental pode ser tomado em, pelo menos e preambularmente, duas acepções: a gramatical (em face de seus enunciados que pretensamente estão racionalmente constituídos e concatenados),

⁸ Tal perspectiva se afasta da assertiva de que as teses de Habermas pretendem instituir uma salvaguarda às relações sociais que não é de ordem jurídica, o que implicaria uma autonomia da Sociedade diante do Direito, como quer STRECK (2005, p.176), isto porque, na realidade, quaisquer salvaguardas – institucionais ou não – dos sujeitos de direito são trabalhadas pelo filósofo tedesco numa acepção epistemológico-argumentativa, tomando como pressuposto lógico-constitutivo o seu processo/procedimento de construção, bem como a forma de operacionalização individual e coletiva delas, reciprocamente condicionadas pela necessidade de justificação e fundamentação racional-comunicativa. Assim, é óbvio que é a ordem jurídica legitimamente forjada por consensos comunicativos que garante a autonomia não diretamente da sociedade, mas dos sujeitos que a constituem (os quais, por sua vez, ensejam a formatação de um modelo de Sociedade historicamente situada e comprometida, axiológica e deontologicamente).

e a pragmática (enquanto projeção empírica de seus comandos sobre a realidade circundante do cotidiano das pessoas). Daí que se diz que o sistema jurídico é sempre o que ele expressa e a sua *testificação empiriocriticista* (VERDROSS, 1982, p. 118) – haja vista a complexidade do processo relacional que ele mantém com a conjuntura incontável do tempo e do espaço em que opera. Em face disto, pode-se sustentar que as formas de interpretação e aplicação do sistema jurídico assim concebido devem ter presente a criação de condições para que a norma interpretada e aplicada ao caso concreto tenha eficácia (temporal e espacial), sempre no sentido da realização dos elementos axiológicos que o fundaram e que vinculam a todos sob sua égide.

Estou asseverando que de nada adianta a aplicação de norma que venha a ser absolutamente desconectada de uma realidade histórica que não mais comporta aquela interpretação, ou que não leve em conta o universo de variáveis que estão presentes empiricamente no caso. Entretanto, o oposto não pode ocorrer, que seria o intérprete responsável pela aplicação da norma ao caso concreto deixar de dar o seu correto direcionamento valorativo, oferecido pela Constituição, especialmente por seus princípios fundamentais.

De outro lado, a noção de sistema jurídico que tomo como base aqui, precisa ser sempre relevada, na dicção do que sustenta Savigny (1960, p. 118), no sentido de permanentemente lembrar a necessária concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito a uma grande unidade ordenadora das relações sociais.

Tal unidade sistêmica tem, por sua vez, à luz do que dispõe Robert Alexy (1997, p. 174), três níveis, que se constituem em: '*regras*', '*princípios*' e '*procedimentos*'; fundadas, pois, na idéia da razão prática do direito, passível de controle e constituição dialógica pelos atores atingidos ou envolvidos em qualquer relação intersubjetiva decisional sobre interesses e pretensões, privadas e públicas.

Hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y com

ello - dicho com outra terminología - de valores en el sistema jurídico. En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución [...] (ALEXY, 1997, p. 176).

Quando o sistema jurídico brasileiro fala do meio ambiente, o faz pela via de dispositivos de natureza principiológica e regratória, alguns inscritos no art.225, da Constituição Federal de 1988, bem como em outros comandos dispersos tanto na Carta Política como na legislação infraconstitucional, que orientam a interpretação e aplicação da legislação e também da política ambiental, entre os quais podemos destacar os seguintes: o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização, e o princípio da cooperação ou da participação (DERANI, 2002, p.164 e seg.). Estes princípios, só para dizer o mínimo, estão condensados, ao lado de outros, nas disposições normativas federais, estaduais e municipais brasileiras atinentes à espécie.

Decorre daqui a tese de que a política ambiental não prescinde apenas da atuação do poder público, mas de ações solidariamente responsáveis que envolvam tanto o Estado quanto a coletividade, pois:

[...] os administradores, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram passam a ocupar a posição de destinatários do dever poder de desenvolver comportamentos positivos, visando àqueles fins. Assim, o traço que distingue a função ambiental pública das demais funções estatais é a não exclusividade do seu exercício pelo Estado.(GRAU, 2004, p. 119).

De outro lado, qualquer política ambiental tem de levar em conta: 1) a adoção de medidas preventivo-antecipatórias em vez de medidas repressivo-mediadoras; 2) o controle da poluição na fonte, ou seja, na origem (especial e temporal); quanto à polícia do ambiente esta deve ser exercida no sentido de obrigar o poluidor a corrigir e recuperar o ambiente (CANOTILHO, 1993, p. 47).

Em face destes princípios é que a doutrina especializada brasileira tem se referido à importância de um outro princípio, o

da **precaução**, como um dos principais orientadores das políticas ambientais, além de ser elemento estruturante do direito ambiental. No Direito Positivo Brasileiro, o Princípio da Precaução tem seu fundamento na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), mais especificadamente no seu artigo 4º, I e IV, que expressa a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização dos recursos naturais, e também introduz a avaliação do impacto ambiental como requisito para a instalação da atividade industrial.

A Constituição Federal vigente, da mesma forma, incorporou o Princípio da Precaução em seu artigo 225, § 1º, V, ao asseverar 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 preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Tais perspectivas estão a impor ao Estado e à coletividade uma nova postura e comportamento em relação às questões ambientais, pois tais princípios exigem que sejam adotadas medidas ambientais que, num primeiro momento, obstem o início de uma atividade potencialmente e/ou lesiva ao meio ambiente, atuando também quando o dano ambiental já está concretizado, para que os efeitos danosos sejam minimizados ou cessados.

Assim, conforme Antunes (2001, p. 79), a precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo⁹.

Essa nova dimensão do direito ambiental com seus elementos normativos postos tem inaugurado ações administrativas e judiciais preventivas que não se limitam à eliminação dos efeitos lesivos ao meio ambiente, mas antecipam e previnem a ocorrência de uma atividade potencialmente danosa.

⁹ Da mesma forma MACHADO (2001, p. 57).

Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. (DERANI, 2002, p. 167).

A partir da idéia de precaução, consagra-se o critério da probabilidade na tomada de decisões que envolvam a questão ambiental, em detrimento do critério da certeza. Ou seja, enquanto que ao demandado incumbe o dever de demonstrar, efetivamente, que a atividade desenvolvida não é lesiva ao meio ambiente, exigindo-se, portanto, certeza absoluta da inofensividade de sua prática, ao demandante cabe demonstrar que há probabilidade da ocorrência do dano.

No manejo deste sistema jurídico, entretanto, importa ter presente alguns critérios de aplicação das normas (regras e princípios), por procedimentos racionais e controláveis, entre os quais quero destacar o da ponderação dos interesses envolvidos. Tem-se, então, na dicção de Suzana Toledo (2000, p. 172), que:

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.

É com base neste racionalismo objetivo que Canotilho (2002, p. 1174) assevera que “as idéias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*Balancing*), surgem em todo o lado onde haja

necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos”.

Aqui é que o enquadramento sistêmico-constitucional ganha fôlego na solução do caso concreto, mediado pela interpretação do operador do direito, para dar relevo à idéia de que,

no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. ... A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens. (CANOTILHO, 2002, p. 1179).

Em face destes elementos, posso agora passar à avaliação do caso concreto densificador da reflexão que foi apresentada até aqui, verificando se é possível, a partir destes elementos, efetivamente decidir com qualidade e maior precisão as demandas sociais desta natureza que se apresentam à jurisdição.

4 O ESTUDO DE CASO

O caso concreto que submeto à testificação dos argumentos construídos acima envolve Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público, nos autos da Ação Civil Pública proposta contra Município gaúcho e empresa nele estabelecido¹⁰, em face da decisão assim exarada:

Conforme já declarado na decisão de fl.196, mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça (fl.254), “a exigência legal de tratamento dos despejos domésticos parece ter sido cumprida (adoção do sistema de fossa séptica – decreto n.º. 23.430/74, art. 106) e ainda não há prova do descumprimento das condições previstas

¹⁰ No âmbito do Agravo de Instrumento nº70015155823, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de minha relatoria.

no art. 108 do mesmo diploma)”. O ônus da prova, portanto, incumbe ao autor. Digam o autor e a ré se têm interesse em produzir outras provas, em 05 dias. [...].

Nas suas razões, o agravante argumentou que a ação civil proposta visa a indenização e a obrigação de fazer relativa ao suposto impacto ambiental decorrente da venda das unidades condominiais e, segundo os elementos constantes nos autos da referida ação, o efluente doméstico proveniente do conjunto é depositado diretamente em Arroio que cruza a cidade e de onde se faz a captação para abastecimento da população.

Diga-se de pronto que o ora Agravante já havia postulado, quando da interposição da exordial, liminarmente: (a) a proibição de comercialização das unidades habitacionais, sem que os esgotos produzidos nas futuras construções fossem encaminhados ao tratamento adequado, (b) que a segunda agravada realizasse as suas expensas, o *recall* das unidades habitacionais no referido condomínio, (c) a fixação de multa de R\$1.000,00 (hum mil reais) por dia de atraso no prazo estabelecido para implementação do *recall* e multa de R\$10.000,00 (dez mil reais), por unidade habitacional comercializada, sem a adoção das providências anteriores.

Tais perquirições foram indeferidas na época e, interposto agravo de instrumento, a decisão foi mantida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que, diante da relevância e complexidade da demanda, se impunha a dilação probatória.

Em novo Agravo de Instrumento (objeto desta avaliação), sustentou o cabimento da inversão do ônus da prova, eis que o caso em debate se enquadra no que dispõe o art. 6º e art.12, e seguintes, do CDC, no que se refere à responsabilidade dos fatos danosos decorrentes dos produtos ou serviços, bem como nos termos do art. 17, do mesmo diploma legal, uma vez que, para o caso em questão, podem ser considerados como consumidores todas as vítimas de possível evento. Destacou que a inversão do ônus da prova deve ser adotada quando há verossimilhança ou hipossuficiência e, na espécie, a primeira restou demonstrada pelos

elementos já constantes nos autos, enquanto que a segunda restou configurada na medida em que, mantida a decisão atacada, não terá o agravante a possibilidade de arcar com os honorários periciais.

Requeru a concessão do efeito suspensivo para determinar a suspensão da instrução processual, a fim de que a instituição autora não restasse submetida a litigar e revelar sua estratégia de posicionamento em situação na qual não lhe foi garantida vantagem processual a que teria direito. No mérito, postulou o provimento do apelo para que fosse determinada a inversão do ônus da prova em face dos fatos a serem provados, a saber: a regularidade do sistema de recepção de esgoto de seu empreendimento imobiliário, bem como que o seu funcionamento não gera qualquer sorte de degradação ambiental.

O problema central, pois, diz respeito à adequação de sistema de esgoto cloacal de condomínio residencial em comarca do interior do Estado do Rio Grande do Sul, bem como a condenação dos agravados em indenizar os danos ambientais causados. Em face disto, a problemática que surge é em relação às condições e possibilidades de se constituírem os elementos probatórios necessários à verificação da existência ou não de perigo ambiental no empreendimento imobiliário vergastado, e quem deve produzi-la. Para o enfrentamento de tal questão, importa se fazer algumas considerações.

Registre-se que, desde o informe da Patrulhamento Ambiental (Patran) que trouxe à colação os primeiros informes do ocorrido, o que existe de concreto em termos de potencial lesividade ao meio ambiente é o despejo do esgoto sanitário proveniente de Condomínio Residencial junto ao nominado Arroio Duro, por meio de tubulação. O informe do Município de fl.109, por sua vez, dá conta de que este Condomínio possui rede de esgoto *servido por tratamento primário com fossa séptica*, sendo este o **tratamento usual da rede de esgotos públicos em todos os bairros da cidade**. Por outro lado, é o próprio Ministério Público que constatou, nos autos, que *de acordo com o projeto protocolizado na prefeitura, e que foi rigorosamente cumprido, cada apartamento é dotado de um fosse séptica que recebe toda água utilizada em sanitário, pias e outros. Essa fossa séptica se liga ao coletor público*.

Assim, até agora, não há sequer indício de qual o impacto ambiental que pode decorrer daquele despejo noticiado. Todavia, cumpre levar em conta que, consoante informações prestadas pela empresa envolvida e pela municipalidade, não contestadas pelo Ministério Público: (a) não são indicados que recursos hídricos estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, inexistindo projeção quantitativa do dano lá sinalizado; (b) no nominado Arroio Duro deságuam igualmente águas de outros Bairros da cidade; (c) a comunidade não possui rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal, sendo ela mista; (d) o receptor de águas para o fornecimento à comunidade não é atingido em face dos despejos sob comento, eis que o receptor dos recursos hídricos para tal desiderato encontra-se localizado em outro lugar, no alto da barragem do Arroio Duro, *vários quilômetros antes e acima da zona urbana*; (e) o referido arroio, *no trecho em que ocorre colocação dos dejetos, não está em seu estado natural. Há muitos anos, por interesse econômico e para controle das cheias, o Arroio teve seu curso alterado e foi integralmente canalizado. Na zona urbana o Arroio é um canal. Repita-se: com a abertura das comportas as águas ficam totalmente limpas*.

Esses fatos trazidos aos autos, melhor cotejados, impuseram um questionamento neural à solução da controvérsia do Agravo: (1) Em nome do princípio da precaução à proteção do meio ambiente ora envolvido, que tipo de elementos probatórios iniciais devem existir a viabilizar a sindicabilidade jurisdicional postulada pelo Ministério Público? (2) Como se podem alcançar níveis maiores de certeza da ameaça ao bem juridicamente tutelado? Passo a responder tais questionamentos.

(1) Os elementos necessários à ativação legítima da tutela jurisdicional do Estado no que tange à proteção de bem jurídico fundamental como o meio ambiente é aquele que dá indícios de sua lesão ou ameaça de lesão, consoante preleciona a própria Constituição Federal, nos seus art.5º, XXXVI, art.225, e seguintes, sendo cada caso concreto o responsável pela densificação material de tais possibilidades. De outro lado, este bem jurídico efetivamente se apresenta como relacionado diretamente ao que tem se chamado de interesse difuso ou coletivo, regulado, por exemplo, pelos termos

do art.90, do Código de Defesa do Consumidor, e pelo art.21, da Ação Civil Pública.

Inexistindo no sistema jurídico brasileiro, acertadamente, um rol identificador exaustivo daqueles interesses, eles podem ser compreendidos em face das naturezas indivisível e indisponível que possuem, figurando como seus titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (CDC art. 81, parágrafo único, I), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso.

Tais elementos e considerações fizeram com que o magistrado de primeiro grau acolhesse a pretensão de aferir as matérias ventiladas na ação civil pública, pois atendidas as configurações delineadas acima.

(2) Para o desenvolvimento regular do feito, no intento de alcançar níveis maiores de certeza sobre as ameaças ao meio ambiental sinalizadas, entendeu por bem o mesmo magistrado a não deferir a inversão do ônus da prova pretendida pelo *Parquet*, o que me parece, no caso, inadequado, a uma, pelos fatos trazidos ao processo por todas as partes, gerando dúvidas sobre, por exemplo: (a) quais os recursos hídricos que estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, considerando que existe o despejo de produtos poluentes no Arroio que abastece de águas a comunidade? (b) o que implica, no caso, a comunidade não possuir rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal? (c) afinal, o receptor de águas para o fornecimento à comunidade é ou não atingido em face dos despejos sob comento? (d) o fato de o Arroio Duro ter tido o seu curso alterado e ter sido canalizado, afasta a potencial lesividade ao meio ambiente envolvido?

A duas, porque é do interesse público, da mesma forma indisponível e indivisível, que sejam tais questões, e outras pertinentes à espécie, elucidadas no feito, o que só poderá se feito com elementos probatórios a serem produzidos na instrução. A responsabilidade para fazê-lo, em meu sentir, é dos sujeitos passivos da ação civil pública, até em face da preliminar caracterização de responsabilidade que possuem aqui.

Veja-se que na relação Estado e Sociedade deve-se garantir tanto a liberdade individual do cidadão quanto a integridade do meio ambiente, estabelecendo diretrizes e instrumentos que possibilitem a "apropriação" e a "transformação" da natureza com vistas à sua proteção e manutenção do equilíbrio ecológico (MIRRA, 1996). Nesta direção, já a Declaração do Rio de Janeiro adotou, em seu dispositivo nº 16, o Princípio do Poluidor-Pagador, ao afirmar que:

As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de quem contamina, deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais (ANTUNES, 2001, p. 31).

No Brasil, a Lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, também adotou o referido princípio, ao apontar como uma das finalidades da Política Nacional do Meio Ambiente a imposição ao usuário, da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos e da imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Além disso, o Princípio do Poluidor-Pagador fora recepcionado pela Constituição Federal no seu art. 225, parágrafo 3o, que prescreve: "As atividades e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

No plano internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da Recomendação C(72), 128, de 28 de maio de 1972, incorporou formalmente o Princípio do Poluidor-Pagador. Mais tarde, por força do Ato Único Europeu, os ordenamentos jurídicos de todos países da comunidade européia e também o Conselho da Europa aceitaram o Princípio do Poluidor-Pagador¹¹.

11 Conforme ARAGÃO (1997, p.27), o objetivo do princípio do poluidor pagador é fazer não apenas com que os custos das medidas de proteção do meio ambiente (as externalidades ambientais) – sejam suportados pelos agentes que as originaram, mas também que haja a correção e/ou eliminação das fontes potencialmente poluidoras. Resumidamente, o Princípio do Poluidor-Pagador tem três funções primordiais: a de prevenção, reparação e a de internalização e redistribuição dos custos ambientais.

Tendo este princípio um caráter econômico destacado, porque imputa ao poluidor os custos decorrentes da atividade poluente, para a otimização dos seus resultados positivos na proteção do meio ambiente é preciso que ele seja operado com bom senso econômico, jurídico e político, haja vista que implica custos às medidas de prevenção e controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos, e para evitar distorções ao comércio e aos investimentos internacionais. Quero dizer com isto que, na prática, os custos de controle da poluição que surgem devido à regulamentação ambiental devem ser suportados pelo poluidor e por todos aqueles que estão vinculados diretamente a ele, pois a sociedade não deve arcar diretamente e sózinha com as obrigações decorrentes da proteção do ambiente.

Para se aferir tais situações, o sistema jurídico brasileiro, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor em algumas situações como estas que analiso, em que se afigura difícil a este (meio ambiente e Sociedade) a prova do fato constitutivo do seu direito, o que lhe é exigido nos termos do art. 333, do CPC, criou a possibilidade da inversão do ônus da prova, notadamente quando presente a verossimilhança das alegações *sub judice*, deixando a critério do juiz exigir que o fornecedor prove o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito que lhe é oposto, mesmo sem que este tenha provado o fato constitutivo conseqüente de forma absoluta.¹²

É o próprio Código de Defesa do Consumidor que dispõe sobre a facilitação da defesa dos direitos de que estou tratando, inclusive com a inversão do ônus da prova, a favor do hipossuficiente, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Não se trata, pois, de inversão legal, pois não decorre de imposição ditada pela própria lei, mas, sim, fica submetida ao crivo judicial, cabendo ao magistrado, em face do caso, dizer se é caso de inversão, ou

¹² Vai neste sentido o texto de LISBOA (2001, p.95). Refere o autor que "prevalece no processo civil moderno o princípio geral da verdade formal, o que possibilita ao juiz o poder de proceder a inversão do ônus da prova pela mera constatação de que as alegações do autor possam ser verdadeiras, inclusive no que diz respeito à dificuldade de obtenção de informações técnicas sobre o produto e o serviço fornecidos".

não, do ônus da prova, uma vez analisada a ocorrência daqueles pressupostos (MORAES, 1998, p. 44)¹³.

Em face de tais considerações, e concordando com Moraes, parece claro que o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova é aquele que se dá por ocasião do saneamento do processo, quando, inexistente a conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos da lide, decidindo as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova (art. 331, § 2º, do CPC), ficando, dessa forma, cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar (MORAES, 1998, p. 53).

Esse é o momento em que se encontra este feito, demandando a sindicabilidade dos fatos denunciados pelo Ministério Público, o que se afigura imprescindível para o deslinde da ação principal, merecendo a determinação da inversão do ônus probatório postulado.

Por estas razões, julguei parcialmente procedente o Agravo de Instrumento, para os fins de determinar a inversão do ônus da prova no feito, incumbindo, de forma solidária, ao Município e à Construtora, a responsabilidade pelas provas necessárias à comprovação da regularidade do sistema de recepção do esgoto de seu empreendimento descrito na inicial, e de que ele não gera degradação ambiental comprometedora do meio ambiente.

¹³ Neste texto, o autor adverte também que "a inversão do ônus da prova, com a devida vênia, não deve ser decretada *ab initio*, quando o Juiz analisa a petição inicial, pois sequer houve manifestação do demandado, não se podendo precisar, inclusive, a dimensão da sua resposta, muito menos os pontos controvertidos. Assim, mostra-se prematura e indevida a decretação da inversão do ônus da prova nessa fase do procedimento".

5 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- _____. **Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente**. São Paulo: Coimbra, 1997.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BRENNAN, Gerard. **Judicial Ethics in Australia**. Sidney: LBS, 1997.
- CANOTILHO, J. Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. 9, 1993.
- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **La Garanzia Costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: Cedam, 1990.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonada, 2002.
- ELY, John Ely. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- FIX-ZAMÚDIO Héctor. Les garanties constitutionnelles des parties dans le proces civil en Amérique Latine. In : CAPPELLETTI, Mauro ; TALLON, Denis. **Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil**. Paris: Dalloz, 1973.

- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998.
- _____. Postscript to Between Facts and Norms. In: **New York University Law Journal**, E. 154. New York University Press, sep, 2004.
- _____. **Tanner Lectures on Human Values**. New York: New York University Press, 1986.
- LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. In: **Revistado do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v.1, n. 4. Porto Alegre: IHJ, 2006.
- _____. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. In: **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas - FUMEC**, v. 6, Belo Horizonte, 2003b.
- LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MACHADO, Paulo Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MIRANDA, Jorge. **Constituições de Diversos Países**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1979.
- MIRRA. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo, 1996.
- MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

In: **Revista AJURIS**, v.74. Porto Alegre: AJURIS, 1998.

PASCUAL, Carlo García. **Legitimidad Democrática y Poder Judicial**. Valencia: E. Alfons el Magnánin, 2001.

SAVIGNY, Fredrich Carl. **Sistema del Diritto Romano Attuale**. Turim: Daltricce, 1960.

SPIRO, Peter. **The Judiciary and Legislation: on the role and legitimacy of Constitutional Adjudication**. New York: Westview Press, 2005.

STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. As garantias constitucionais do processo civil. In: **Revista de Jurisprudência Brasileira – JB-**, vol.159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VERDROSS, Alfred. **La filosofía del derecho del mundo occidental**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.