

POLUIDOR E USUÁRIO: FIGURAS DISTINTAS QUE PODEM (DEVEM) ENSEJAR O CÚMULO OBJETIVO NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS

MARCELO ABELHA RODRIGUES

Professor da UFES
Mestre e Doutor pela PUC-SP
Juiz do T R E do ES
Advogado e consultor jurídico

1. Síntese deste ensaio¹

O presente ensaio tem por objetivo demonstrar que a situação jurídica de poluidor é diversa da de usuário do bem ambiental, e, como tal, isso deve se refletir nas ações civis públicas ambientais, de forma que além de pretensão voltada contra a degradação do ambiente, deve conter a pretensão de ressarcimento pelo *uso incomum* do bem ambiental.

2. O poluidor e o usuário do bem ambiental

Tenho observado que em sua maioria as ações civis públicas ambientais são propostas em face de poluidores, deles se exigindo, com o rigor da lei, as pretensões específicas e pecuniárias que são cabíveis. O grau de desenvolvimento das técnicas processuais de tutela jurídica do ambiente contra os poluidores tem evoluído bastante graças a uma especial contribuição do ministério público e da jurisprudência, com destaque, neste particular, para as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Neste particular, portanto, em relação ao controle da poluição e dos poluidores a equação jurídica acima está adequada. Mas, e a tutela jurídica ambiental contra o uso incomum dos bens ambientais?

Ao contrário da tutela jurídica ambiental contra o poluidor e a poluição, não se observa o exercício da tutela jurisdicional ambiental contra o uso incomum dos bens ambientais, embora tanto a Constituição Federal, quanto a legislação infraconstitucional deixem claro que são distintas as situações jurídicas subjetivas de *poluidor* e *usuário* e que ambas podem e devem receber tutela autônoma, ainda que cumuladas na mesma demanda coletiva.

Do texto do art. 225, somando o caput e seus parágrafos, extrai-se uma série de dispositivos que legitimam a tutela jurisdicional contra os poluidores, tal como todo o texto do §3º ou ainda o inciso V do §1º, entre outros. Entretanto, bem ali no caput do art. 225, emerge também o comando de que o equilíbrio ecológico é um bem jurídico que pertence a todos, indivisível e cujo regime jurídico é de *uso comum*. Quer dizer o texto constitucional que tanto o macrobem ambiental (equilíbrio ecológico) quanto os microbens ambientais (recursos ambientais) têm um regime jurídico de *uso comum*,

¹ Texto da palestra a ser proferida no 15º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental do Instituto O Direito por um Planeta Verde a realizar-se entre os dias 22 e 26 de maio de 2010.

portanto, uso vulgar, típico e normal decorrente do fato de que é um bem indivisível e essencial a vida de todos. Logo, não é um bem que possa ser excluído de quem quer que seja. O bem ambiental – macro e microbem – tem dono e destino previstos na constituição federal.

Também no texto da mais importante lei infraconstitucional ambiental – a política nacional do meio ambiente – deixa expressamente sedimentada a diferença de situações jurídicas subjetivas envolvendo o poluidor e o usuário, deixando ainda clarividente a responsabilidade de cada um desses personagens. Segundo o texto legal:

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Resta claro, portanto que *lege lata* existe diferença entre o *poluidor e o usuário* do bem ambiental, e, além disso que, cada uma desses personagens possuem responsabilidades distintas.

3. O poluidor usuário e o usuário poluidor

Quando olhamos o horizonte e temos o desprazer de assistir uma chaminé lançando particulados na atmosfera, normalmente ali enxergamos e associamos esta prática a uma degradação ambiental, qual seja, identificamos esta prática como uma prática poluente, porque tal atividade causa, direta ou indiretamente, alterações adversas da qualidade ambiental. Ao praticar esta conduta, ocorre o enquadramento perfeito do art. 2º, 3º, II, III e IV da Lei 6938/81, devendo incidir ainda o preceito do art. 14, §1º deste mesmo diploma. O mesmo se diga quando uma empresa lança nos rios seus efluentes que contaminam a fauna e flora icitológica. Igualmente, quando, num desastre ecológico um navio deixa vazar óleo no mar, entre tantos outros tristes exemplos. Mas há algo mais a ser visto em todos estes casos.

Em todas estas hipóteses, não há apenas a *poluição* praticada por um *poluidor*. É que além de poluir – degradar a qualidade do meio ambiente – ocorre o fenômeno de *uso incomum* do bem ambiental, que neste caso serve para despejo, privada e descarga dos poluentes.

O exemplo da empresa que lança particulado na atmosfera é emblemático, pois tem-se aí não só a presença do conceito de poluidor, mas também a de usuário (incomum) do ar atmosférico. A empresa está *utilizando* o ar atmosférico para despejar o seu poluente, portanto, usando-o de forma incompatível com o que o texto constitucional prevê como uso normal deste microbem ambiental.

Como bem diz o art. 225, caput da CF/88 o meio ambiente é um bem do povo, essencial à sadia qualidade de vida e, como tal, é constitucionalmente garantido o seu uso comum por todos os seus titulares. Assim, dentro desta perspectiva constitucional, há que se identificar o que seja *uso comum* dos bens (macro e micro) ambientais.

A noção de *uso comum* dos bens ambientais está intimamente atrelada à sua função ecológica, que por sua vez está teleologicamente vinculada à idéia de *essencialidade à sadia qualidade de vida*. Qualquer utilização dos bens ambientais que não seja *de uso comum do povo*, e que não esteja atrelada a essencialidade de proteção e abrigo de todas as formas de vida não é um uso típico, vulgar ou comum, e, como tal, não está garantido pelo art. 225, caput da CF/88. E, se assim é, ou seja, se existe um uso incomum, disso resulta que estaria havendo o *empréstimo* de um bem do povo para algum particular, para que este destine um papel para o bem ambiental que nem é o de uso comum do povo e tampouco de essencialidade à todas as formas de vida. Para nós seres humanos, o uso comum do ar atmosférico não é outro senão o de respirar e de permitir que nele produzam os processos ecológicos de manutenção de todas as formas de vida. Logo, se o particular utiliza o ar atmosférico para outros papéis que não sejam o de uso comum (do povo), então, definitivamente quebra-se a isonomia altruísta prevista constitucionalmente e cria-se um privilégio que não pode ser ignorado.

Assim, a plataforma de petróleo no mar, o navio que usa das águas para seu transporte, as antenas de TV e rádio que usam do ar para captação e transmissão de ondas, os aviões que usam o ar como meio de transporte, entre tantos e tantos outros exemplos, demonstram que o bem ambiental está sendo utilizado de forma incomum, privada e não destinados à preservação da vida. Esse uso não deve ter um custo? Porque este empréstimo é livre e gratuito?

Neste particular, destaca-se ainda o fato de que nem todo uso incomum é causador de degradação ambiental, ou seja, nem todo usuário pode ser enquadrado no conceito de poluidor, mas o inverso é inexorável.

Aquele que polui mediante atos comissivos é, regra geral, um usuário incomum do bem ambiental, porque dele se vale para poluir, ou seja, usa o bem ambiental como descarga e despejo da poluição que produz. Mas o inverso não é verdadeiro, já que é possível utilizar economicamente os bens ambientais, sem que isso represente alteração da qualidade adversa do meio ambiente.

4. O dever de contribuir economicamente pelo uso incomum do bem ambiental

O art. 225 caput da CF/88 prescreve que *impõe-se ao poder público e a coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações*. Na mesma esteira, diz o §1º do mesmo dispositivo que para assegurar a proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao poder público “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”. Seguindo a linha estabelecida, prescreve o art. 4º, VII da Política Nacional do Meio Ambiente, que é objetivo desta última a *imposição ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos*.

Há, portanto, texto legal que deixa claro e evidente que todas as vezes que um recurso ambiental² é utilizado para fins econômicos, qual seja, sem à essencialidade do

² Art. 3º, V da Lei 6938/81 diz que: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...) V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”.

direito à sadia qualidade de vida e sem que esse uso seja *comum a todos do povo*, deve ser imposta a usuário incomum a contribuição pela utilização dos recursos ambientais.

A equação é bem simples: qualquer empréstimo do bem ambiental que sirva ao uso econômico e incomum deve ter um custo a ser suportado pelo usuário. Se o uso desse bem causa ou não causa também poluição isso é irrelevante para fins da imposição do dever de contribuição pelo empréstimo. Aqui, a causa de pedir é o uso incomum para fins econômicos e tão somente. Se, por exemplo, uma empresa siderúrgica lança particulados na atmosfera degradando o meio ambiente, ela é, a um só tempo, uma poluidora e também uma usuária invulgar do bem ambiental (ar atmosférico), e, como tal deverá responder pelas duas situações jurídicas criadas. Se a atividade econômica que usa o bem ambiental não causa degradação, ainda assim responderá pela contribuição na condição de usuária do bem ambiental.

5. Técnica processual de imposição da contribuição pelo uso incomum do bem ambiental

A ação civil pública ambiental apresenta-se como técnica processual adequada à tutela jurisdicional que imponha ao usuário incomum do bem ambiental o dever de contribuição pelo uso econômico do referido bem. A legislação ambiental dá a entender que o uso econômico incomum do bem ambiental gera para este usuário uma contrapartida de ordem financeira (contribuição), e não propriamente de outra natureza. Não se descarta, todavia, que a referida contribuição possa se dar por intermédio de uma obrigação de fazer, mas a princípio, há um vínculo entre o aproveitamento econômico do bem ambiental e um pagamento pelo empréstimo do recurso ambiental.

É claro que haverá dificuldades para se saber quanto custa, por exemplo, a utilização econômica do ar atmosférico como local de despejo e descarga dos particulados ou para simples despejo de fumaça. Não há como se estabelecer um preço do bem ambiental senão por intermédio de parâmetros como *disponibilidade* do bem utilizado, importância econômica da sua utilização, benefício econômico da atividade, tempo de sua utilização, etc. Em nosso sentir esses são parâmetros que devem guiar a fixação de um preço a ser arbitrado pelo juiz ou pelo poder público pelo empréstimo do bem ambiental para fins econômicos.

É preciso dizer que a previsão do dever legal de *contribuir* pelo uso incomum do bem ambiental existe no nosso ordenamento desde a lei 6938/81 que fixa o conceito de meio ambiente, o conceito de recursos ambientais e o dever de contribuição pelo empréstimo desses recursos para fins econômicos. O fato de nunca se ter cobrado um valor pelo uso incomum do bem ambiental não impede que se faça atualmente essa cobrança, seja pelo caráter imprescritível do bem ambiental, seja porque não poderia haver o enriquecimento ilícito do usuário às custas de um empréstimo “gratuito” *contra legem* que seria suportado pela população. Há o direito de ressarcimento da população pelo prejuízo até então suportado³ e dinheiro deve ser destinado ao Fundo Federal para a Defesa dos Direitos Difusos a que alude o art. 13 da Lei de Ação Civil Pública.

³ *Mutatis mutandis* é o que se extrai da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário por atos de improbidade administrativa. Segundo o Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANCAMENTO DE INQUÉRITO CIVIL PARA APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVO - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - JUSTA CAUSA - PRESCRIÇÃO. 1. Somente em situações excepcionais, quando

Além da questão relativa aos valores pretéritos, devidos desde o advento da lei 6.938/81, há ainda que se falar como a utilização dos bens ambientais é normalmente feita em caráter contínuo (por exemplo, todos os dias a siderúrgica lança particulados na atmosfera), nada impede que seja negado o direito à licença ambiental pela não quitação do empréstimo do bem ambiental. Registre-se que o dever de contribuir pelo uso incomum dos bens ambientais é um fato impeditivo da obtenção da licença ambiental, pois, como se sabe, é o princípio do poluidor/usuário pagador que norteia a realização do licenciamento ambiental.

Atente-se ainda para o fato de que para aqueles poluidores que eventualmente tenham sido condenados judicialmente, torna-se ainda mais fácil a obtenção da tutela de ressarcimento pelo uso incomum e econômico do bem ambiental, já que a prática comissiva da poluição pressupõe, regra geral, o uso do recurso ambiental como descarga ou local de despejo da degradação. Para tais situações, deve-se admitir a liquidação dos danos referentes ao ressarcimento, a partir da condenação imposta ao poluidor.

comprovada, de plano, atipicidade de conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, é possível o trancamento de inquérito civil. 2. Apuração de fatos típicos (artigo 9º da Lei nº 8.429/92), com indícios suficientes de autoria desmentem a alegação de inviabilidade da ação de improbidade. 3. Denúncia anônima pode ser investigada, para comprovarem-se fatos ilícitos, na defesa do interesse público. 4. A ação civil de ressarcimento por ato de improbidade é imprescritível, inexistindo ainda ação contra o impetrante. 5. Recurso ordinário desprovido. (RMS 30.510/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 10/02/2010)