

CONSENSUALIDADE AMBIENTAL ENTRE ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O PRISMA DA EFICIÊNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA

Environmental consensuality between Public Administration agencies under the prism of legal and economic efficiency

Daniel da Silva Lima¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Consensualidade na Administração Pública: conflito e meios consensuais de resolução. 2. Bem ambiental e infrações ambientais. 3. Eficiência jurídica e econômica das sanções ambientais e possibilidade de substituição por métodos adequados de solução de conflitos. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar os benefícios da utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos, em substituição à aplicação da penalidade de multa administrativa, quando o infrator for um ente público, a partir das ideias e conceitos de eficiência, sob o prisma jurídico e econômico. Esta pesquisa utilizou-se do método dedutivo, pelo qual traçou os aspectos gerais da consensualidade, seguiu com a aplicação sob a Administração Pública, passou para o aspecto específico referente ao Meio Ambiente, para verificar que sobre o aspecto da eficiência jurídica e econômica existe viabilidade na utilização dos referidos métodos. Assim, utilizou-se de pesquisas bibliográficas e legislativa, como técnica, e a análise de um caso prático envolvendo o Município de Itapecerica da Serra/SP. Ao final, concluiu-se que é possível a aplicação de métodos adequados na resolução de conflitos ambientais, quando envolverem dois entes federativos, com o intuito de alcançar maior eficiência, especialmente partindo-se da eficiência apresentada por Kaldor-Hicks e, lembrando que é possível transacionar, e que o meio mais adequado é a negociação e a conciliação, desde que não se abra mão do direito material. Espera-se que esta pesquisa estimule os demais órgãos ambientais a realizarem composição com outros entes federativos, para que esta possibilidade deixe de ser mera teoria e passe a ser uma realidade.

Palavras-chave: Meio ambiente. Consensualidade. Entes públicos. Eficiência. Kaldor-Hicks.

ABSTRACT

This paper aims to verify the benefits of the use of consensual methods of conflict resolution, replacing the application of the penalty of administrative fine, when the offender is a public entity, from the ideas and concepts of efficiency, from the legal perspective and economical. This research used the deductive method, which traced the general aspects of consensus, followed with the application under the Public Administration, went to the specific aspect related to the Environment, to verify that on the aspect of legal and economic efficiency there is viability using these methods. Thus, we used bibliographic and legislative research, as a technique, and the analysis of a practical case involving the Municipality of Itapecerica da Serra/SP. In the end, it was concluded that it is possible to apply appropriate methods in the resolution of environmental conflicts, when involving two federative entities, in order to achieve

¹ Especialista ambiental, atuando na Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente do Governo do Estado de São Paulo. Foi corregedor da Corregedoria-Geral da Administração do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

greater efficiency, especially based on the efficiency presented by Kaldor-Hicks, remembering that it is possible to transact, and that the most appropriate means is negotiation and conciliation, as long as the right to materiality is not waived. It is hoped that this research will stimulate other environmental agencies to make composition with other federative entities, so that this possibility is no longer mere theory and becomes a reality.

Keywords: Environment. Consensuality. Public entities. Efficiency. Kaldor-Hicks.

INTRODUÇÃO

A proteção ambiental é um tema que, no decorrer dos anos, vem ganhando grandes contornos, tornando-se centro de inúmeros debates, principalmente pelas notícias, nada esperançasas, que cada vez mais vêm insinuando o fim próximo dos recursos ambientais para as futuras gerações, caso não haja mudança de mentalidade dos seres humanos.

Atrelada a essa visão, percorre a ideia de que os entes públicos, responsáveis diretamente pelas políticas públicas ambientais, devem cada vez mais perseguir a eficiência, a fim de atingir o interesse da coletividade. Aqui destacando-se tanto a eficiência do ponto de vista jurídico, como também econômico, principalmente diante dos avanços dos estudos interdisciplinares em Direito e Economia.

Dessa forma, o presente trabalho afirma a possibilidade da utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos, do ponto de vista da eficiência jurídica e econômica, para os casos de ocorrência de infrações ambientais cometidas por órgãos da própria administração pública em todas as suas esferas, em substituição à aplicação da pena de multa. Especialmente por conta da autorização legislativa e pelos resultados possíveis de serem praticados utilizando o método Kaldor-Hicks.

Melhor dizendo, a consensualidade na área ambiental é desejável, além de possível, e os critérios de eficiência jurídica e econômica são aplicáveis para fundamentar a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos na cealuma ambiental.

Importa dizer que não é intenção deste artigo se aprofundar no estudo dos objetivos e da eficiência na aplicação da pena em sentido amplo, como dizer se ela cumpre sua função primordial de ressocialização ou não. Em razão disso, não nos deteremos nessa questão.

Busca-se aqui apresentar de que forma é possível conciliar o interesse público com a proteção do meio ambiente, a partir da presunção de que há uma necessidade atual de se utilizar de meios consensuais.

É preciso repensar a imposição de penalidades como única saída para diminuir os casos de danos por infração ambiental, especialmente quando se trata de casos praticados por outro ente federativo, que possa, ao final, trazer prejuízos aos

municipes de determinadas áreas ou a toda a população de uma federação, atingindo, assim, o interesse público.

1. CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONFLITO E MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO

Pantoja e Almeida² afirmam que nem sempre ao Estado coube o papel de pacificação de conflitos. Ao contrário, nas sociedades primitivas prevaleciam os métodos informais e rudimentares, que iam desde a utilização da força física, que são chamados de *autotutela*, passando por acordos entre litigantes, com sacrifício total ou parcial de interesses, que denominam *autocomposição*, até chegar à possibilidade de eleição de terceiros de mútua confiança para julgamento do feito, sendo esses geralmente sacerdotes ou anciãos, a que chamam de *heterocomposição* ou *arbitragem*.

Somente com o surgimento da figura do Estado e conseqüentemente com a divisão dos poderes, é que o Estado passa a assumir de fato esta atribuição de trazer paz aos entraves, difundindo a heterocomposição, e isso se daria por meio da jurisdição.

Pantoja e Almeida³ nos recordam que, mesmo havendo uma monopolização do processo e da jurisdição pelo Estado, o mesmo nunca deixou de realizar a autocomposição de maneira residual nem aceitar a autotutela de maneira excepcional.

Contudo, com o passar do tempo, mesmo em algumas situações, o Judiciário, aceitando a possibilidade de autocomposição e autotutela, o volume de demandas a ele submetido, denotou a sua incapacidade de solução satisfatória para tudo que lhe era levado à apreciação, gerando, nas palavras de Merçon-Vargas⁴, um esforço da doutrina processual no abandono do “fetichismo” da jurisdição estatal e a expansão de um movimento mundial de acesso à Justiça, utilizando-se de métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

Seguindo esta visão de explosão da litigiosidade, e voltando para o Brasil, Eidt⁵ adverte que a mesma teve seu ápice com a promulgação da Constituição de

² PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. Os Métodos “Alternativos” de Solução de Conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, Tania (et. al.) (coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 55.

³ *Ibidem*, p. 55.

⁴ MERÇON-VARGAS, Sarah. Meios Alternativos na Resolução de Conflitos de Interesses Transindividuais. Dissertação. Direito Processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 3.

⁵ EIDT, Elisa Berton. Os Institutos da Mediação e da Conciliação e a Possibilidade de sua Aplicação no Âmbito da Administração Pública. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Vol. 36, n. 75, jan./jun. 2015, p. 55-74. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101691> >. Acesso em: 18 abr. 2018, p. 56.

1988, que trouxe consigo uma extensa relação de direitos e garantias, que não foi acompanhada pelo aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Foi esse cenário que fez surgir, ou melhor, ressurgir, os meios alternativos de resolução de conflito, que a doutrina americana optou por chamar de “Alternative Dispute Resolution”, ou simplesmente ADRs.

O conceito apresentado por Pantoja e Almeida⁶ é de procedimentos em que não ocorreria a intervenção do juiz, para imposição às partes de uma decisão, sendo pautados, a princípio, na celeridade, informalidade, economia e busca de soluções criativas.

Dentro desse conceito, apresentam-se com maior destaque dois métodos, quais sejam, os consensuais de solução de conflitos e os adjudicatórios. Nos primeiros a atuação das partes conflitantes na busca de resolução desses conflitos é essencial, como nas mediações e conciliações; e, nos segundos, se delega a um terceiro, denominado geralmente árbitro, a resolução do feito, tendo as partes uma atuação de menor destaque.

Aqui analisaremos apenas os métodos consensuais de resolução de conflito, não se verificando os métodos adjudicatórios, posto que a análise aqui feita tem por referencial as partes envolvidas.

Valioso dizer, quanto à nomenclatura, que Pantoja e Almeida⁷ optam pelo termo “adequado”, em substituição ao “alternativos”, tendo em conta que isso não se trata de uma via alternativa ou oposta à jurisdição, mas sim complementar, passando a entender que cada tipo de conflito possui um método mais apropriado em função de sua natureza e das peculiaridades do caso concreto.

Na verdade, esses métodos completam as hipóteses de solução de conflito, nas quais também se inclui o Poder Judiciário. Isso, inclusive, para não se ofender a garantia de inafastabilidade da demanda ao Poder Judiciário, assegurada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Nessa esteira, é de se mencionar, segundo Pantoja e Almeida⁸, que não há hierarquia ou prevalência na adoção dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Mais do que apenas um conjunto de técnicas, para Didier Jr.⁹ o estímulo à utilização da autocomposição é um princípio, que obviamente deve ser aplicado nos casos em que haja possibilidade. O que leva o autor a acrescentar que se trata de um princípio que orienta a atividade estatal de solução de conflitos.

⁶ PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 58.

⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁸ *Ibidem*, p. 61.

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 274.

O surgimento desses meios adequados, nas palavras de Merçon-Vargas¹⁰, identifica-se com a observação e criação de alternativas para superar os obstáculos trazidos ao acesso à justiça, buscando-se adaptar o processo civil para atender aos mais diversos tipos de demandas que foram surgindo.

Vale destacar que, principalmente pelo seu uso imoderado, a adoção desses meios não é consenso na doutrina, que apresenta inúmeras críticas, sendo que algumas delas destacamos abaixo.

A primeira é que a prática genérica, de forma institucionalizada, poderia causar a usurpação da função fundamental dos tribunais no sistema constitucionalizado, que se consubstancia na necessidade de dar significado e garantir a implementação dos valores constitucionais, e não simplesmente de solução de controvérsias¹¹.

Na sequência, preocupa-se com a dificuldade em garantir isonomia entre as partes na hora de negociar, aponta-se que nem sempre o que é mais aceitável é melhor para os negociantes, que pode não trazer nenhuma vinculação aos contratos, pode não causar fim ao litígio, além de não ter força vinculativa como as sentenças¹².

Por outro lado, Pantoja e Almeida¹³ apontam que o principal argumento para a aceitação é a retomada da utilização do princípio da fraternidade pelo direito moderno, além de ressurgirem como instrumento de participação cidadã na gestão política e social, garantindo a implementação da Democracia Participativa como exercício da cidadania e da concretização democrática.

Tratando desta questão da Democracia Participativa, Sales¹⁴ afirma que essa contribuição ocorre porque esse instrumento tem como requisitos fundamentais a participação ativa das pessoas na construção das alternativas e a escolha da melhor solução do conflito.

Didier Jr.¹⁵ corrobora, dizendo que as partes passam a assumir o papel de protagonistas na construção de uma decisão que regula as suas relações, demonstrando a intenção de ser um exercício do poder pelo povo, evidenciando o seu caráter democrático.

Como outros argumentos favoráveis, tem-se destacado que com esses instrumentos há a garantia de melhor distribuição da justiça, de forma mais simples, rápida e eficaz, afinal de contas é o único meio de liquidação da litigiosidade remanescente,

¹⁰ MERÇON-VARGAS, 2012, p. 14-15.

¹¹ PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 60.

¹² *Ibidem*, p. 60.

¹³ *Ibidem*, p. 61-62.

¹⁴ SALES, 2009, p. 87 *apud* EIDT, 2015, p. 61.

¹⁵ DIDIER JR., 2015, p. 273.

previnem a solução de novos conflitos e dão autonomia às partes para decidirem conforme a vontade consensual¹⁶.

Eidt¹⁷ nos recorda que o comportamento adversarial cede espaço para o diálogo e o consenso, dando maior autonomia às partes, o que vai de encontro ao processo judicial, que polariza as partes em quem ganha e quem perde, trazendo poucas garantias de que haverá eficácia na reparação da lesão, o que não ocorre com os métodos consensuais, posto que facilitam a aceitação daquilo que restou decidido, justamente porque não houve imposição e, sim, uma construção conjunta.

Importa dizer que esses métodos consensuais de resolução de conflitos não têm aplicação meramente judicial. Como bem nos recorda Didier Jr.¹⁸, até mesmo no âmbito do Poder Executivo essa prática é estimulada, e isso fica evidente com a criação das câmaras administrativas de conciliação.

São inúmeros os métodos de solução adequada dos conflitos que poderiam ser utilizados tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, entre os quais destacamos a negociação, a mediação e a conciliação.

Ab initio, apontamos a negociação, que se trata de técnica de resolução de conflitos, por meio da qual as partes litigantes, diretamente ou por meio de seus advogados, sem intervenção de terceiros, em regra, tentam alcançar uma autocomposição¹⁹.

Diferença basilar em relação às demais é a possibilidade de resultar em uma autocomposição unilateral ou bilateral, em caso de êxito, ou na utilização de outras técnicas em razão da impossibilidade, não excluindo a situação de se desenvolver, também, de forma concomitante; ao contrário, é natural que haja continuidade da negociação mesmo que haja a instauração do processo judicial ou arbitral²⁰.

Um passo a seguir é analisar a mediação, que se trata de uma técnica de resolução de conflitos, por meio da qual um terceiro neutro, sem atribuições para decidir imperativamente a lide, auxilia as partes a alcançar uma resolução consensual sobre seu conflito²¹. Em decorrência disso, deve haver o consentimento de todas as partes que participem do processo.

Isso garante que essa seja uma forma de composição de conflitos da lide sociológica e não apenas da lide jurídica, a que se limita a solução adjudicada²².

O mediador terá um papel essencial de restaurar o diálogo entre as partes, não podendo haver imposição de decisões nem expressão de opiniões sobre o

¹⁶ PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 66-67.

¹⁷ EIDT, 2015, p. 61-62.

¹⁸ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 274.

¹⁹ MERÇON-VARGAS, 2012, p. 42.

²⁰ *Ibidem*, p. 42-43.

²¹ *Ibidem*, p. 43.

²² CALMON, 2007, p. 126 *apud Ibidem*, p. 46.

resultado do pleito e, por conta disso, é considerado como um facilitador da comunicação entre os envolvidos. Isso faz com que os próprios mediandos construam uma solução consensual da demanda, sendo eles mesmos responsáveis por essa solução²³.

Merçon-Vargas²⁴ assevera que a mediação é indicada especialmente para resolução de conflitos em que as pessoas mantenham relações interpessoais duradouras, sendo, todavia, desaconselhada para as situações em que há desequilíbrio entre elas. O próprio Código de Processo Civil, no § 3º do art. 165, já alerta esta condição, da necessidade de haver um vínculo anterior entre as partes.

Por fim, devemos apontar a conciliação, que é uma das técnicas de resolução de controvérsias, que consiste na ação em que um terceiro auxilia as partes em conflito a alcançar uma solução autocompositiva²⁵.

Fica claro que, como técnica de autocomposição, é uma atividade de terceira pessoa, e não de um acordo, como comumente o termo é aplicado. Até mesmo porque ele poderá ser processual ou pré-processual.

Merçon-Vargas²⁶ acredita tratar-se de uma atividade menos complexa do que a mediação, posto que sua função não seja a restauração de uma comunicação anteriormente perdida, mas sim voltar-se diretamente ao conflito.

Valioso destacar que sua aplicação é recomendada para as hipóteses em que não haja um vínculo anterior entre os envolvidos²⁷, o que lhe faz diferente da técnica mediadora, como já apresentado.

Importa dizer que o conciliador terá um papel mais ativo, pois, diferente da mediação, ele poderá incentivar as partes a resolver consensualmente a demanda, sendo possível, inclusive, que seja apresentada a sua opinião sobre qual solução será a mais justa, além de poder opinar por termos de acordo que não foram cogitados pelas partes.

Didier Jr.²⁸ nos recorda que não é papel do conciliador, assim como não é do mediador, resolver o conflito, pois, senão, estaria diante de uma forma de heterocomposição, como a arbitragem, que não é o caso.

Do ponto de vista da Administração Pública, Palma²⁹ adverte que há uma dificuldade na delimitação de um conceito sobre o tema, que repousa na sua gênese, a

²³ CALMON, 2007, p. 126 *apud Ibidem*, p. 44.

²⁴ *Ibidem*, p. 45.

²⁵ *Ibidem*, p. 47.

²⁶ *Ibidem*, p. 47.

²⁷ DIDIER JR., 2015, p. 276.

²⁸ *Ibidem*, p. 275.

²⁹ Palma; Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coleção Masc. Vol. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 146-147.

partir dos instrumentos consensuais criados, e tanto a quantidade desses instrumentos quanto a sua uniformidade não são uníssonas na doutrina brasileira. Ademais, as leis gerais que tratam de processo administrativo, também não trazem a previsão do tema, apesar de fazer alusão à participação administrativa.

Assim, a autora afirma poder existir quatro visões sobre o tema, nos sentidos amplíssimo, amplo, estrito e restritíssimo. No primeiro caso, deve-se considerar qualquer forma de ingerência privada na Administração Pública, mesmo que não haja vinculação, por isso está inserida, inclusive, a participação popular. No segundo, encontra-se a ideia de qualquer tipo de acordo envolvendo o Estado, mas com natureza vinculativa. Esse se difere do sentido estrito, pois nesse caso o acordo deve ocorrer apenas no âmbito administrativo. Por fim, a restritíssima corresponde a uma concentração administrativa sob a negociação da prerrogativa imperativa que o Estado detém de impor suas decisões, ou seja, uma negociação entre a administração e o destinatário da decisão final³⁰.

Importa aqui dizer que, no conceito de consensualidade, as suas diferenças irão ocorrer com a diminuição das possíveis partes envolvidas. Somente a partir do conceito restrito que no polo ativo pode haver a Administração Pública. Em referência ao polo passivo, somente na primeira hipótese cabem todos, inclusive a participação popular; nos demais casos, essas pessoas vão sendo retiradas, até chegar ao destinatário final do acordo.

Assim, independentemente do sentido que se queira, a consensualidade poderá ocorrer entre o Poder Público e o particular, ou entre órgãos do Poder Público, bastando haver algum tema em que seja necessário haver o consenso.

Moreira Neto³¹ (2003, p. 132) já afirmou que a coerção é imprescindível para a existência das sociedades, mas ela não é suficiente, deve estar atrelada à desconfiança e somente assim gerar o consenso.

Desse modo, a consensualidade é um acordo firmado entre partes com o intuito de encerrar a desconfiança existente entre elas, e completar a existência social, que não pode haver apenas com a coerção. Quando envolver o Poder Público, guardiã da imperatividade, por sua natureza, esses acordos serão tidos como consensualidade com a Administração Pública.

Entretanto, quando se pauta na questão da possibilidade real de a Administração se utilizar desses métodos, surge um entendimento discordante, que reside principalmente neste ponto, no poder de imperatividade da ação administrativa.

³⁰ Palma; Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coleção Masc. Vol. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 148-160.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 231, jan./mar. 2003, p. 132.

Os argumentos daqueles que discordam da possibilidade de consensualidade da Administração Pública, repousam principalmente nos princípios da legalidade, da isonomia e da publicidade, bem como da supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público.

No que se refere ao argumento do princípio da legalidade, a ideia apresentada é que: “(...) o ordenamento jurídico não deixa nenhum espaço para a negociação no momento de aplicação da lei ao caso concreto”³². Todavia, equivoca-se quem assim pensa, pois, as legislações podem ter diversas interpretações, tendo, inclusive, segundo Souza³³, a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, o que pode gerar colisão de políticas públicas.

É no caso dessas colisões que deve existir a ponderação de interesses, pela qual deve a Administração, considerando alguns argumentos, inclusive de natureza econômica, resolver o conflito.

Logo, sendo assim, é necessário que todos os acordos sejam devidamente fundamentados, de forma fática e jurídica, com o intuito de deixar claro por que se optou por firmar tal negociação³⁴.

Outra preocupação é tornar o acordo um precedente administrativo, conforme leciona Souza³⁵. Isso porque, se o acordo for firmado com um indivíduo, ou um órgão pertencente a alguma estrutura administrativa, poderá ser adotado com outros, que se encontrem na mesma situação, a fim de resguardar o princípio da isonomia. Por isso, a necessidade de realizar um levantamento para saber se versa sobre um conflito único ou repetitivo. Contudo, isso não impede nem mesmo torna impossível a realização da transação, podendo, inclusive, se reduzir o número de disputas, aumentando a eficiência administrativa, como se verá a seguir.

O terceiro princípio constitucional, em que há preocupação de violação, é o princípio da publicidade. De acordo com Souza³⁶, quando se analisa a doutrina que trata da resolução consensual de conflitos, muito se levanta a ideia de que deve haver confidencialidade desses acordos, com o intuito de que as partes fiquem à vontade para negociar. Na esfera pública, entretanto, o que vige é o princípio da publicidade.

A preocupação, como nos alerta Palma³⁷, era de que a confidencialidade pudesse ser utilizada para fins espúrios, como conluio ou beneficiamento de particulares.

³² SOUZA; Luciene Moessa. Resoluções de Conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coleção Masc. Vol. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 196.

³³ *Ibidem*, p. 196.

³⁴ *Ibidem*, p. 196.

³⁵ SOUZA, 2014, p. 197.

³⁶ *Ibidem*, p. 197.

³⁷ PALMA, 2014, p. 160.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que, entre outras coisas, versa sobre autocomposição de conflitos na esfera pública, no art. 2º, VII, bem como nos arts. 30 e 31, garante como regra a confidencialidade. Em contraponto, o art. 37 da Carta Magna garante a publicidade e a Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I, afirma que a publicidade é regra e o sigilo a exceção, o que garante que a publicidade também pode ser relativizada. Dessa forma, de maneira geral, a publicidade será a regra, mas, em algumas hipóteses, haverá exceção, como nos casos de sigilo comercial, industrial e bancário, por exemplo.

Sobre a supremacia do interesse público, Palma³⁸ afirma que aqueles que eram contrários entendiam que a Administração era apenas a mandatária de um interesse que não lhe pertencia, mas sim a toda a coletividade. Todavia, como o próprio nome já diz, estará se tratando de um interesse que é público e, se é assim, a celebração de acordos pode ser a própria materialização desses interesses, considerando todos os efeitos positivos que podem trazer.

Sobre os mesmos argumentos, deve-se aceitar que a transação não afeta a indisponibilidade do interesse público. Acrescente-se: o interesse público é o resultado da soma de diversos interesses, que podem ser articulados na fase de composição. Ademais, havendo previsão expressa da celebração do acordo, entraremos no âmbito da discricionariedade administrativa³⁹.

O que não pode haver é previsão expressa contrária à utilização da consensualidade, como ocorre na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)⁴⁰.

Questão a ser suscitada nesse tema refere-se à distinção de interesse público primário e secundário. Alguns acreditam que somente se deve aceitar a consensualidade nos interesses secundários, que dizem respeito a questões patrimoniais, como assegura Souza⁴¹, e outros acreditam que não há essa distinção pois inexistem critérios objetivos que tragam uma distinção segura, passível de resultar nessa classificação de interesses, como aponta Palma⁴². Preferimos o segundo entendimento, pois, como já dissemos, quem irá dizer se um interesse público é maior do que o outro é o caso concreto.

De acordo com o relatado no momento em que tratamos do princípio da legalidade, podem haver previsões legais que vão ao encontro e outras em sentido contrário a uma política pública e, se entendemos que a consensualidade deve ser uma política pública, para ela a verdade se confirma.

De forma favorável, alguns princípios constitucionais devem ser observados, como o do acesso à justiça, que desemboca na razoável duração do processo judicial

³⁸ PALMA, 2014, p. 161-162.

³⁹ *Ibidem*, p. 163-164.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 165.

⁴¹ SOUZA, 2014, p. 199.

⁴² PALMA, *op. cit.*, p. 164.

e administrativo, o da eficiência, que busca trazer a melhor relação custo-benefício, ou seja, menores custos, menos tempo, menos desgastes para a relação das partes, e o princípio democrático, em que o Estado não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas sim que busque dialogar com os particulares, e também firmar um diálogo entre seus próprios órgãos, para encontrar as respostas mais adequadas para os problemas e atinja, assim, o interesse público⁴³.

Desse modo, é possível falar em utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública, especialmente se dermos a essa utilização um olhar de Direito & Economia, como veremos à frente.

Finalizando esse tópico, como dito anteriormente, a utilização dos meios adequados de solução de conflitos não se restringe apenas à órbita judicial, ao contrário, o próprio CPC, em seu art. 174, estabelece hipóteses exemplificativas de situações que podem ser submetidas às Câmaras Administrativas de Conciliação e Mediação.

Entre as hipóteses de conflitos passíveis de submissão encontram-se regradados os conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, a admissibilidade da adoção de resolução de conflitos que envolvam esses órgãos por meio da conciliação e a promoção da celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, quando couber.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, do art. 32 ao art. 34, tratou dos processos de autocomposição de conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público, apresentando as mesmas hipóteses exemplificativas do Código de Processo Civil. Ainda, afirma que as transações formaram títulos executivos extrajudiciais.

Importa dizer, que o § 4º, do art. 32, da mencionada lei, excluiu das câmaras administrativas as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Judiciário.

Como veremos a seguir, os bens a que se pretende aplicar os institutos consensuais podem precisar de autorização legislativa para efetivação, e não do judiciário; logo, pode-se submeter os acordos à Câmara Administrativa de Conciliação e Mediação e mesmo se formar um título executivo extrajudicial, devendo nesse caso ser submetido à homologação judicial após a oitiva do Ministério Público.

2. BEM AMBIENTAL E INFRAÇÕES AMBIENTAIS

No aspecto jurídico, pode-se denotar, segundo o art. 3º, I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, posteriormente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que meio ambiente é “(...) o conjunto de condições, leis, influências e

⁴³ SOUZA, *op. cit.*, p. 191.

interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”⁴⁴.

O que importa verificar é se o meio ambiente é um bem passível de tutela na esfera jurídica, ou seja, é um bem jurídico.

Em uma concepção hodierna, Gagliano e Pamplona⁴⁵ entendem por bem jurídico toda a utilidade física ou ideal que seja objeto de um direito subjetivo.

Fiorillo e Conte⁴⁶ atentam que os bens são valores que devem ser preservados para a manutenção da convivência harmônica e pacífica entre os homens em uma dada sociedade, por conta disso estão atrelados à visão de utilidade, como afirmado anteriormente. Logo, é o Estado que, identificando a relevância de um valor ou de um objeto e opta pela tutela jurídica do mesmo, como um bem, os transforma em jurídicos.

Como se pondera, no conteúdo do bem deve ser observada a sua utilidade, e mais, a necessária vinculação a um direito subjetivo. Reconhecendo essa importância, bem como esse entrelace, o Estado passa a tutelá-lo, dando a devida proteção e garantias.

Ora, o ambiente, como mencionado, está ligado a tudo que envolve a vida, logo, se a vida é o bem imediatamente tutelado, aqueles que estejam ligados a ela deverão ser tutelados pelos direitos.

No âmbito da relevância de um bem para a tutela do Direito, dois pontos merecem análise. Primeiro, se ele é fruto de uma necessidade trazida historicamente e, depois, se para os bens que se quer tutelar há uma previsão constitucional.

Em uma perspectiva histórica, Fazolli⁴⁷ afirma que por anos prevaleceu o entendimento de que os elementos ambientais eram inesgotáveis, pois partiam da falsa premissa de que os recursos eram renováveis e existentes em grande escala na natureza. Somente quando os seres humanos percebem que esses recursos podem se esgotar, passam a dar uma proteção mais acentuada, mesmo que não diretamente, ao meio ambiente, porém, mais direcionada aos elementos que o circundam.

Nesse processo de conscientização destacam-se os novos rumos de constitucionalização da proteção ambiental, como assevera Benjamin⁴⁸ quando afirma que

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm >. Acesso em 12 de março de 2018.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 256.

⁴⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Direito Ambiental Criminal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

⁴⁷ FAZOLLI, Silvio Alexandre. *Bem Jurídico Ambiental: por uma tutela coletiva diferenciada*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 19.

⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79.

o que chamou de crise ambiental, que teve novos contornos após a Segunda Guerra, libertou forças irresistíveis cujas correntes levaram à “ecologização” das Constituições, especialmente a partir de meados da década de 1970, quando essas Cartas começaram a considerar o ambiente como um valor que merecia tutela maior.

Como bem se observa, o meio ambiente, antes considerado inesgotável, portanto, sem carência de nenhuma tutela, passa a receber valor estremado, chegando ao seu ápice protetivo com a devida constitucionalização, em que é elevado à condição de bem jurídico, ou melhor, de bem jurídico constitucional.

Fazer essa constatação é ir mais além é perceber que o meio ambiente ganha o status devido de bem jurídico, cuja tutela tem finalidades específicas que foram apontadas na própria Carta Magna.

No Brasil, esses ditames são apresentados, no âmbito constitucional, no Capítulo VI, do Título VIII, art. 225.

Aqui se pode tecer algumas conclusões preliminares. O ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações que envolvem a vida é um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico desde a Constituição Federal, e essa proteção se dá com o intuito de que os seres vivam bem e com saúde.

Diante de todas as considerações, o meio ambiente se enquadra na concepção de bem jurídico metaindividual, é dizer, nas palavras de Fiorillo⁴⁹, aquelas espécies de bem que ultrapassam os indivíduos, transcendendo aos limites de direito e obrigação de cunho individual.

Mazzilli⁵⁰ acrescenta que os titulares desse direito não possuem vínculos jurídicos ou fáticos muito precisos, podendo se afirmar que se trata de um grupo indeterminado de pessoas. Dessa forma, caracteriza o meio ambiente a sua indivisibilidade e o número indeterminado de pessoas atingidas por uma circunstância de fato.

Outra característica que a própria Constituição apresenta é que o meio ambiente é um “bem de uso comum do povo”.

O Código Civil, no seu art. 99, classifica os bens públicos em bens de uso comum do povo, de uso especial e os dominicais. Logo, por essa classificação, os bens ambientais estão na primeira espécie.

Tartuce⁵¹ assegura que esses bens são de domínio público do Estado e têm por característica a inalienabilidade, ou seja, enquanto pertençam a essa categoria não são passíveis de alienação.

⁴⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 6.

⁵⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 18.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 6. ed. São Paulo: Editora Forense, 2016, p. 209.

Todavia, o próprio Tartuce⁵² relembra que essa inalienabilidade não é absoluta, pois quaisquer bens podem perder essa característica desde que observado o procedimento de desafetação, pelo qual os transforma em bens dominicais, que são bens de domínio privado do Estado.

Entre os bens ambientais, Medauar⁵³ recorda que a própria Constituição no art. 225, § 5º, torna indisponíveis apenas as terras devolutas ou arrecadadas pelos estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

Logo, todos os demais bens ambientais, desde que desafetados para bens dominicais, são passíveis de alienação e disposição, desde que haja autorização do Legislativo correspondente, podendo essa ser expressa ou tácita, para a Administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e de avaliação prévia e de concorrência para todos os outros. Lembrando que se os bens pertencerem à União, por força do art. 23, da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, dependerão de autorização emitida pelo ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, por delegação do presidente da República, por meio do Decreto nº 3.125/99⁵⁴.

Importa frisar que, independentemente desse ângulo de observação, o meio ambiente carece da devida proteção jurídica, incluindo essa necessidade à proteção constitucional.

A responsabilidade pela defesa e preservação do bem ambiental pertence ao Poder Público e à coletividade. Essa afirmação deriva da natureza jurídica, já informada, de que esse é um bem de todos. A noção de “todos” aqui estará delimitada, na visão de Benjamin⁵⁵, no entendimento que garante a qualquer pessoa, residente ou não, o benefício de tal direito.

Independentemente da obrigação de preservar, um dos aspectos que direciona este estudo é a verificação de responsabilidade para aqueles que saem dos limites da tutela jurídica do meio ambiente, especialmente quando esse é um ente estatal, haja vista, referindo-se à responsabilidade, ensina-nos Campos⁵⁶ que essa decorre da pressuposição da ocorrência de uma ação danosa de alguém que, atuando em princípio ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente, o que lhe faz se subordinar às consequências do seu ato, qual seja, a obrigação de reparar.

Nesse caso, o que gera a responsabilidade ambiental será a violação de alguma norma nessa área, causando, via de regra, degradação e prejuízos a humanidade.

⁵² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 6. ed. São Paulo: Editora Forense, 2016, p. 209.

⁵³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 311.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 311-312.

⁵⁵ Benjamin, 2010, p. 125.

⁵⁶ CAMPOS, Leonardo Pio da Silva. Dano Moral Ambiental. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 89.

Mas, o que seria o dano ambiental para fins de reparação?

Silva⁵⁷ afirma que dano ecológico é qualquer lesão ao meio ambiente causada por condutas ou atividades de pessoa física ou jurídica de Direito Público ou de Direito Privado.

Corroborando e sistematizando essa visão, aponta Campos⁵⁸ que dano ambiental é toda agressão contra o meio ambiente causada por atividade potencialmente poluidora ou não, em decorrência de ato comissivo ou omissivo praticado por qualquer pessoa.

O dano está ligado a lesões ao meio ambiente, ou seja, à degradação, importando afirmar que o causador do dano poderá ser pessoa física ou jurídica de direito privado ou público, conforme diremos à frente, e essa noção é que nos ajudará a compreender o objetivo primordial do presente trabalho, qual seja, verificar a eficiência jurídica e econômica da aplicação da penalidade multa quando o agente causador é o próprio ente público.

Busca-se saber, então, se toda a lesão gerará uma responsabilização. Assim, acentua Marques⁵⁹ que a atividade humana sempre promove uma alteração no meio, às vezes de forma positiva, mas quase sempre negativa. Porém, somente aquelas ações que degradam de maneira mais acentuada é que serão objeto de previsão legal, até mesmo porque é impossível proibir toda e qualquer forma de poluição, devendo ao menos um mínimo ser admitido como meio, muitas vezes, de concretizar um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, garantir o desenvolvimento nacional.

Partindo desse pressuposto, o dano ambiental é aquele que causa uma agressão significativa ao ambiente. E mais: existirão sempre danos que serão suportados para garantir o desenvolvimento nacional, cabendo, então, ao Estado, por meio dos seus poderes, ponderar os limites dos danos, por meio de leis, atos e decisões.

O certo é que, havendo o dano, o poluidor será obrigado a repará-lo, como leciona a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, especificamente nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º.

Pelo que se verifica, a legislação pátria assegurou consagrado o princípio do poluidor pagador, para autores como Fiorillo⁶⁰, ou da reparação, conforme Machado⁶¹, expresso como princípio 13 da Declaração do Rio de Janeiro/1992, bem como no Preâmbulo nº 7 da Declaração de Estocolmo.

O ápice dessa responsabilidade jurídica pelos danos ambientais e à saúde se consubstancia nos termos do art. 225, § 3º, da Constituição Federal: "(...) as condutas

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 308.

⁵⁸ CAMPOS, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁹ MARQUES, José Roberto. *Meio Ambiente Urbano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 68.

⁶⁰ Fiorillo, 2012, p. 96.

⁶¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 100.

e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados⁶².

A carta suprema foi além do que já haviam descrito, pois as legislações anteriores apenas resumiam-se a afirmar que seria responsabilizado civil e penalmente, e agora se passa a aplicar, também, sanções administrativas.

Dessa forma, aquele que de algum modo causar dano significativo ao meio ambiente, com implicações à saúde humana, será obrigado a repará-lo civil, penal e administrativamente.

O art. 225, § 3º, da Carta Magna, deixa isso evidenciado quando afirma que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções administrativas.

Logo, decorre daí a existência de uma responsabilidade administrativa que, segundo Silva⁶³, resulta da infração de normas administrativas, que gera ao infrator uma sanção de natureza também administrativa.

Para Silva⁶⁴ essa responsabilidade resulta da capacidade que possuem as pessoas jurídicas de Direito Público de impor determinadas condutas aos administrados, sendo esse poder inerente a todos os entes estatais, observando os limites das competências institucionais de cada um.

Essa capacidade, na verdade, é um poder, e muito especialmente ao Direito Ambiental interessa o poder de polícia administrativa, do qual todas as entidades dispõem, a depender da matéria administrativa que lhe caiba regular.

Apenas para entender melhor, cumpre trazer o conceito apresentado por Medauar⁶⁵ que assume que poder de polícia é a atividade da Administração, pela qual impõe limites ao exercício de direitos e liberdades aos administrados.

É válido afirmar, na orientação de Fiorillo⁶⁶, que tratando-se da tutela jurídica de bens ambientais levando em conta os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o poder de polícia está vinculado ao interesse difuso, e não ao interesse público. Logo, está relacionado à atividade administrativa destinada a regular prática de atos, ou mesmo fatos, que tenham por defesa os bens de uso comum do povo, essenciais à sadia qualidade de vida.

Questão que ronda os bens de natureza ambiental é a possibilidade de serem passíveis de consensualidade, considerando se tratem de bens difusos, de uso comum do povo.

⁶² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. 64. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶³ SILVA, 2010, p. 304.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 304.

⁶⁵ Medauar, 2015, p. 395.

⁶⁶ Fiorillo, 2012, p. 146.

Como já relatamos, esses bens de uso comum do povo estão previstos no Código Civil, no art. 99, I, e como tais são inalienáveis e impenhoráveis. Todavia, somente mantêm essas características nos casos em que permaneçam nessa condição, haja vista que, se houver uma desafetação, esses bens tornam-se alienáveis, desde que haja autorização legislativa, avaliação prévia e concorrência.

Aqui se abre exceções para a necessidade de licitação dos bens transformados em dominicais, que são apresentadas por Medauar⁶⁷, entre as quais destacamos a doação, apresentada pelo art. 17, I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, permitida exclusivamente para outro órgão da Administração, de qualquer esfera de governo, excluídas as hipóteses previstas nas alíneas “f”, “h” e “i”, do mencionado artigo, alteradas pela Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, que se referem à doação para programas habitacionais, uso comercial inserido em programas de regularização fundiária de interesse social e terras públicas rurais da União e do Incria, bem como a permuta por outro imóvel, para atendimento das finalidades precípua da Administração, cuja eficácia está suspensa por força de liminar na ADI 927-3/93.

Cito essas exceções, pois envolvem alienação cujas partes são dois órgãos públicos, que no caso do pretense trabalho podem ser alternativas para as conclusões que ao final se pretende alcançar.

Logo, a princípio, os bens ambientais, desde que desafetados a bens dominicais, que tenham avaliação prévia e autorização legislativa, são passíveis de disponibilidade.

Recordo que, no estado de São Paulo, essa autorização legislativa já foi concedida de forma ampla pelo art. 11, II, da Lei estadual nº 16.338, de 14 de dezembro de 2016.

Excluo, novamente, os bens trazidos pelo art. 225, § 5º, da Constituição Federal, quais sejam, as terras devolutas ou arrecadadas pelos estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais que, por opção do constituinte, não se enquadram nas situações de disponibilidade.

Tornar os bens disponíveis, contudo, não quer dizer que são passíveis de procedimentos de autocomposição.

Essa visão apresenta melhores detalhamentos por alguns doutrinadores. Merçon-Vargas⁶⁸, por exemplo, divide a indisponibilidade em material e instrumental, sendo a primeira referente à renúncia do direito e a segunda ao reconhecimento espontâneo de que não se tem razão na demanda. Em razão disso, afirma que o que se deve verificar é a disponibilidade de cunho instrumental, pois a material apenas reduziria os resultados a serem obtidos.

⁶⁷ Medauar, 2015, p. 312-313.

⁶⁸ Merçon-Vargas, 2012, p. 111-112.

Quanto à indisponibilidade procedimental voltada aos direitos difusos, o que se quer verificar é se esses podem ser considerados disponíveis sem a possibilidade de análise pelo poder judiciário. Segundo Merçon-Vargas⁶⁹ não parece haver qualquer problema, considerando a título de exemplo as investigações desenvolvidas pelo Ministério Público em inquéritos civis, que se não houver convencimento pode levar ao arquivamento do mesmo.

Contudo, seguindo a regra do art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, enquanto mantiverem a condição de bem de uso comum, os mesmos são indisponíveis e, se transigíveis, especificamente a mediação deve ser homologada pelo Poder Judiciário, após oitiva do Ministério Público, essencialmente se esses acordos são firmados por particulares. Logo, nessa condição haverá também indisponibilidade procedimental.

Se as partes são pessoas jurídicas de direito público, por força do art. 32, § 3º, da referida legislação, havendo câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a indisponibilidade procedimental não há de seguir, porque o acordo firmado virará título executivo extrajudicial.

No que tange à indisponibilidade material, Merçon-Vargas⁷⁰ alerta-nos que o que se quer investigar é a possibilidade de limitação dos resultados que se pretende alcançar com a utilização das técnicas extrajudiciais. Na verdade, o que não se quer é que haja concessão sobre direitos materiais violados ou ameaçados.

Merçon-Vargas⁷¹ completa que a indisponibilidade passa a ser, então, sobre a possibilidade de as normas de ordem pública que regem a matéria ambiental serem aplicadas, o que em sua visão não podem. Melhor dizendo, as técnicas de resolução de interesses difusos e coletivos podem ser aplicadas, o que não pode é na celebração desses acordos deixarem de cumprir o regramento de direito ambiental.

Ocorre que esses regramentos podem deixar de ser cumpridos, gerando, como já demonstrado, uma lesão ou um dano ao meio ambiente, cometendo o que comumente chama-se de infrações ambientais. Para essas situações, a solução jurídica mais adequada seria a recomposição, quando possível, retornando ao *status quo ante*, ou, na impossibilidade do dever de reparação, proceder pela aplicação da penalidade de multa. Nesses casos, um bem jurídico originalmente extrapatrimonial passa a sujeitar-se à aferição de sua expressão patrimonial e assim negociável, o que gera a possibilidade de utilização dos meios adequados de resolução de conflitos⁷².

⁶⁹ Merçon-Vargas, 2012, p. 112.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 114.

⁷¹ *Ibidem*, p. 114.

⁷² MERÇON-VARGAS, 2012, p. 116-117.

Desse modo, os bens de natureza difusa, como os ambientais, são proceduralmente disponíveis e materialmente indisponíveis no que tange à barganha de dinheiros. Todavia, quando deixam de ser extrapatrimoniais e passam a patrimoniais, quanto à utilização de meios consensuais passam a ser disponíveis. Assim, entende-se que em casos de dano ambiental a consensualidade seja o caminho mais promissor, especialmente, porque como vimos o quadro normativo-legal o autoriza.

A doutrina diverge quanto às técnicas que devem ser utilizadas para a solução desses conflitos.

Rodrigues, Lorenzi e Rosa⁷³ apostam na utilização da mediação, por acreditar que os meios “tradicionais” de solução de controvérsias não são de todo eficaz. Ademais, crê que deve ser restabelecido o diálogo entre as partes, que trará uma solução rápida, célere e preventiva.

Merçon-Vargas⁷⁴, por sua vez, acredita que os métodos de conciliação e negociação são mais eficazes, reafirmando que sua utilização não pode restar em renúncia de direitos.

Acreditamos que a segunda corrente se sustenta em melhores razões, devendo ser aplicada a negociação e prioritariamente a conciliação, especialmente porque, como já demonstrado, a mediação deve ser utilizada nas situações em que há uma relação anterior entre as partes, o que geralmente não ocorre nos casos ambientais. Principalmente, se já instaurada a câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos, essa será uma oportunidade de sua aplicação.

Mais do que apenas a intenção de dar celeridade à resolução dos conflitos, nos casos de substituição da pena de multa, em razão do cometimento de infração ambiental, a utilização da conciliação atende ao reclamo da eficiência econômica, na tentativa de preservar o interesse público, como veremos no capítulo seguinte.

3. EFICIÊNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA DAS SANÇÕES AMBIENTAIS E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A eficiência administrativa, do ponto de vista jurídico, sempre foi estudada, mas é a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que ela assume o papel de princípio constitucionalmente tutelado.

⁷³ RODRIGUES, Alexandra Gato; LORENZI, Bianca Cassiana Ferreira; ROSA, Felipe Luiz. A Mediação como Alternativa na Solução de Conflitos: análise de sua aplicabilidade nos conflitos socioambientais. In: *Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídia e direitos da sociedade em rede*. Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em <www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em 28 mai. 2018.

⁷⁴ Merçon-Vargas, *op. cit.*, p. 116-117.

Nas palavras de Tourinho⁷⁵: “O princípio da eficiência, dotado de conteúdo próprio, consiste no dever de alcançar a solução que seja ótima para o atendimento das finalidades públicas. Seria a atuação administrativa visando à extração do maior número de efeitos positivos para o administrado.”

Vê-se da exposição que embutida na noção do princípio está o objetivo primordial da Administração, ou seja, adoção de medidas para atingir o bem comum, por meios lícitos, satisfazendo sempre as necessidades dos administrados e gerando economia e produtividade. Essas visões já nos deixam claro que o princípio não se resume a meros controles de gastos públicos, mas também à satisfação dos resultados da atividade administrativa⁷⁶.

Vale trazer à baila a noção de Di Pietro⁷⁷, que considera que o conteúdo desse princípio deve ser analisado sob dois aspectos: o primeiro se dirige ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e o segundo se refere ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Vislumbra-se claramente que a intenção é que tanto a Administração, de modo amplo, cumpra esse princípio, como o próprio agente público, no desempenho de suas atribuições.

Passaremos à análise da eficiência do ponto de vista econômico, pois é ela, atrelada à eficiência jurídica, que justifica a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos, nas infrações envolvendo os órgãos da Administração Pública. Em especial, verificaremos os métodos a seguir denominados de ótimo de Pareto e Kaldor-Hicks.

Pelo ótimo de Pareto, a ideia que se apresenta é que não há como melhorar a situação de uma parte envolvida sem prejudicar a situação dos outros⁷⁸.

Nesse sentido, Martinez⁷⁹ confirma que este é o conteúdo da ideia apresentada por Pareto (1906), difundida como ótimo de Pareto, qual seja que o ponto de eficiência é aquele em que não há como melhorar a situação de ninguém sem piorar a situação de alguém.

⁷⁵ TOURINHO, Rita. *Discrecionalidade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 89.

⁷⁶ MODESTO, 2001, *apud Ibidem*, p. 90.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84.

⁷⁸ GARCIA, Fernando. Contribuições à Economia Neoclássica. In: PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Disponível em: <https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/1268541/mod_resource/content/1/pareto%20%281996%29%20manual%20de%20economia%20politica.pdf>. Acesso em 19 mar. 2018, p. 13.

⁷⁹ MARTINEZ, Ana Paula. Análise de Custo-Benefício na Adoção de Políticas Públicas e Desafios Imposos ao seu Formulador. In: *Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, ano 2009, n. 251, mai./ago. 2009.

Cooter e Ulen⁸⁰, seguindo a mesma linha, anunciam que o ótimo de Pareto consiste na possibilidade de alcance do bem-estar máximo de uma sociedade, que é atingido quando há possibilidade de aumentar o bem-estar de alguém sem reduzir o bem-estar de outro. Sendo assim, haveria um equilíbrio, que preferiram chamar de ótimo social, pois a soma das utilidades dos bens de cada indivíduo geraria o maior valor possível desse bem.

Garcia⁸¹ afirma que os critérios propostos por Pareto trouxeram a possibilidade de estabelecer comparações de bem-estar social sem utilizar de recursos de valores morais. Para ele, todo equilíbrio geral de economias em concorrência perfeita, de forma independente da distribuição inicial de recursos, maximiza o bem-estar da sociedade. Logo, pelo ótimo de Pareto, o equilíbrio de bem-estar pode ser atingido pelo equilíbrio competitivo, de forma que haja uma distribuição apropriada de recursos iniciais.

É seguindo essa visão que Silva⁸² concluiu que os objetivos de eficiência econômica propostos por Pareto dificilmente serão alcançados, em razão de ser muito restritivo. Ademais, na aplicação de políticas públicas ou nas trocas de mercado há efetivamente ganhadores e perdedores.

Nesse sentido, Mackaay e Rousseau⁸³ afirmam que se os mercados evoluíssem no sentido de um equilíbrio geral, eles atingiriam o ótimo de Pareto. Todavia, para que isso ocorresse seriam necessárias algumas premissas, como a concorrência entre todos os mercados, a apropriação de todos os bens e serviços negociados nos mercados, a imputação de todo custo de produção ao produtor e não a terceiros, bem como a informação completa a todos os participantes a respeito das opções disponíveis.

Continua assegurando que isso raramente ocorre, gerando a ausência, a imperfeição ou a falha de mercado. Entre as imperfeições estão os monopólios e certas formas de concorrência disfarçadas ou falseadas, os bens coletivos, as externalidades e a assimetria da informação⁸⁴.

Interessa-nos saber sobre os bens chamados por eles de coletivos, que são aqueles que, uma vez disponíveis, não permitiriam que alguém fosse excluído de seu uso, e, por consequência, a sua utilização não diminuiria a quantidade disponível para outras pessoas. Assim, ninguém pode ser excluído de seu uso, todos serão

⁸⁰ COOTER, Robert; ULEN; Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. (trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 411.

⁸¹ Garcia, 1996, p. 10.

⁸² SILVA, Leandro Novais e. A Análise Econômica do Direito e a Vertente Welfarista: a teoria, seu uso na regulação econômica, seus limites e deficiências. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, Ano 6, n. 23, jul. / set. 2008.

⁸³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 122.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 122.

tentados a abusar deles, e ninguém no setor privado poderá produzir ou terá interesse em fazê-lo⁸⁵.

Ora, se assim é, dificilmente se conseguirá atingir eficiência econômica utilizando-se desse ponto de vista, pelo que a utilização de critérios de custos-benefícios é mais adequada para alcançar este objetivo.

Kaldor-Hicks (1939), segundo Martinez⁸⁶, tenta superar as limitações apresentadas por Pareto (1906), em que a maioria das decisões se fundamentam exclusivamente em solucionar a dicotomia entre beneficiados e prejudicados. Assim, o que propõe é uma política que visasse aumentar o bem-estar dos beneficiados em um montante superior à perda dos prejudicados.

Referindo-se ao critério Kaldor-Hicks, Botelho⁸⁷ assegura que deve ser utilizado nas situações nas quais as externalidades e os custos de transação impeçam os mercados em atingir resultados pretendidos pelo ótimo de Pareto, estando destacada a relevância de os ganhadores compensarem os perdedores, por meio de uma alocação de bens, no sentido de compensar as perdas, ou seja, quando não houver a possibilidade de realizar uma transação em que as duas partes se saiam vitoriosas, utiliza-se o segundo critério e não o primeiro.

Por conta disso, Silva⁸⁸ acredita que o critério Kaldor-Hicks, na verdade, se trata de uma eficiência potencial de Pareto, haja vista que a mesma se satisfaz quando o incremento total de riqueza tiver saldo líquido, ou seja, for positivo o bem-estar final.

Nessa seara, Pimenta e Bonglione⁸⁹ afirmam que é em Kaldor-Hicks (1939) que se apresenta uma análise de como as instituições e convenções devem ser criadas, ou melhor, como a lei ou os sistemas legais deveriam ser, baseando-se na escola *Normative Law and Economics*, que decorre dos estudos de Bentham e Guido Calabresi.

Para Martinez⁹⁰, existia, na verdade, uma política de equilíbrio, em que se maximiza o bem-estar dos beneficiados, para gerar um saldo que compense a perda dos prejudicados.

Segundo Pimenta e Bonglione⁹¹, para Kaldor-Hicks (1939) somente haverá um ganho real no bem-estar da sociedade quando a redistribuição de riqueza não trouxer o desejo aos agentes econômicos de retornarem à posição inicial.

⁸⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

⁸⁶ MARTINEZ, 2009.

⁸⁷ BOTELHO, Martinho Martins. A Eficiência e o Efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. In: *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, vol. 2, n. 1, p. 27-45, jan./jun. 2016, p. 37.

⁸⁸ SILVA, 2008.

⁸⁹ PIMENTA; BONGLIONE, 2008.

⁹⁰ MARTINEZ, 2009.

⁹¹ PIMENTA; BONGLIONE, *op. cit.*

Martinez⁹² assegura que a saída para o grande desafio de Kaldor-Hicks (1939) de apresentar uma fórmula de medição dos ganhos de bem-estar, a fim de computar o saldo líquido de uma política, será a análise de custo-benefício apresentada pela economia.

De acordo com Martinez⁹³, por vezes essa solução do custo-benefício recebe críticas, por a considerarem injusta.

Todavia, essa crítica parte de um alvo errado, pois o que se precisa é verificar a situação que existia antes de a política escolhida pelo governo ser implementada e qual a que passou a existir após a instalação. O equívoco está em não incorporar à discussão a distribuição inicial de bens e direitos, que é um elemento essencial, pois o método é comparativo. Desse modo, a crítica perde seu conteúdo, pois o método nunca buscou este objetivo de trazer justiça, mas sim de equiparar a realidade anterior com aquela em que a mesma se formou. Somente assim saberemos se a política pública escolhida foi eficiente ou não.

Para Martinez⁹⁴ é a análise de custo-benefício que nos orienta para o alcance dos objetivos a serem perseguidos pela Administração, tentando alcançá-lo de forma mais eficiente, aumentando o montante de recursos disponíveis para o que se pretende alcançar, evitando desperdícios.

Nesse diapasão, França⁹⁵ diferencia o que é Gestão Pública eficiente e Gestão Pública ótima. A última segue os critérios de Pareto; logo, se não pode haver bem-estar sem perda para alguma das partes envolvidas, estaríamos diante de uma Administração que exige perfeição, independentemente do critério objetivo e seguindo padrões preestabelecidos para tal. Aquela, a eficiente, não tem pretensões de perfeição, mas objetivos claros de desenvolvimento de metas sólidas, responsáveis, sindicáveis e que oportunizem a participação de todos na busca do bem comum, se aproximando mais do critério Kaldor-Hicks de eficiência.

A Administração ótima não leva em consideração a natureza humana falível, o que na realidade atual não é possível se consentir. Assim, mais adequado uma análise de custos e benefícios e um direcionar de esforços buscando uma eficiência em que se saiba que, por essa natureza falível, algum grupo social acabará ganhando mais, contudo, no saldo final o maior número de pessoas terá benefícios de alguma forma.

Por fim, alerta Martinez⁹⁶, o escalonamento do grau de justiça de uma política não desonera o administrador de ter que tomar decisões no meio da escassez, nem

⁹² MARTINEZ, *op. cit.*

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ FRANÇA, Phillip Gil. Breves Considerações sobre a Adequada Gestão Pública: busca-se a ótima ou a eficiente? In: *Revista de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 116, ago. 2011.

⁹⁶ MARTINEZ, *op. cit.*

mesmo da avaliação prudencial, conforme determina a eficiência do ponto de vista jurídico. Logo, a análise custo-benefício convive bem com as políticas redistributivas e com os ideais de justiça.

Ademais, conforme lição de Silva⁹⁷, o estudo da análise econômica do direito não deixa de lado as discussões de ordem filosófica ou ética, como querem aqueles que criticam a análise de custo-benefício, até mesmo porque resguardar uma solução que piore a situação de todos envolvidos é eticamente inferior em relação àquela em que é possível maximizar o bem-estar de todos, mesmo que em potencial.

Adentrando no ponto central deste estudo, já vimos que as demandas ambientais tanto do ponto de vista procedimental quanto material são passíveis de utilização de métodos adequados de solução de conflito, ou melhor, métodos consensuais, desde que não haja renúncia de direitos.

Isso porque a regra em direito ambiental é a retomada do *status quo ante* do meio violado, além das possíveis penalidades a serem aplicadas, baseando-se no princípio do poluidor pagador. Quando não há essa possibilidade, entretanto, utilizando-se do mesmo princípio aplica-se apenas a penalidade adequada.

Especificamente, essas infrações vieram a ser disciplinadas pelo Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Segundo a legislação, em especial o art. 5º, *caput* e § 1º, a pena de advertência, que é a pena mais branda, poderá ser aplicada nas infrações de menor lesividade ao meio ambiente, consideradas aquelas cuja multa não ultrapasse a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Verifica-se da leitura do texto que a regra é a aplicação da penalidade multa, o que gerará um custo para o infrator, que no caso a ser estudado são órgãos da Administração direta e indireta. Somente não há aplicação da pena nas situações em que a mesma for inferior a um valor determinado. Fica evidente que a intenção é fazer valer o princípio do poluidor pagador, estabelecido na Constituição Federal e na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, mas também, de trazer um encargo àqueles que causarem danos ao meio ambiente.

Ora, importa dizer, ainda, que o art. 7º do Decreto nº 6.514/2008 veda a aplicação de nova penalidade de advertência àqueles que foram autuados por quaisquer infrações ambientais, pelo período de 3 (três) anos, o que de alguma forma também é um encargo a ser suportado pelo infrator.

Ocorre dizer que, no nosso caso de estudo, os infratores são órgãos da própria administração federal, estadual ou municipal, e a responsabilidade pelo pagamento da penalidade será a Fazenda Pública daquele ente, ou seja, a coletividade. É, assim, dinheiro entrando e saindo da própria Fazenda Pública, mesmo que de entes públicos diversos.

⁹⁷ SILVA, 2008.

É certo que o pagamento de multas por infrações, ou mesmo a aplicação de penalidades superiores, com a demolição, não é interesse da coletividade, incluindo-se aí a população que reside em determinado município, por isso é necessário encontrar saídas para se atingir o fim último de toda a Administração Pública, qual seja o interesse público.

Estudos realizados no Portal da Transparência do estado de São Paulo demonstram que somente no ano de 2017 foram arrecadados R\$ 59.603.690,27 (cinquenta e nove milhões, seiscentos e três mil, seiscentos e noventa reais e vinte e sete centavos), com a aplicação de multas por infrações ambientais. Esse dado é geral, não há distinção entre órgãos públicos e entes privados.

Contudo, a título comparativo, com o ano terminado foram arrecadados R\$ 55.969.891,14 (cinquenta e cinco milhões, novecentos e sessenta e nove mil, oitocentos e noventa e um reais e quatorze centavos), R\$ 52.017.433,12 (cinquenta e dois milhões, dezessete mil, quatrocentos e trinta e três reais e doze centavos), R\$ 45.674.571,05 (quarenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e quatro mil, quinhentos e setenta e um reais e cinco centavos) e R\$ 48.318.987,17 (quarenta e oito milhões, trezentos e dezoito mil, novecentos e oitenta e sete reais e dezessete centavos), respectivamente aos anos de 2016, 2015, 2014 e 2013⁹⁸.

Isso demonstra que a média de aplicação de multas permanece com uma variável irrisória, podendo, inclusive, ter tido aumento e não redução.

Relacionando esses dados para o setor público, temos a presunção de que o mesmo venha ocorrendo, ou seja, não se reduz a aplicação de multas ambientais e não se reduz os casos de infrações ambientais.

No estado de São Paulo, as infrações ambientais ainda estão dispostas no Decreto nº 60.342/2014, e nas Resoluções SMA nº 48/2014 e SMA nº 51/2014, sendo que essa última legislação inaugurou o Programa Estadual de Conciliação Ambiental, o que nos leva a concluir que, mesmo após a edição da legislação, a redução das penalidades e das infrações foi muito restrita, inclusive, tendo aumentado no ano seguinte. Ocorre que esse programa está muito mais para um Termo de Compromisso de Compensação Ambiental, em que a autoridade estadual dita as condições de cumprimento, do que para um acordo celebrado entre as partes.

Em razão disso a hipótese do presente trabalho assume como verdade a ideia de que a aplicação de penalidades não gera a redução de infrações ambientais, não trazendo consigo a proteção ambiental das futuras gerações tão almejada.

⁹⁸ SÃO PAULO. SECRETARIA DA FAZENDA. *Consulta Receita Orçamentária*. Disponível em: <<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/Consulta-Receita-Or%C3%A7ament%C3%A1ria.aspx>>. Acesso em 5 dez. 2017.

Nessa seara, Moreira Neto⁹⁹ assegura que a coerção é imprescindível para a existência das sociedades, mas não é suficiente, devendo sempre estar atrelada à desconfiança e somente assim gerar o consenso.

Essa ineficiência pode ser demonstrada com a análise de eficiência econômica que já demonstramos neste capítulo.

Como dito, pelo ótimo de Pareto para se atingir o bem-estar social, em uma demanda que envolva duas partes, é necessário que nenhuma das envolvidas perca, o que não pode ocorrer, tendo em vista que, independentemente de o atuado ser pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, o mesmo sempre irá perder.

Do ponto de vista Kaldor-Hicks, é possível admitir que a imposição de multas pode ser eficiente, tendo em vista que o órgão público adquirirá o valor e a coletividade sairá ganhando. Pode ser que essa eficiência tenha melhor resultado quando o infrator for pessoa física ou jurídica de direito privado, posto que sai do ganho individual, mas a coletividade acaba faturando. Mas, quando o infrator for pessoa jurídica de direito público, uma coletividade pode acabar perdendo mais do que a outra, se considerarmos, por exemplo, infrações cometidas por municípios, em que a comunidade local sairá prejudicada em razão da comunidade estadual. Esses valores para pagamento de multas certamente poderiam ser investidos em outras áreas, como saúde, educação e segurança, que são pontos diariamente questionados pelos munícipes.

Como dito, o meio ambiente é um bem jurídico, e a noção de bem jurídico está atrelada à de utilidade. Por conta disso, a sua tutela deverá pautar-se nas concepções de eficiência e de custo-benefício das políticas públicas utilizadas para sua proteção.

Assim, conclui-se que é possível aplicar métodos consensuais de resolução de conflitos, em substituição de multas ambientais, para trazer maior eficiência e custo-benefício à relação formada; então deve-se utilizá-la.

Com o intuito de registrar os casos que envolveram discussão de multas ambientais, aplicadas pelo órgão ambiental do estado de São Paulo e suas unidades vinculadas, que nos anos 2017 e 2018 foram levadas ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realizamos uma pesquisa no sítio eletrônico do referido órgão jurisdicional (www.tjsp.jus.br). Ressalte-se que a delimitação para os anos 2017 e 2018 se deu para entender qual vem sendo o entendimento mais recente dos Tribunais.

Utilizou-se como termos de referência para a pesquisa de jurisprudência as seguintes palavras: “Cetesb E multa E ambiental NÃO cnh NÃO Detran E município NÃO ‘Ministério Público’”.

Da pesquisa obtivemos 2.540 (dois mil quinhentos e quarenta) processos, relativos aos anos de 2011 até 2018. Desses processos, 254 (duzentos e cinquenta

⁹⁹ MOREIRA NETO, 2003, p. 132.

e quatro) referiam-se aos anos de 2017 e 2018. Esses resultados envolviam tanto a discussão entre entes privados com os órgãos ambientais, que sofreram a aplicação de multas, quanto aos órgãos públicos, incluindo-se especialmente municípios da federação. Especificamente os processos que envolviam discussões entre o órgão público ambiental estadual e o órgão público infrator somaram 27 (vinte e sete) processos.

Vale lembrar que o infrator ambiental, como já afirmamos, pode ser pessoa física ou jurídica, privada ou pública, incluindo aí as pessoas jurídicas de direito público interno.

A intenção era encontrar algum caso que envolvesse entes públicos, que nos desse argumentação suficiente para discutir a eficiência econômica da substituição das penas de multas pela utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos.

Nessa busca nos deparamos com a Apelação nº 1046191-39.2014.8.26.0053, que tinha como apelante o município de Itapecerica da Serra e apelado a Fazenda Pública Estadual. Essa Apelação foi proposta em face de uma decisão em Ação Anulatória de Débito Fiscal, cuja certidão de dívida ativa referia-se a débito por multa de natureza ambiental.

Segundo consta nos autos do processo, em 24 de janeiro de 2012 o município de Itapecerica da Serra foi autuado por meio do Auto de Infração Ambiental – AIA nº 2660.041, pela Polícia Militar Ambiental, em razão do acúmulo de aproximadamente 6.000 m³ de terra, entulho e vergalhões decorrentes de movimentação de terra em área de proteção de mananciais, sem a devida licença ambiental competente, incorrendo no art. 90 da Resolução SMA nº 32/2010. O fato gerou também o Boletim de Ocorrência nº 120.162, por possível cometimento de crime ambiental.

Não consta nos autos do processo judicial o valor da multa que foi aplicada na oportunidade, mas presume-se ser maior do que R\$ 1.000,00 (mil reais), senão teria sido aplicada a pena de advertência, conforme já exposto também. Acrescida a multa houve o embargo da obra.

A movimentação de terra teria ocorrido com o intuito de construir uma Unidade Básica de Saúde, no Bairro Velho, do município de Itapecerica da Serra, demandada pela população local, em razão da deficiência na área de saúde.

Justificou a municipalidade que não havia solicitado a devida autorização ambiental, considerando que o Decreto estadual nº 51.686, de 22 de março de 2007, que regulamentou a Lei estadual nº 12.233, de 16 de janeiro de 2006, que define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Guarapiranga, dispõe que somente empreendimentos com mais de 10 (dez) mil metros quadrados dependem de aprovação e licenciamento dos órgãos estaduais e, no caso, a área do terreno embargado correspondia a 2.823 m² (dois mil oitocentos e vinte e três metros quadrados), que o licenciamento poderia ter sido feito por órgãos estaduais ou municipais, além de estar de acordo com o Plano Diretor Municipal, e o fato de o município não ter submetido suas leis à análise do Subcomitê Cotia-Guarapiranga e

do Comitê da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê, não o impede de licenciar obras com menos de 10 (dez) mil metros quadrados.

Essas razões foram utilizadas tanto em sede de ação, como em sede de apelação e nas duas hipóteses recebeu o mesmo tratamento, foram julgadas improcedentes, considerando que a competência para o licenciamento é exclusivamente do estado, podendo ser delegada aos municípios, desde que suas leis tenham sido compatibilizadas com a legislação estadual, após análise do Subcomitê Cotia-Guarapiranga e do Comitê da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê, o que não ocorreu. Inclusive, o município de Itapecerica da Serra não consta da lista da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – Cetesb como município licenciador.

O fato é que no caso em análise a área em que deveria ser construída a UBS pertencia ao município, portanto, não haveria meio de tornar o bem disponível de cara, por meio daquelas hipóteses de desafetação ou de doação, conforme mencionado anteriormente.

Todavia, desde que não se abdicasse do dever de o município licenciar o empreendimento, a aplicação da multa deveria ter sido submetida a negociação ou conciliação, por parte da municipalidade e do estado, com vimos.

Do ponto de vista de eficiência segundo Kaldor-Hicks, a construção de uma Unidade Básica de Saúde, que era fundamental para aquela população local, seria atendida, pois o estado pode até mesmo perder o valor a ser arrecadado, mas os benefícios adquiridos pelos moradores do Bairro Velho e vizinhos seria muito maior.

Lembre-se que aqui estamos falando de um embate entre dois bens que de forma indireta atinge o bem maior que é a vida, ou seja, o meio ambiente, e a saúde, portanto, além dos aspectos de eficiência econômica, a realização de um acordo poderia manter o direito material e garantir que a vida fosse preservada.

Outrossim, ainda considerando as ideias de custos-benefícios, a celebração do acordo evitaria a instauração de processo judicial, atendendo a um dos objetivos da aplicação dos meios consensuais de resolução de conflito, qual seja a diminuição de demandas judiciais.

É certo que, pelo que se viu durante a fase recursal do procedimento administrativo, o valor da multa foi reduzido em 40% (quarenta por cento), mas não há notícias nem mesmo da celebração de Termo de Compromisso de Compensação Ambiental, que, caso fosse, não deveríamos considerar como meio consensual, haja vista ser impositivo.

Em termos de custos-benefícios, poder-se-ia questionar se o município não poderia, após celebrar o acordo, entrar com uma ação em face do estado para questionar a lavratura do auto de infração. De fato, isso poderia ocorrer, mas como vimos as chances de que isso ocorra são muito pequenas, especialmente porque a parte estaria firmando uma transação que ela mesmo foi parte no momento da composição.

Nem mesmo aplicou-se o procedimento estatuído na Resolução SMA nº 51, de 5 de junho de 2014, não tendo sequer sido aventada a visualização dessa

possibilidade, tendo em vista que o processo judicial é datado de 24 de janeiro de 2012 e teve seu registro em 3 de novembro de 2014.

Valioso, ao fim, recordar que, regra geral, os mecanismos de consensualidade devem ser utilizados quando houver certeza do repouso da razão sobre a parte que comete uma infração administrativa, ou quando restar dúvidas sobre quem possui a devida razão. Nesse caso, como a legislação deixou dúvidas quanto à competência para o licenciamento, que, inclusive, levou o caso à discussão dos tribunais, a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos é fundamental.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, vimos que o controle sobre a resolução de conflitos nem sempre foi estatal, tendo o Estado assumido essa função principalmente a partir da tripartição de poderes. Antes, porém, havia três espécies de formas de solução, que perduram de certo modo até hoje, quais sejam, a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

Com o decorrer do tempo, essa atividade passou por inúmeros problemas referentes ao acesso à justiça, que decorrem do acúmulo de processos, dos custos processuais e do surgimento de novos direitos. Isso levou os juristas a repensar a forma de solução de conflitos, sugerindo o retorno das técnicas de autocomposição.

A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública vem ganhando lugar de destaque na nova forma de agir e pensar a gestão dos bens pertencentes à coletividade. Em seu conceito está a ingerência de interesses públicos, com o fim de dar a eles o seu verdadeiro significado.

Despontam como argumentos favoráveis à sua utilização, princípios como o do acesso à justiça, o democrático e da eficiência, os quais merecem maior atenção.

A discussão em termos da utilização de meios consensuais de resolução de conflitos ganha novos contornos quando os bens a serem discutidos são bens ambientais que, em função de sua inalienabilidade e indisponibilidade, têm gerado discussões.

Quanto à inalienabilidade, percebendo que esses bens são de uso comum do povo, ficou evidente que, desde que passem por um processo de desafetação, eles poderão ser transferidos, principalmente quando se tratar de transferência para outros entes federativos, a título de doação ou permuta, para fins de atingimento do interesse público.

Em relação à indisponibilidade, verificou-se que essa pode ser dividida em procedimental e material.

Observando pelo prisma da indisponibilidade procedimental, os bens ambientais são disponíveis, pois essa se refere à possibilidade de gerenciar sem a submissão ao poder judiciário, o que já ocorre, tanto pelo Ministério Público, quanto pelos órgãos ambientais por força de lei, em especial da nova lei que regulamenta o processo de mediação.

Sobre a visão da indisponibilidade material, quer-se verificar a possibilidade de se dispor sobre o direito material e não sobre a forma de solução de controvérsia sobre esses direitos. Desse modo, a utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos é viável desde que não se abra mão do direito material.

O exemplo claro disso é a supressão de vegetação em área em que não se pode voltar ao *status quo ante*. Nessas situações, o bem impossível de mensuração econômica, sob a tutela do princípio do poluidor pagador, autoriza que sejam aplicadas punições de natureza cível, administrativa e penal.

Entre essas penalidades destaca-se a pena de multa administrativa, que torna um bem imensurável em mensurável, com o intuito de ver compensada a infração cometida. Nessas hipóteses a aplicação das técnicas consensuais de resolução de conflitos materializa-se como forma de substituir a aplicação da pena de multa por algum benefício ao meio ambiente, desde que não se disponha do direito material, a necessidade de autorização para a supressão vegetal, a fim de regularizar o empreendimento, e outras que se fizerem necessárias.

Essa aplicação de técnicas adequadas de solução de conflitos responde a uma demanda não somente de resolver os problemas de cunho judicial, mas também de dar maior eficiência, principalmente do ponto de vista econômico.

Verifica-se que a ideia de eficiência está atrelada ao conceito de bem estar-social, cuja melhor visão seria a de ótimo de Pareto, pela qual a melhor alternativa para a solução de um conflito seria aquela que trouxesse benefícios para as duas partes envolvidas na transação, o que nos faz acreditar que, tratando-se de conflitos envolvendo dois órgãos públicos, ambos devem abrir mão de parcela de seus interesses em prol da coletividade.

Todavia, tratando-se de bem ambiental, em que há aplicação da penalidade multa, uma parte sempre há de sair mais prejudicada, pelo que neste trabalho optou-se pela adoção dos critérios de eficiência segundo Kaldor-Hicks, haja vista, apesar de a multa ser aplicada a um ente público, quem sofrerá as consequências diretas é a coletividade, portanto, deve-se sempre preservar o interesse público.

Nesse sentido verificou-se que, se o meio ambiente é um bem jurídico e a noção de bem jurídico está atrelada à de utilidade, a sua tutela deverá pautar-se em concepções de eficiência e de custos-benefícios das políticas públicas utilizadas para a sua proteção.

Por conta disso, a utilização de métodos consensuais trará maior eficiência, em especial a econômica, trazendo custos-benefícios evidentes, como a não necessidade de utilização da via judicial para a solução do conflito, garantindo que o mesmo seja resolvido de acordo com a vontade das partes, que nesse caso seriam dois entes da federação.

Entre os métodos de resolução, consigne-se que, apesar de toda a discussão sobre qual o melhor a ser utilizado quando o bem envolvido é o meio ambiente, seguimos a corrente que diz que a negociação e a conciliação são as melhores alternativas, tendo em vista que as partes não possuíam uma relação anteriormente formada.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32-155.

BOTELHO, Martinho Martins. A Eficiência e o Efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. In: *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, vol. 2, n. 1, p. 27-45, jan./jun. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. 64. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 12 mar. 2018.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em 12 mar. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 12 mar. 2018.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 12 mar. 2018.

CAMPOS, Leonardo Pio da Silva. Dano Moral Ambiental. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 81-96.

COOTER, Robert; ULEN; Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. (trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 403-466.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 273-280.

EIDT, Elisa Berton. Os Institutos da Mediação e da Conciliação e a Possibilidade de sua Aplicação no Âmbito da Administração Pública. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Vol. 36, n. 75, jan./jun. 2015, p. 55-74. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101691>>. Acesso em 18 abr. 2018.

FAZOLLI, Silvio Alexandre. *Bem Jurídico Ambiental: por uma tutela coletiva diferenciada*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; CONTE, Christiany Pegorari. *Direito Ambiental Criminal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

FRANÇA, Phillip Gil. Breves Considerações sobre a Adequada Gestão Pública: busca-se a ótima ou a eficiente? In: *Revista de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 116, ago. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Fernando. Contribuições à Economia Neoclássica. In: PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1268541/mod_resource/content/1/pareto%20%281996%29%20manual%20de%20economia%20politica.pdf>. Acesso em 19 mar. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, José Roberto Marques. *Meio Ambiente Urbano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. Análise de Custo-Benefício na Adoção de Políticas Públicas e Desafios Impostos ao seu Formulador. In: *Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, ano 2009, n. 251, mai./ago. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios Alternativos na Resolução de Conflitos de Interesses Transindividuais*. Dissertação. Direito Processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 231, jan./mar. 2003, p. 129-156.

PALMA; Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu Controle Judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coleção Masc. Vol. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 143-187.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. Os Métodos “Alternativos” de Solução de Conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, Tania (et. al.) (coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 55-69.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Análise Econômica do Direito Contratual. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 24, out./dez. 2008.

RODRIGUES, Alexsandra Gato; LORENZI, Bianca Cassiana Ferreira; ROSA, Felipe Luiz. A Mediação como Alternativa na Solução de Conflitos: análise de sua aplicabilidade nos conflitos socioambientais. In: *Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídia e direitos da sociedade em rede*. Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em: <www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em 28 mai. 2018.

SÃO PAULO. SECRETARIA DA FAZENDA. *Consulta Receita Orçamentária*. Disponível em: <<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/Consulta-Receita-Or%C3%A7ament%C3%A1ria.aspx>>. Acesso em 5 dez. 2017.

SILVA, Leandro Novais e. *A Análise Econômica do Direito e a Vertente Welfarista: a teoria, seu uso na regulação econômica, seus limites e deficiências*. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 23, jul./set. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Arborização urbana e meio ambiente: aspectos jurídicos. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 4, n. 16, out./dez. 1999, p. 192-201. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/7c2a76.pdf>>. Acesso em 7 nov. 2012.

SOUZA; Luciene Moessa. Resoluções de Conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coleção Masc. Vol. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 189-208.

STRECK, Lenio L; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Comentário ao artigo 2º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (et. al.) (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 140-146.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 208-2010.

TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2005.

