

REFLEXÕES SOBRE A COISA JULGADA E A PROVA PERICIAL NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS

REFLECTIONS ON THE *RES JUDICATA* AND THE EXPERT REPORTS IN ENVIRONMENTAL CIVIL CLASS ACTIONS

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel¹

RESUMO

O presente trabalho possui por objetivo trazer algumas reflexões acerca da coisa julgada e da prova pericial nas ações civis públicas ambientais, com destaque para os custos relativos ao trabalho dos peritos. Como se verá, esses auxiliares da justiça, na grande maioria das vezes, dependem dos honorários periciais para a própria sobrevivência e, por conta disso, tem recusado a realização de perícias em ações civis públicas ante a previsão, na Lei 7.347/1985 - que disciplina a ação em cotejo - do não adiantamento das custas. Nesse sentido, veremos alguns posicionamentos jurisprudenciais que podem trazer contribuições para a questão do custeio desse tipo de prova. Embora a ausência de provas nas ações coletivas tenha por consequência jurídica a não formação da coisa julgada material, por outro lado, também inviabiliza a plena efetividade do instituto e, conseqüentemente, da tutela ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil Pública; Meio ambiente; Honorários periciais

ABSTRACT

The paper has as objective bring some reflections on the the *res judicata* and the expert reports on environmental class civil actions, particularly costs related to the experts fees. As will be shown, these court experts, in most cases, rely on expert fees for their own survival and, for that reason, refuse to work those class actions, disciplined by the Law 7.347/1985, which establishes the no advancing costs rule on those cases. In this sense, we will see some jurisprudential positions that may bring contributions to the issue of funding expert fees. Although the absence of evidence on environmental class civil action has the legal consequence occurrence of the *res judicata*, on the other hand, it also prevents the full realization of the classe action concerning environmental matters and hence the full and desired environmental protection.

KEYWORDS: Civil Class Action; Environment; Expert reports

¹ Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF) e membro líder do Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito da mesma Universidade (GEMADI/UFF).

INTRODUÇÃO

O atual sistema jurídico de tutela do meio ambiente brasileiro é composto de diversos diplomas relevantes. Contudo, podemos dizer que sua consolidação se deu com a edição da Carta Magna de 1988, que recepcionou três textos legais anteriores de suma importância: Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (6.938/81), a Lei da Ação Popular (n. 4.717/65) e a Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/85).

O primeiro diploma traz a estrutura do SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente e os instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente. Esse diploma já trazia em seu art. 14 a possibilidade de se responsabilizar, independentemente da existência de culpa, aquele que danificasse o meio ambiente. O mesmo dispositivo conferia ao Ministério Público legitimidade para propor as ações de responsabilidade civil e criminal. Com fundamento nesse dispositivo algumas demandas pioneiras foram propostas no início dos anos 80.

Entretanto, a norma infraconstitucional que regulamentaria a Ação Civil Pública seria editada em 1985. A Lei n. 7.437 elegeu tal ação como meio adequado para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. O instrumento processual admite a condenação nas obrigações de fazer e/ou não fazer, além da condenação a indenizar danos morais e patrimoniais. Admite também a obtenção de tutela cautelar e de decisões liminares.

A Constituição de 1988 instaura um novo paradigma político-jurídico com a previsão de uma República com objetivos sociais definidos e com direitos e garantias individuais constitucionalmente protegidos por cláusula pétrea. Trouxe capítulos específicos para o meio ambiente, para a ordem urbanística e para o patrimônio cultural. Ademais, elegeu o princípio da defesa do meio ambiente como um dos norteadores da atividade econômica.

Consagram-se no texto maior o ambiente equilibrado como bem de uso comum do povo - cabendo ao poder público e à coletividade o dever constitucional de preservá-lo para as presentes e futuras gerações - e o direito difuso ao meio ambiente.

Dentre os instrumentos previstos expressamente para a tutela processual ambiental, destacamos a Ação Popular e a Ação Civil Pública. A primeira consiste em antigo remédio previsto pela Lei 4.717/1965, atualizado e incorporado no artigo 5º, incisos LXXIII da Constituição como garantia individual voltada, dentre outras finalidades, para a tutela do meio ambiente, objetivando anular atos lesivos a esse bem jurídico.

Cuidando das atribuições do Ministério Público, a Constituição menciona expressamente a Ação Civil Pública no inciso III do artigo 129, sem excluir a possibilidade do uso de tal instrumento por outros legitimados previstos em lei.

Dois anos após a edição da carta magna, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990), ao regulamentar as demandas coletivas em sentido amplo, realizou diversas alterações na Lei da Ação Civil Pública e acresceu-lhe o art. 21, que confere ao diploma das relações de consumo aplicação subsidiária no que se refere à defesa dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos.

Mas o que seriam essas categorias de interesses tutelados de forma coletiva? O próprio Código de Defesa do Consumidor (1990) traz no art. 81 as respectivas definições, cabendo aqui destacar a de interesses difusos, definidos como aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

O sistema processual através do qual se procura a tutelar o direito material ao ambiente equilibrado possui características próprias, algumas das quais trabalharemos abaixo. De início, cabe registrar que as lesões ao meio ambiente equilibrado, macrobem difuso indisponível ao qual todos possuem o direito fundamental, garantido, inclusive, às gerações futuras, não são objeto de prescrição.

Esse é o entendimento da melhor e majoritária doutrina, podendo-se citar Édís Milaré (2011: 1458) e Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2013: 756), dentre outros. Também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)².

Ainda preliminarmente, cumpre alertar que as indenizações por danos ao referido macrobem, em sua dimensão mais ampla, devem ser revertidas a Fundos de Defesa do Direitos Difusos, conforme previsto pelo artigo 13 da Lei 7.347/85, a exemplo do Fundo Federal disciplinado pela Lei 9.008/1995 e de fundos estaduais existentes.

COISA JULGADA NA TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS

A coisa julgada pode ser entendida como a situação jurídica que torna imutável o conteúdo de uma decisão, vale dizer, de uma regra aplicada ao caso concreto, com vistas a garantir a segurança jurídica das partes que litigaram em juízo, conforme bem ilustra o artigo 5o, inciso XXXVI da Constituição Federal (1988).

² Podemos citar, além de alguns julgados, o Informativo n. 415 do citado Tribunal.

Essa garantia surgiu, no seio dos direitos individuais, como meio de assegurar confiança na jurisdição, podendo ser alegada pelas partes da lide já decidida por meio do instituto da objeção de coisa julgada, reconhecível de ofício e a qualquer tempo pelo juízo que examinar a demanda novamente proposta, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Civil (1973).

Ocorre que, na tutela dos direitos coletivos, com o fito de proteger interesses de pessoas que não integraram a lide, adotou-se outra sistemática, similar àquela já existente nas Ações Populares, na qual a coisa julgada material somente ocorre quando o julgamento compreende determinados eventos. Assim, havendo a insuficiência de provas, não ocorre a coisa julgada material, podendo nova ação ser ajuizada com base em outras provas.

Ao comentar esse ponto, Humberto Dalla B. de Pinho (2013a:821) destaca "a opção do legislador em atenuar o rigor da coisa julgada material em benefício da coletividade, regra inexistente na jurisdição individual, em que toda decisão definitiva faz coisa julgada material, independentemente do teor do conteúdo probatório".

O texto do artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 foi alterado pela Lei n. 9.494/97, que conversão em lei a Medida Provisória nº 1.570-5, do mesmo ano. Essa alteração chegou a ser questionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 1.576-1, na qual se obteve medida liminar desfavorável à alteração, suspendendo sua vigência até decisão definitiva de mérito.

No final, com a reedição da Medida Provisória, a ação perdeu o objeto, deixando ainda aberta a possibilidade de tal dispositivo ser declarado inconstitucional. Vale lembrar que as Medidas Provisórias, por vedação expressa da Constituição Federal, contida em seu artigo 62, § 1º, inciso I, alínea 'b', não podem dispor sobre matéria processual³.

Destarte, dispõe atualmente o citado dispositivo (1990) que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator". Ao analisar a citada aludida alteração, Marcelo Abelha (2004: 271) afirma que "não há adjetivos técnicos suficientes para qualificar a péssima qualidade das modificações introduzidas no art. 16".

Primeiramente, deve-se ter em mente que a jurisdição é um poder nacional, não obstante o fato de vivermos em uma República Federativa. Por esse motivo, nada impede que, quando for o caso, um tribunal expeça decisão capaz de surtir efeito em todo o território nacional. Isso acontece, precisamente, quando o objeto é indivisível e de natureza difusa.

³ Para um histórico das alterações do art. 16 da Lei nº 7.347 vide Marcelo Abelha (2004: 244-248).

Por esse motivo, a eficácia da sentença não se confunde com a competência do órgão judicial para conhecer o objeto. De um lado, a competência é uma forma da divisão do trabalho feito por aqueles investidos da jurisdição. De outro, a coisa julgada, ao contrário, guarda relação com a natureza do interesse tutelado, com as partes e com o pedido - objeto da demanda. Sendo o direito ao meio ambiente autêntico direito difuso, as decisões proferidas devem atingir todos aqueles sujeitos possíveis que se encontrem dentro do território nacional.

Entender de forma diversa, aceitando a péssima técnica e redação do artigo 16 da LACP, recorde-se, advinda da conversão de uma Medida Provisória, importa não apenas em restringir o acesso à justiça, como também em possibilitar decisões conflitantes para titulares do mesmo direito, em enfraquecer a jurisdição e colaborar para a sobrecarga desnecessária do judiciário.

Outro efeito qualificado por Marcelo Abelha (2009: 272) como esdrúxulo seria a relação proporcional entre abrangência territorial da coisa julgada e do grau de recurso no qual a decisão será revista: "em cada grau que se sobe em um nível recursal ter-se-á um aumento dos limites subjetivos do julgado, já que aumentará o alcance territorial da competência do órgão relator".

Acertadamente, repudiam a escabrosa alteração, dentre outros, Rodolfo de Camargo Mancuso (2006: 325-360), Édis Milaré (2011:1465), Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2013:739-741), Humberto Dalla B. de Pinho (2013:811) e Hugo Nigro Mazzilli (2013:639).

Merece destaque, nesse ponto, o posicionamento de Mazzilli (2013:626), para quem a alteração na Lei da Ação Civil Pública não tem capacidade de desconstituir o sistema de tutela dos direitos difusos, formado por esta lei e o Código de Defesa do Consumidor:

Pois bem, de um lado, o CDC estende a competência territorial do juiz prolator a todo Estado ou a todo o País, em caso de dano regional ou nacional (art. 93, II); de outro lado, o CDC disciplina adequadamente a coisa julgada na tutela coletiva (art. 103) - e seus princípios se aplicam não só à defesa coletiva do consumidor, como também à defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, tenham ou não origem nas relações de consumo. Naturalmente, em face dessa conjugação de normas, restou ineficaz a alteração que o art. 2o da Lei 9.494/97 procedeu no artigo 16 da LACP (2013:626)

Apesar de a primeira parte do dispositivo aludido merecer as críticas diversas e severas, cujos fundamentos já foram expostos anteriormente acima, a segunda parte do artigo 16 merece elogios. Dispõe dispositivo em cotejo que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, [...] exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas,

hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova"(1985).

Conforme bem destaca Marcelo Abelha (2009: 264), o conceito de prova nova aqui reflete aquela "não utilizada no processo anterior, independentemente de sua origem ser nova ou velha". Ao propor nova ação, sob os mesmos fundamentos, deve a parte, demonstrar, juntamente com o caráter novo da prova, sua idoneidade para demonstrar os fatos alegados.

Os conflitos ambientais e a determinação dos danos sofridos ou prováveis frequentemente exigem das partes em litígio o domínio de conhecimentos e a disponibilidade de recursos para apresentação de laudos e informações capazes de demonstrar o interesse de agir e a necessidade da tutela.

Diferente do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos outros entes legitimados, nem sempre associações dispõem de capacitação técnica para produzir provas capazes de comprovar a ocorrência ou mesmo a probabilidade de se estar diante de um caso de lesão ou ameaça ao meio ambiente.

Daí ser importante o dispositivo, possibilitando o ajuizamento de nova demanda com base em prova nova e esclarecedora, caso a demanda anterior não tenha sido bem-sucedida no aspecto probatório. Passamos agora a analisar o instituto da perícia e sua aplicação nas ações civis públicas.

PERÍCIA AMBIENTAL

A perícia consiste num importante meio de produção de elementos probatórios a serem submetidos ao contraditório. Conforme podemos depreender da leitura do Código de Processo Civil (1973), especialmente do artigo 420, trata-se de uma atividade técnica e especializada (geralmente custosa e morosa em sua execução nos processos judiciais). São exemplos clássicos desse tipo de atividade os exames, as vistorias e as avaliações.

Podemos definir o termo, de acordo com De Plácido e Silva (2001: 602) perícia como "o exame, a verificação, acerca da verdade ou da realidade de certos fatos, por pessoas que tenham reconhecida habilidade ou experiência na matéria de que se trata". Consiste, assim, na "medida que vem mostrar o fato, quando não haja meio de prova documental para mostrá-lo, ou quando se quer esclarecer circunstâncias a respeito do mesmo, que não se acham perfeitamente definidas" (2001: 602).

Ressalta Paulo Bessa (2005: 89) Antunes que "é fruto de um trabalho especializado que tem por objetivo esclarecer uma situação que o mero senso comum não é capaz de dirimir".

As regras gerais acerca do instituto constam do Código de Processo Civil (1973). Embora seja uma lei da década de 1970, sofreu umas alterações importantes no que tange às perícias.

A primeira delas, de cunho mais amplo, ocorreu na década de 1990, por meio da Lei 8.455/1992. Dentre os pontos positivos dessa primeira reforma, destacamos: (i) o fim da necessidade do perito e dos assistentes técnicos comparecem antes em juízo para assinar termo de compromisso; (ii) a nova configuração dos assistentes técnicos como pessoas de confiança da parte, não mais sujeitas aos incidentes de suspeição e impedimento. A segunda alteração, com a adição do artigo 431-B, que comentaremos mais adiante, no tópico seguinte.

Inicialmente, deve-se registrar que tal instrumento deve-se revelar necessário, não cabendo quando outros meios de prova forem suficientes para o esclarecimento dos fatos objeto da demanda. Por essa razão, nos termos do artigo 420 do Código de Processo Civil (1973), deverá ser indeferida a perícia quando: I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Já conforme o 427 da Lei Processual (1973), "o juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes".

O JUIZ, O PERITO E O ASSISTENTE

De acordo com o Código de Processo Civil (1973) "quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito". Os peritos são considerados Auxiliares da Justiça, trabalham no intuito de ajudar os magistrados a formar seu convencimento. Devem possuir nível universitário, inscrição no órgão de classe e certidão desse órgão atestando a especialidade.

Destaca com propriedade Lilian Alves de Araújo (2012:180), que "o profissional convocado para exercer a função de perito judicial, além de sua formação técnica específica, deve possuir uma noção básica de Direito Processual Civil, pois é no âmbito deste ramo da ciência jurídica que ele irá atuar, tendo, obrigatoriamente, que seguir os ritos previstos no CPC".

Nos termos do artigo 147 do aludido diploma processual (1973), "o perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer".

Conforme os artigos 421 e 422 do mesmo diploma (1973), as partes envolvidas podem indicar assistente técnico para acompanhar a perícia e elaborar quesitos - perguntas específicas - para serem considerados nesta atividade. O prazo para a indicação dos assistentes e apresentação dos quesitos é de 5 dias, contados da ciência da nomeação do perito. O juiz pode igualmente elaborar quesitos, cabendo a ele indeferir aqueles apresentados pelas partes que julgue impertinentes.

Aqui vale alertar para a necessidade de que os quesitos sejam elaborados pelo assistente, já que são indagações de natureza técnica raramente sob o domínio dos advogados ou mesmo das partes interessadas, por mais cultos que sejam, especialmente na seara ambiental.

Como vimos, o assistente técnico é uma pessoa de confiança da parte, podendo ser seu amigo e até parente, não se aplicando os institutos da suspeição e do impedimento. Geralmente, o assistente técnico deve ser contratado e custeado pela parte, como bem informa o artigo 33 do Código de Processo Civil (1973).

Nos termos do artigo 429 da lei processual (1973), "para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças".

De acordo com o artigo 429 (1973), sem prejuízo dos quesitos apresentados pela parte e determinados pelo juiz, pode acontecer que, no curso de uma vistoria ou diligência, surjam questões e que essas sejam levantadas pelos assistentes técnicos. Esses quesitos serão considerados suplementares, reduzidos a termo e juntados aos autos do processo.

Em consonância com o teor do artigo 433, parágrafo único (1973), os assistentes possuem o prazo de 10 dias, contados da apresentação do laudo pericial ao cartório do juízo, independentemente de intimação, para entregar ao juízo seus pareceres.

Conforme os artigos 437 a 439 (1973), caso a perícia não produza os esclarecimentos necessários, poderá ser determinado pelo juízo competente, de ofício ou a

pedido das partes, a realização de nova perícia, com o mesmo objeto da anterior e o objetivo de sanar omissões ou incorreções verificadas.

Cumprido ressaltar que o valor dos elementos probatórios produzidos na perícia não é absoluto nem vincula a decisão do juízo, embora deva sempre ser considerado entre seus fundamentos.

Assim, a decisão poderá ser tomada considerando também outros elementos, tais como pareceres técnicos, fotografias, vídeos e análises laboratoriais juntados nos autos do processo. Em outras palavras, o juiz não está vinculado aos resultados da perícia nas demandas ambientais, podendo-se citar, dentre outros, Humberto Dalla B. de Pinho (2013b:263) e Álvaro Luiza Valery Mirra (2007). Conforme esclarece Mirra,

deve-se ter sempre em mira que, apesar da relevância das avaliações técnicas e científicas em matéria ambiental, a análise quanto à ocorrência ou não da degradação ambiental, da lesividade da atividade ou donexo causal, nas ações civis públicas, permanece como questão jurídica a ser solucionada pelo magistrado, sem que se possa admitir a vinculação automática e acrítica aos resultados das perícias e dos trabalhos técnicos (2007:6).

Nos termos dos artigos 440 a 442 da Lei Processual (1973), o juiz responsável poderá optar, inclusive, por visitar pessoalmente o local periciado ou as pessoas afetadas por um acidente (p. ex. intoxicadas), quando entender necessário para melhor entendimento do caso. Ao final dessa diligência, prevista no artigo 436 de "inspeção judicial", deverá ser lavrado auto circunstanciado, com a menção expressa de tudo o que for relevante para o deslinde do litígio.

PERÍCIAS NA ÁREA AMBIENTAL

Na seara ambiental as perícias ganham alguns contornos específicos como a geral necessidade de profissionais de várias formações para a elaboração de laudos. Na opinião de Álvaro Luiza Valery Mirra (2007:6)

No tocante aos meios de prova nas ações civis públicas ambientais, não há como deixar de mencionar, em destaque, a perícia, diante das características das degradações ambientais, que dependem para sua exata apuração, em toda sua extensão, seja com relação aos danos ambientais propriamente ditos, seja com relação ao nexocausal, seja com relação às providências reparatórias, de avaliações técnicas, com base científica, muitas vezes de grande complexidade. Dai porque se tem considerado a perícia como o meio de prova por excelência nas demandas ambientais.

Recentemente, a atual lei processual (1973) foi alterada para prever este tipo de situação, com o acréscimo do artigo 431-B, segundo o qual, "tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico".

Duas das principais Leis em matéria ambiental trazem a previsão da realização de perícias antes da propositura da ação e que, para valerem como prova, devem ser submetidas ao contraditório no curso do processo judicial.

A Lei da Ação Civil Pública (1985) prevê em seu artigo 8o o instrumento do inquérito civil, podendo-se requisitar de qualquer órgão ou entidade pública a produção de "informações, exames e perícias", consistindo a omissão ou o retardamento injustificado no atendimento dessas requisições crime, desde que demonstrado o caráter indispensável da solicitação à propositura de determinada ação civil pública, conforme o artigo 10 do mesmo diploma.

Por seu turno, a Lei de Crimes Ambientais (1998) prevê no artigo 19, § único, que "a perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório".

Vale registrar que, na apuração de infrações penais ambientais o Código de aplicação subsidiária é o que traz a Lei Processual Penal (CPP), qual seja o Decreto-Lei nº 3.689/1941. As perícias em geral estão disciplinadas nos artigos 158 a 184. Além da presença de vários dispositivos similares aos encontrados na lei processual civil, alguns merecem destaque por suas peculiaridades.

Por exemplo, nos termos do artigo 159, § 6o (1941), "havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação".

Já conforme o artigo 170 da lei processual penal, "nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas".

Neste ponto avulta a figura do Ministério Público. Além de poder requisitar perícias, o *parquet* federal, bem como o de diversos estados-membros, possui estrutura integrada por profissionais técnicos de diversas áreas, não raramente agrupados em grupos de apoio técnico

e promotorias especializadas em questões ambientais. Contudo, os laudos periciais devem ser submetidos ao contraditório.

No caso de decisões liminares em ações civis públicas, maior deve ser a cautela do magistrado. Nestes casos, o melhor é que o pedido liminar seja fundamentado em laudos técnicos e pareceres expedidos por instituições e esferas diferentes, ou de autoria conjunta ou repartida, bem como que sejam apresentados outros indícios capazes de justificar uma decisão de tal natureza, considerando que geralmente abarca restrições à parte ré no processo. Laudos ou perícias unilaterais podem não trazer a densidade probatória suficiente para embasar a concessão de uma medida liminar.

A DIFICULDADE DO CUSTEIO DE PERÍCIAS EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

O artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública (1985) prevê que não serão adiantados os honorários periciais e vale dizer, não traz o necessário regramento desse instrumento. Esta regra excepciona o disposto nos artigos 19 e 33 do Código de Processo Civil (1973), abaixo reproduzidos:

Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

§ 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz (1973).

O que por um lado parece positivo, por outro gera situações em que ficam inviabilizadas ou retardadas a perícia a Ação Civil Pública. Isto porque o Código de Processo Civil (1973), de aplicação subsidiária às ações coletivas, prevê no artigo 146 que o perito possa "escusar-se do encargo alegando motivo legítimo".

Levando em conta os custos muitas vezes envolvidos para realização de perícias (ex. material laboratorial necessário em certas ocasiões e equipamento para a análise de dados) e que os peritos, sobretudo os que não são servidores públicos, dependem diretamente de tais honorários para sobreviver, muitos juízes acolhido como motivo legítimo para a não realização da perícia o não adiantamento dos honorários.

Este entendimento, como visto, possui sua lógica e seu fundamento jurídicos, tornando de baixa eficácia o disposto na Lei da Ação Civil Pública, sobretudo nos casos de

perícias solicitadas pelo juízo ou pela associação ou organização não governamental no curso do processo.

Lillian Alves de Araújo (2012: 212), em capítulo específico sobre a perícia ambiental destaca a partir de pesquisa realizada na década de 1990, que:

Na carência de uma solução favorável para este problema, tanto os juízes, na nomeação de peritos, quanto o MP, na contratação de assistentes técnicos, tem, por diversas vezes, convocado técnicos de órgãos públicos ou de instituições acadêmicas para desempenharem esta função, a título de cooperação. O MP vem firmando convênios com as universidades para a viabilização de assistência técnica, arcando apenas com as despesas materiais.

Existem outros julgados do Superior Tribunal de Justiça que merecem ser consignados neste ponto. Num deles, julgar o Recurso Especial n. 933079 (2008), posicionou-se a citada corte pela obrigação de antecipação pelo Ministério Público dos honorários de perito, quando figure como autor na ação civil pública". Confira-se abaixo a ementa do julgado:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS PERICIAIS – MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 18 DA LEI 7.347/85.

1. Na ação civil pública, a questão do adiantamento dos honorários periciais, como estabelecido nas normas próprias da Lei 7.347/85, com a redação dada ao art. 18 da Lei 8.078/90, fuge inteiramente das regras gerais do CPC. 2. Posiciona-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários advocatícios, seguindo a regra de que na ação civil pública somente há condenação em honorários quando o autor for considerado litigante de má-fé. 3. Em relação ao adiantamento das despesas com a prova pericial, a isenção inicial do MP não é aceita pela jurisprudência de ambas as turmas, diante da dificuldade gerada pela adoção da tese. 4. Abandono da interpretação literal para impor ao *parquet* a obrigação de antecipar honorários de perito, quando figure como autor na ação civil pública. 5. Recurso especial provido (2008).

Em outro, com lastro em vários precedentes, conclui que o mesmo Superior Tribunal de Justiça (2007), ao julgar o Recurso Especial n. 570194, que a regra do não adiantamento dos honorários periciais contida no artigo 18 da Lei 7.347/85, aplica-se apenas ao(s) autor(es) da Ação Civil Pública.

Neste aspecto, colacionando a jurisprudência que ilustra tais entendimentos, Paulo de Bessa Antunes (2005: 102-104) argumenta como segue:

As soluções judiciais para as questões de honorários têm sido as mais diversas, indo desde o rateio pelas partes, até a paralisação da ação por falta de remuneração do perito, há inclusive decisão determinando o adiantamento dos honorários, quando o perito não for servidor da justiça.

Há inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reconheceu, nos autos de um Recurso em Mandado de Segurança n. 30.812/SP (2010) impetrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a plausibilidade de que a perícia fosse custeada

por fundo estadual de proteção ambiental. Veja-se abaixo e ementa do julgado, parcialmente reproduzida:

[...] 3. Inexistência de circunstância capaz de qualificar a decisão impugnada como manifestamente ilegal ou teratológica, pois a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsps 733.456/SP e 981.949/RS, ocorrido na assentada do dia 24 de fevereiro de 2010, decidiu que, conquanto não se possa obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas em que figura como parte autora, diante da norma contida no art. 18 da Lei 7.347/85, também não se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente.

4. Diante desse impasse, afigura-se plausível a solução adotada no caso, de se determinar a utilização de recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei Estadual 6.536/89, considerando que a ação civil pública objetiva interromper o parcelamento irregular de solo em área de mata atlântica, ou seja, sua finalidade última é a proteção ao meio ambiente e a busca pela reparação de eventuais danos que tenham sido causados, coincidentemente com a destinação para a qual o Fundo foi criado.

5. Recurso ordinário não provido (2010).

Hugo Nigro Mazzilli (2013:667) alega não ser possível a utilização do fundo previsto na Lei 7.347/1985 para custear perícias ambientais. Segundo o autor, deverá o ente federado correspondente arcar de forma antecipada com os honorários periciais quando a falta de tais recursos representar um óbice à continuidade da demanda:

Se a perícia foi determinada em proveito da defesa de interesses transindividuais, e se a lei dispensou o adiantamento de custas nas ações de caráter coletivo, é porque transferiu o ônus da prova para o Estado. Este deverá viabilizar a perícia com seus próprios órgãos, ou, em caso contrário, arcar com seu custo. A responsabilidade tem mesmo de ser da Fazenda, sob pena de a garantia democrática de acesso coletivo à justiça restar prejudicada (2013:665).

Conforme o citado autor, sendo o Ministério um órgão, deverá a perícia ser paga pelo Ente (União ou Estado-membro) em que se encontra estruturado (2013:666).

Por fim, Mazzilli defende a possibilidade de se resolver a questão utilizando-se da chamada inversão do ônus da prova, hipótese em que correria por conta do réu o pagamento dos custos relativos à produção da prova (2013:667). Acreditamos que essa possibilidade deva ser cautelosa e detidamente estudada, o que foge aos objetivos desse trabalho.

CONCLUSÕES

Da Leitura das normas citadas e das referências disponíveis, podemos concluir que o atual Código de Processo Civil, embora já tenha ganho importantes atualizações desde a década de 1990, estrutura regras que se aplicam às perícias em geral (p. ex. médica, contábil, etc.) e não especificamente àquelas envolvendo lesões ou ameaça de lesões ao meio ambiente.

Diante da ausência de um regime jurídico próprio e apropriado, seja no corpo da lei processual, seja nas Leis de Crimes Ambientais e da Ação Civil Pública, a realização de perícias permanece um campo pouco ou nada atrativo para os profissionais especializados em questões ambientais.

Partindo-se das leituras realizadas, resta cristalino que as dificuldades de custeio das perícias fazem com que estas demorem anos para serem realizadas, quando o são, dependendo, muitas vezes, da boa vontade filantrópica e louvável de alguns profissionais. E tal situação está longe de ser suficiente e compatível com as garantias do acesso à justiça e do adequado tempo do processo, trazidas pelo artigo 5º da Constituição e com contornos relevantes nas demandas ambientais.

Parece-nos que a solução do dilema pericial passa pela constituição de fundos específicos e regras claras de distribuição do seu custo. Nessa linha, podemos sugerir que os fundos sejam de aplicação subsidiária, naquelas oportunidades em que as partes forem comprovadamente hipossuficientes ou quando requisitada a produção de prova pericial por pessoas jurídicas de Direito Público interno.

Por fim, talvez seja o momento de se rever a desastrosa redação dada ao artigo 16 da Lei 7.437/1985, na parte em que procura limitar os efeitos da coisa julgada, por ser tal parte restritiva do acesso coletivo à justiça e capaz de permitir decisões contraditórias de órgãos do Poder Judiciário acerca do mesmo objeto. Ademais, vale lembrar, tal redação é fruto da conversão de uma medida provisória e, logo, como visto acima, flagrantemente inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *A tutela judicial do meio ambiente*, 2005.

ARAÚJO, Lilian Alves de. *Perícia Ambiental em Ações Cíveis Públicas*. In: GUERRA, Antônio José Teixeira; CUNHA, Sandra Baptista. *Avaliação e Perícia Ambiental*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

____. Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília: 1988.

____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disciplina as infrações penais e administrativas em matéria ambiental.

____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial n. **570194/RS**. Julgado pela Primeira Turma em 04 out. 2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 30 mai 2014.

____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial n. **933079/SC**. Julgado pela Segunda Turma em 12 fev. 2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 30 mai 2014.

____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso em Mandado de Segurança n. **30.812/SP**. Julgado pela Segunda Turma em 04 mar. 2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 30 mai 2014.

FIORILLO, Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiza Valery. A Prova na Ação Civil Pública Ambiental. 2007. Disponível em http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131031132802_1912.pdf. Acesso em 30 mai 2014.

PINHO, Humberto Dalla B. de. Direito processual civil contemporâneo. Volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Saraiva, 2013a.

____. Direito processual civil contemporâneo. Volume 2: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. São Paulo: Saraiva, 2013b.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2001.