RESUMO: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro se posicionou favorável ao combate a poluição na Baía da Guanabara. O Superior Tribunal de Justiça liberou o despejo do esgoto. Este conflito de jurisprudencial causa prejuízo ao consumidor de forma direta e indireta..

INTRODUÇÃO

Este artigo foi escrito em parceria com o advogado Diogo de Sousa Oliveira em função de uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, com fulcro na uniformização da jurisprudência, a norma constitucional que prevê a proteção do Meio Ambiente foi desconsiderada.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça se manteve firme no seu posicionamento ao combate da poluição da Baía da Guanabara e desconsiderou o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O cerne da questão gira em torno do serviço de saneamento básico. Enquanto o TJ-RJ se posiciona favorável ao combate ao despejo de esgoto na Baía de Guanabara, o STJ o libera, incentivando o dano ambiental.

Para piorar, a tarifa de esgoto é cobrada sem a efetiva prestação de serviço pela concessionária. Tal fato ilustra o perigo processual e engessamento do instituto do recurso repetitivo previsto no artigo 1036, do Código de Processo Civil.

1. O DIREITO É UM ORGANISMO VIVO

“O direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”[1].

Por oportuno, cabe salientar que a matéria em sede de recurso repetitivo teve como base legal o artigo 543-C, do CPC/73.

No entanto, com todas as vênias, o apontado julgamento não possui efeito vinculante, conforme o que pode ser verificado pela leitura do artigo 543-C, § 8º, do CPC, motivo por que ouso discordar da orientação firmada, por maioria, no Eg. STJ, pelas razões que passo a

discorrer.

O artigo 3º, alínea “b”, da Lei nº 11.445/07[2], traz a definição de esgotamento sanitário, como um conjunto de atividades que se integram.

Logo, se uma das atividades não é cumprida e o serviço não é prestado em sua plenitude, a contraprestação paga pelo consumidor não pode ser a tarifa cheia, mas sim a proporcional ao serviço que lhe foi prestado.

> *Assim, a cobrança da tarifa proporcional se mostra a mais adequada ao caso em apreço. Não só porque, impede o enriquecimento sem causa da concessionária, decorrente da cobrança de serviço de tratamento não prestado, como também porque não torna gratuito o uso de serviço de coleta e transporte do esgoto, o que também implicaria em violação ao equilíbrio e ao caráter contraprestacional da relação contratual. Nesse sentido, hão precedentes desta Corte Estadual no processo nº 0286978-08.2011.8.19.0001 (Apelação – Des. Paulo Maurício pereira – julgamento: 07/08/2013 – quarta Câmara Cível).*

A doutrina dominante tem entendido que a uniformização de jurisprudência não é um recurso típico ou nominado em forma de reexame, mas um incidente que pressupõe julgamento de recursos em andamento pelos diversos órgãos de prestação jurisdicional em segunda instância, e que se mostra como verdadeira questão preliminar a ser decidida pela turma competente.

Nos autos do processo administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000, a Desembargadora Relatora Letícia Sardas, com fundamento no artigo 122, § 3º, do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça, submeteu ao Colegiado do Órgão Especial à apreciação do verbete da súmula Nº. 255, que diz ser“Incabível a cobrança de tarifa pela simples captação e transporte do esgoto sanitário.”.

Frisa-se que o Ministério Público opinou pelo acolhimento do supracitado verbete, o qual teve como base legal o artigo 3º, da Lei nº 11.455/07, que define o que se deve entender por esgotamento sanitário, bem como o que pode ser cobrado.

Esta inovação que se encontrava prevista nos regimentos internos das Cortes, foi normatizada nos artigos 476 a 479, do Código de Processo Civil de 1973, e reiterada nos

artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil de 2015.

Após a consolidação do verbete no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos de uma demanda que tratava da ilegalidade da cobrança de esgoto, decidiu[3] que a concessão para explorar serviço público de esgoto e tratamento dos resíduos é de natureza complexa, e é legal a exigência do pagamento da tarifa quando o serviço de esgoto é oferecido, iniciando-se a coleta das substâncias com a ligação do sistema às residências dos usuários. E ainda, que a finalidade da cobrança da tarifa é manter o equilíbrio financeiro do contrato, possibilitando a prestação contínua do serviço público, bem como que a lei não exige que a tarifa só seja cobrada quando todo o mecanismo do tratamento do esgoto esteja concluído.

Portanto, a cobrança de tarifa de esgoto passou a ser devida, sob o fundamento que a Lei nº 11.455/07, que não exige que a tarifa apenas seja cobrada quando todo o mecanismo do tratamento do esgoto está concluído.

Por sua vez, com base na supracitada decisão, o verbete da súmula nº 255, deste Eg. Tribunal de Justiça foi cancelado, conforme acórdão publicado no dia 31/05/2012, nos autos do processo administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000.

No entanto, no dia 30 de abril de 2014, o Desembargador Alcides da Fonseca Neto, decidiu que a cobrança da tarifa de esgoto era indevida quando não fornecido a totalidade do serviço e, por conseguinte, determinou que a Concessionária restituísse o percentual de 50% do valor cobrado à título de tarifa de esgoto para o consumidor.

De plano é preciso destacar que a base jurisprudencial da supracitada decisão é o voto vencido do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que considerou ilícita a cobrança integral da tarifa quando não prestada uma das etapas do serviço – no caso, o tratamento dos resíduos –, e concluiu que a natureza contraprestacional da tarifa autoriza apenas a cobrança parcial, de forma proporcional aos serviços efetivamente prestados.

Desde então as Câmaras Especializadas em Direito do Consumidor do TJ-RJ vêm decidindo que é correta devolução de 50% do valor cobrado a título da tarifa de esgoto para o consumidor, divergindo tão somente quanto a indenização por dano moral e a devolução em dobro, conforme julgamento proferido no processo nº 0008689-60.2012.8.19.0211.

2. O MEIO AMBIENTE, O DANO AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Embora no texto do art.3º, I, da Lei n. 6938/81, o Meio Ambiente tenha sido conceituado de modo restrito, a doutrina optou por classificado com base nos aspectos que o compõe. Com isso, passou a abarcar tanto seus elementos constitutivos, como a fauna, flora, os recursos hídricos e minerais, quanto os elementos incorpóreos e imateriais.

A partir dessas concepções, Milaré expõe seu conceito sobre o dano ambiental "... arriscamo-nos, para fins eminentemente didáticos, a dizer que *dano ambiental* é a lesão aos *recursos ambientais*, com consequente degradação – *alteração adversa* ou in pejus – *do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida.".* (MILARÉ, 2009, p. 866, grifo do autor).

Ainda assim, há de se observar que mesmo que se cumpram todas as disposições legais, normas jurídicas ou regulamentos, o dano poderá ocorrer. Desse modo, com base nessas definições e utilizando o texto do art. 225, §3º, da Constituição Federal de 1988, procurou-se uma forma de imputar a responsabilidade ao causador do dano.

Com as reformas trazidas no Código Civil Brasileiro de 2002, a doutrina começa a reconhecer e utilizar a Teoria do Risco nos casos de dano ambiental, adotando o que hoje é chamada de Responsabilidade Objetiva, afastando assim, a culpa como pressuposto da obrigação de reparar.

Baseando-se nos princípios da Prevenção e da Precaução, o Direito Ambiental tem como um dos seus principais objetivos evitar que o dano ocorra, por este ser de difícil reparação ou recomposição. Por este motivo, busca-se prevenir o acontecimento de danos previsíveis e imprevisíveis.

Pegando carona também no Princípio do Poluidor-Pagador, o simples perigo do empreendimento, por si só, já exige uma tutela. Como é o caso de um dano decorrente de

um conjunto de fatores naturais imprevisíveis, mas que se tornou possível devido a ação humana, ainda que esta ação tenha seguido todos os padrões e cuidados impostos.

Não se torna razoável que diante do exercício de uma atividade onde existe um perigo de dano, não se enseje um dever de compensação ao seu responsável, “decorrente do simples fato de este se beneficiar diretamente do exercício destas atividades perigosas e particularmente arriscadas, à margem, pois, de qualquer consideração de culpa.”, como bem explica Danny Monteiro. (SILVA, 2008, p. 250).

Na própria Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente 6938/81, no art. 14, § 1º, há a previsão da responsabilidade civil. Nos mesmos moldes, existe previsão também no Código Civil acerca da obrigação de reparar o dano, independente da culpa, em seu art. 927, parágrafo único.

Dessa forma, o Direito Ambiental adota a Teoria Objetiva, haja vista a importância fundamental da verificação dos riscos decorrente do exercício de determinada atividade.

2.1 Responsabilidade do Estado pelos Crimes ambientais

No que tange a Responsabilidade do Estado pelas condutas lesivas, se estenderia ao Poder Público a não permissão de causar danos a outrem. Alguns artigos da atual legislação brasileira ajudam a esclarecer a extensão dessa responsabilidade, como o artigo 37, §6º[4], da Constituição Federal de 1988, que traz em seu texto:

A responsabilidade agora imputada ao Estado, também compreenderá os atos que causem danos a terceiros, praticados por seus agentes, que como bem define Mauro Faria, não se limitam a “meros representantes da Administração, mas sim a própria entidade munida dos poderes de atuação.”. (FILHO, 2014, p. 55).

No Rio de Janeiro, o serviço de tratamento de esgoto é prestado pela concessionária CEDAE, a princípio tais condutas são de competência do Estado: o domínio das águas pelo Estado vem esculpido no artigo 26, da CF, nos incisos I, II e III, delimitando aquilo que é de seu

controle. E a responsabilidade pelo combate a poluição e a defesa do meio ambiente, no artigo 23, da CF.

Além disso, o controle estatal das atividades privadas é feito através do Poder de Polícia, que embora encontre previsão no artigo 78, do Código Tributário Nacional, não se limita a atuação referente ao Fisco. Através dele, o Estado busca harmonizar os direitos individuais e difusos, com uma atuação preventiva ou repressiva.

Machado define da seguinte maneira:

> *Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a pratica de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse publico concernente à saúde da população, á conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividade dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza. (MACHADO, p.385)*

O despejo de esgoto in natura e a falha/ausência na prestação de um serviço de qualidade pela CEDAE provocam alterações na água que comprometem a saúde e o bem-estar da população, além do próprio meio ambiente, se enquadrando no conceito de poluição trazido pelo artigo 13, do Decreto nº 73.030/73, em conformidade com o texto da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, III.

Desse modo, como o Estado é o detentor do poder/dever de proteção e defesa dos direitos e garantias, este deve ser responsabilizado na ocorrência de crimes ambientais oriundo de seus órgãos, ou por aqueles que façam por ele, como as permissionárias ou concessionárias.

Assim, deverá responder pelos riscos que a atividade gerou. Inicialmente em razão das condutas que o agente praticou que ocasionaram o dano, de forma subjetiva, e por fim em decorrência da ausência de fiscalização ou a ineficiência desta, de forma objetiva, vez que não evitou que a lesão ocorresse quando tinha o dever de fazer. Como já entende a jurisprudência do STJ no Agravo Regimental no Recurso Especial -1001780 PR 2007/0247653-4.

Dessa maneira, havendo a comprovação do dano, o nexo de causalidade com a omissão e o

resultado lesivo, o Estado deverá ser responsabilizado pela omissão no dever de fiscalizar e proteger o meio ambiente, como traz o art. 37 § 6º da Constituição Federal.

A lei de crimes ambientais trouxe a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica no artigo 3º, atendendo aquilo que já era trazido pela Constituição Federal no artigo 255, §3º, na medida em que o legislador constatou que os grandes danos causados ao meio ambiente não eram oriundos das atividades praticadas por pessoas físicas.

Nota-se que no artigo 3º, da Lei nº 6.938/81, não há distinção entre poluidor público ou privado, assim, tanto o administrador de uma empresa pública ou privada pode ser responsabilizado pelos danos ambientais provocados pela pessoa jurídica que o representa, porém nesta hipótese, deve ser adotada a teoria subjetiva, conforme traz o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Neste sentido, TJ-SP – APL: 90633578320098260000 SP 9063357-83.2009.8.26.0000.

Não há dúvidas, entretanto, ser cabível a responsabilização do agente público pelos danos ambientais, aos qual a pessoa jurídica de direito público que ele representa for poluidora direta ou indireta.

O que a doutrina sustenta é a impossibilidade de a pessoa jurídica cometer ilícito, no seu interesse ou benefício, pois por sua própria natureza, só podem perseguir fins lícitos, que alcancem o interesse público. Portanto, quem age com desvio é o administrador e, portanto, somente este poderia ser responsabilizado criminalmente por crime ambiental.

3. E O CONSUMIDOR NESSA HISTÓRIA?

Uma das controvérsias do presente artigo gira em torno da existência, ou não, de tratamento de esgoto realizado pela Concessionária de Serviço Público, que justifique a cobrança de tal serviço ao consumidor.

Tal controvérsia está relacionada à legalidade da cobrança de tarifa de esgotamento sanitário pela Concessionária de Serviço Público, sem que haja a prestação completa do

serviço, de modo que está configurada a relação de consumo, a atrair a aplicação das normas insertas no CDC.

Prosseguindo, a relação jurídica entre usuário e Concessionária de Serviço Público é de consumo, a teor do artigo 2º e 3º, da Lei nº 8.078/90, diploma com assento nos artigos 5º, XXXII, 24, VIII e 170, V, da Constituição Federal de 1988.

O artigo 22, do CDC, prevê a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público, independentemente da comprovação da culpa, somente afastado o dever de indenizar quando demonstrada a culpa exclusiva do ofendido ou de terceiro.

Para a configuração da responsabilidade objetiva e do consequente dever de indenizar é necessária a comprovação do fato, do dano e do nexo causal.

Por sua vez, no artigo 14, § 3º, do CDC está disposto que a Concessionária de Serviço Público só não será responsabilizada quando provar alguma excludente de sua responsabilidade previstas nos incisos I e II do mencionado dispositivo legal.

Contudo, nos termos do já exposto anteriormente, a Concessionária de Serviço Público não cumpriu o disposto no artigo 14, § 3º, II, do CDC e do artigo 373, II, do CPC, tornando verossímil as alegações do consumidor, e, por conseguinte, imputa a aplicação do artigo 14, caput, e 22 do CDC.

Sem dúvida, a cobrança indevida por um serviço não fornecido, provoca transtornos e turbação psíquica que ensejam indenização extrapatrimonial, posto que a hipótese em tela é de dano moral derivado da própria prática ofensiva ao direito da parte, ou seja, dano moral *in re ipsa*.

Também não pode ínfima a afastar seu caráter pedagógico punitivo, devendo ser considerado na hipótese as várias atitudes lesivas praticadas que causaram dano, a exemplo, a remessa indevida de carnê para pagamento de prestações oriundas de um contrato fraudulento.

Saliente-se que não há um critério legal pré-determinado para arbitramento da indenização, mas há critérios indicados pela doutrina e jurisprudência, dentre eles a capacidade econômica das partes, o objetivo compensatório e, até mesmo, segundo boa parte da doutrina, um componente punitivo, aplicação esta que, inclusive, bem se enquadra na

presente demanda como meio de impulsionar a Concessionária de Serviço Público a adequar sua conduta aos ditames da boa-fé objetiva, assim evitando o engrossamento da fila de lesados que buscam no judiciário a reparação de seus danos.

Em outra perspectiva, evidencia-se que o fornecedor do serviço de água, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado por este, onerando indevidamente seus recursos produtivos.

A existência do dano moral é evidente, pois a cobrança indevida, basta para gerar no consumidor o sentimento de angústia e ofensa à honra, que vai além do aborrecimento quotidiano, nesse sentido o Verbete da Súmula nº 127 do TJRJ traz que "Para a configuração do abuso do direito é dispensável a prova da culpa".

Ressalte-se que a fixação do *quantum* reparatório é questão delicada, ficando sujeita à ponderação, ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve buscar a solução mais adequada para o caso em exame, sempre observando o princípio da razoabilidade, pois inexistindo critérios determinados e pré-fixados para a quantificação do dano moral, é recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto.

A indenização por danos morais, nesta causa, visa reparar o dano causado pelo desserviço da Concessionária de Serviço Público, sendo certo que o valor imposto observou os parâmetros da razoabilidade, com fulcro no artigo 944, do CC.

Além disso, acrescenta-se que não pode o Poder Judiciário arbitrar valor que beiram a insignificância quando comparados as multas administrativas, sob pena de perder o sentido do punitivo-pedagógico da indenização por dano moral.

Não deve o Estado-Juiz ser permissivo com uma cobrança indevida, sob pena de subscrever e legitimar a irregularidade cometida pela Concessionária de Serviço Público, que enseja seu enriquecimento ilícito.

De acordo com abalizada jurisprudência do STJ, REsp nº 769.580/RS, o *quantum* indenizatório deve ser arbitrado a partir de um sistema bifásico, em que primeiramente se fixa o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em

conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Em um segundo momento, deve-se considerar as características do caso concreto, levando em conta suas peculiaridades.

No caso vertente, cabe ressaltar que o consumidor vem sendo cobrada mensalmente por um serviço que não é prestado na sua plenitude e que tal falha ocasiona um dano irreparável ao meio ambiente.

Entendemos que diante da repercussão fática do tema e dos efeitos de seu reconhecimento é imperiosa que deve ser aplicado ao caso a Teoria do dano reflexo ou ricochete, eis que a situação do dano ambiental sofre reflexo na esfera da vida do consumidor/cidadão.

4. CONCLUSÃO

É lamentável e inaceitável impacto ambiental causado pelo lançamento dos dejetos sanitários não tratados, na natureza, o que somente ocorre porque não há vontade política por parte dos administradores públicos em dar efetividade ao processo de saneamento básico.

A omissão e o descaso de certos administradores públicos, que descumprem reiteradamente diversas normas constitucionais relacionadas ao meio ambiente, sem que até hoje qualquer providência efetiva tenha sido tomada em detrimento de suas ações irresponsáveis.

De maneira que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que firmou o entendimento no sentido de que a efetiva realização de apenas uma das atividades previstas no artigo 9º do Decreto nº 7.217/10 (coleta, transporte, tratamento dos dejetos ou disposição final dos esgotos e dos lodos originários da operação de tratamento) caracteriza a prestação do serviço e autoriza a cobrança, não alcança os preceitos constitucionais de proteção ao meio ambiente e dignidade do cidadão/consumidor.

[1] Voto do Ministro do STF, Eros Grau, no julgamento da ADPF 46 no Tribunal Pleno, no dia 15/06/2005, p. 91.

[2] Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: b) esgotamento sanitário: constituído

pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente

[3] RECURSO ESPECIAL Nº 431.121 – SP (2002/0048952-5)

[4] Art. 37, §6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa