



UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR

RUI GHELLERE GHELLERE

TUTELA AMBIENTAL E TÉCNICA PROCESSUAL

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL E CIDADANIA

**UMUARAMA
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.



RUI GHELLERE GHELLERE

TUTELA AMBIENTAL E TÉCNICA PROCESSUAL

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL E CIDADANIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Paranaense – UNIPAR – Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski.

**UMUARAMA
2008**

RUI GHELLERE GHELLERE

TUTELA AMBIENTAL E TÉCNICA PROCESSUAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Paranaense – UNIPAR – Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito.

Professor Doutor Adauto de Almeida Tomaszewski
Presidente da Banca e Orientador
Membro do corpo docente da Universidade Paranaense – UNIPAR

Professor Doutor Alessandro Severino Valler Zenni
Membro Convidado

Professor Doutor Jônatas Luiz Moreira de Paula
Membro do corpo docente da Universidade Paranaense - UNIPAR

Umuarama/PR, 29 de fevereiro de 2008.

DEDICATÓRIA

Ambiente sadio para a presente e futuras gerações: Um Direito Fundamental!
Dedico este singelo estudo a Julia Chilante Ghellere, minha amada e compreensiva filha, que tanto sentiu a ausência do pai nos momentos de estudo e aquela que me fez compreender de maneira prática a importância da preservação do ambiente para as futuras gerações.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço do fundo do meu coração à minha esposa Fabiana Chilante Ghellere: amiga e companheira a quem devo a tranquilidade e a paz de espírito que tanto se fizeram necessários nos caminhos percorridos durante os estudos que culminaram no presente trabalho.

Ao meu pai Rui Ghellere: a pessoa que me fez despertar desde cedo para o prazeroso estudo do Direito e quem, por suas ações diárias, me faz compreender a importância da honestidade e do senso de justiça. Pai, colega, mestre e companheiro diário, que me incentivou e me deu suporte total para poder vencer mais esta etapa de minha vida.

À minha mãe querida mãe Iriani Ghellere: aquela para quem não são necessárias palavras para descrever o meu amor e gratidão por tudo que já fez por mim.

À querida Fernanda Ghellere: minha verdadeira ‘alma gêmea’, a pessoa que mais me compreende. Minha revisora, confidente, amiga e irmã. Simplesmente o melhor presente que Deus me deu!

Agradeço ainda a orientação inicial despendida pelo Ilustre Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni que por problemas institucionais não foi possível prosseguir com a orientação, mesmo assim nunca poupou esforços e ajuda quando solicitado.

Por fim, mas não menos importante, agradeço toda a compreensão, presteza e principalmente rapidez de meu orientador o Distinto Professor Doutor Adauto de Almeida Tomaszewski: pessoa que prontamente atendeu ao chamado para assumir nossa orientação no presente trabalho, função que desempenhou com brilhantismo e mestria. Orientação sem a qual não conseguiria concluir o presente trabalho: os meus mais sinceros cumprimentos.

Há homens que lutam um dia, e são bons;
Há homens que lutam por um ano, e são melhores;
Há homens que lutam por vários anos, e são muito bons;
Há outros que lutam durante toda a vida, esses são imprescindíveis.

(Bertold Brech)

∴

GHELLERE, Rui Ghellere. TUTELA AMBIENTAL E TÉCNICA PROCESSUAL. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense. Umuarama, 2007.

RESUMO

Considerando o homem parte integrante do ambiente e que a exploração desordenada dos recursos naturais vem acarretando danos no ecossistema começando a colocar em risco o futuro da humanidade, o presente trabalho aborda a questão ambiental como direito fundamental. Neste contexto é abordada a evolução dos direitos fundamentais até o reconhecimento do ambiente como tal, trazendo a obrigação do poder estatal em tutelar o ambiente através das tutelas normativa, jurisdicional e administrativa. No tocante à tutela normativa faz-se um breve apanhado das normas constitucionais que regulam a matéria. O estado tem o dever de tutelar o ambiente exigindo através de órgãos técnicos que toda atividade seja efetuada dentro das normas no sentido de evitar o risco ambiental, este dever se dá através da tutela administrativa. O dever jurisdicional é abordado a questão da ação como conduto de participação do cidadão na proteção ambiental. O cidadão e as entidades legais têm o poder-dever de participar de forma efetiva para a proteção do ambiente através da ação coletiva vez que a Constituição traz o ambiente como direito fundamental *intergeracional*. Assim a presente geração tem o dever de zelar para que este direito seja assegurado para as futuras gerações. Na segunda parte do trabalho são analisadas as tutelas imprescindíveis ao ambiente: a) tutela inibitória que visa impedir o ato ilícito, não sendo o dano um pressuposto para a sua admissão; b) tutela de remoção do ilícito, que tem lugar após a configuração do ilícito e antes da ocorrência do dano, visando remover o ilícito que já se configurou impedindo sua continuidade e c) tutela ressarcitória que atua especificamente no dano já ocorrido, podendo ser na forma específica, que busca a restauração do bem, ou pelo equivalente que visa a reparação através de pecúnia. Devido a característica difusa do ambiente é preferível a ressarcitória na forma específica, sendo apenas cabível de aplicação a tutela pelo equivalente quando não é possível a restauração do bem e nos casos de onerosidade excessiva. Estas tutelas têm âmbitos de atuação diferentes sendo cumuláveis. A construção de um procedimento capaz de dar efetividade ao direito fundamental é necessário, neste sentido ressalta-se a importância do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, que traz vários mecanismos à disposição do Juiz, além de destacar a técnica antecipatória para impedir que o direito se perca nos ‘caminhos da ação’ e o uso da multa para coibir o réu a cumprir o dispositivo da sentença. Por fim traz outros procedimentos hábeis à tutela do ambiente: a) ação popular, que tem como alvo um ato lesivo, sendo também possível buscar a reparação do dano causado; b) mandado de segurança coletivo que visa acelerar a entrega da prestação jurisdicional na esfera das tutelas coletivas quando se tem um direito líquido e certo; c) ação civil pública que é tido como o meio mais adequado para reprimir danos ao ambiente e tem objeto mediato a tutela efetiva ao ambiente equilibrado, e objeto imediato é a obrigação de fazer ou não fazer, ou a condenação em pecúnia.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental, ambiente, tutela jurisdicional.

GHELLERE, Rui Ghellere. THE ENVIRONMENT GUARDIANSHIP AND PROCEDURAL TECHNIQUE. Dissertation displayed to the Course of Mastership in Procedure Law and Citizenship - Universidade Paranaense. Umuarama, 2008.

ABSTRACT

Considering the man as part integrant of the environment and that to the disordered exploration of the natural resources it comes causing damages the ecosystem that starts put in risk the future of the humanity, the present work approaches the question ambient as basic right. In this context the evolution of the basic rights is boarded until the recognition of the environment as being a basic right, bringing the obligation of the State in tutoring the environment through the guardianships normative, jurisdictional and administrative. The normative guardianship it's briefing of the constitutional ruleses that regulate the matter. The state has the duty to tutor administratively the environment demanding through agencies technician who all activity is effected inside of the norms in the direction to prevent the environment risk, this duty if it gives through the administrative guardianship. To the jurisdictional duty the question of the action is boarded as conduit of participation of the citizen in the ambient protection. The citizen has power to participate for accomplishes the protection of the environment through the action because the Constitution brings the environment as right basic intergeracional, thus the present generation has the duty to watch over so that this right is assured for the future generations. In the second part of the work the essential guardianships to the environment are analyzed: a) the inhibit guardianship that aims at to hinder to a tort, not being estimated damage one for its admission; b) guardianship of removal of the illicit, that take place after the configuration of the illicit act and before the occurrence of the damage, that aims at to remove the illicit act and c) compensate guardianship that acts specifically when the damage already occurred. This can be in the specific form, that searches the restoration of the environment, or can be by equivalent that aims at the repairing through money. Due to diffuse characteristic of the environment the compensate guardianship in the specific form is preferable, being only capable to apply the guardianship for the equivalent when the restoration of the environment is not possible and the cases of extreme oppressive. These guardianships have deferential places so can be accumulated. The construction of a procedure capable to give effectiveness to the basic right is necessary, standing out the importance of article 84 of the CDC, that brings some mechanisms the disposal of the Judge, and to detach the advance technique to hinder that the right if loses in the ways of the action and the use of fine to restrain the accused to fulfill the device of the sentence. Finally brings other skillful procedures of guardianship of the environment: a) the public interest action, that aims a harmful act, however is perfectly possible to repairing the damage; b) collective mandamus that it aims at to speed up the judicial sentence in the sphere of the collective guardianships; c) public civil action that is taken as the most adjusted guardianship to restrain damages to the environment and has mediate object the guardianship accomplishes to the balanced environment, and the immediate object is the obligation to make or to not make, or the conviction in money.

KEY-WORDS: basic rights; environment; guardianship

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| QUESTÕES TERMINOLÓGICAS | 12 |
| CAPÍTULO I - O DIREITO AO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL | 18 |
| 1 A Evolução dos Direitos Fundamentais e o Reconhecimento do Ambiente como Direito Fundamental | 18 |
| 1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): O Reconhecimento do Ambiente como Direito Fundamental; e O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) | 19 |
| 1.2 Declaração sobre o Meio Ambiente Humano - Declaração de Estocolmo (1972) | 20 |
| 1.3 Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio-92) | 21 |
| 1.4 Direito ambiental como direito fundamental | 22 |
| 2 O dever estatal de tutela ao ambiente | 32 |
| 2.1 Dever normativo | 32 |
| 2.1.1 A Tutela Constitucional do Ambiente e sua regulamentação infraconstitucional | 33 |
| 2.1.2 A Questão ambiental nas constituições pretéritas | 34 |
| 2.1.3 Traços comuns das Constituições brasileiras anteriores à Carta de 1988 | 36 |
| 2.1.4 A Questão Ambiental na Constituição de 1988 | 37 |
| 2.2 Dever administrativo | 47 |
| 2.3 Dever jurisdicional | 51 |
| 3 A ação como conduto de participação do cidadão na proteção do ambiente | 53 |
| 3.1 Ação, legitimidade para a causa e democracia participativa | 55 |
| 3.2 Ação Civil Pública e Mandado de segurança coletivo | 59 |
| 3.3 Ação popular | 60 |
| CAPÍTULO II - A TUTELA JURISDICIONAL DO AMBIENTE | 62 |
| 1 Técnica processual e tutela jurisdicional do direito | 62 |
| 2 Tutelas imprescindíveis ao ambiente | 64 |
| 2.1 Ilícito e Dano – Diferenciações | 66 |
| 2.2 Tutela inibitória | 68 |
| 2.3 Tutela de remoção do ilícito | 77 |
| 2.4 Tutela Ressarcitória | 80 |

| | |
|--|------------|
| 2.4.1 Peculiaridades do Dano Ambiental..... | 82 |
| 2.4.2 Princípio da Precaução | 84 |
| 2.4.3 Princípio da Prevenção | 86 |
| 2.4.4 Tutela ressarcitória na forma específica..... | 87 |
| 2.4.5 Tutela ressarcitória pelo equivalente..... | 96 |
| 2.4.6 A Onerosidade Excessiva | 97 |
| 2.4.7 Necessidade de cumulação da tutela ressarcitória na forma específica com a tutela ressarcitória pelo equivalente..... | 99 |
| 2.5 Cumulação entre as tutelas inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória..... | 100 |
| 3 A construção do procedimento adequado à concessão de tais tutelas | 101 |
| 3.1 A natureza difusa do direito ambiental e a aplicação do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor..... | 104 |
| 3.2 Técnica antecipatória e Multa | 105 |
| 3.3 Concentração do Poder Executivo..... | 110 |
| 4 Outras Técnicas Processuais hábeis à tutela jurisdicional do ambiente..... | 113 |
| 4.1 Ação popular | 113 |
| 4.2 Mandado de segurança coletivo..... | 117 |
| 4.3 Ação Civil Pública..... | 120 |
| 4.3.1 Termo de Ajustamento de Conduta..... | 127 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 130 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 133 |

INTRODUÇÃO

A espécie humano vem há milênios usufruindo de maneira irresponsável e impensada os recursos naturais da terra. Porém, até algum tempo atrás a exploração dos recursos finitos do planeta terra não eram percebidos, primeiro porque o ambiente conseguia absorver os impactos causados por esta exploração, segundo porque o homem não estava atento às mudanças que vinham ocorrendo com o ambiente e muito menos fazia (ou queria fazer) qualquer relação entre o abuso do ambiente e estas mudanças.

Ocorre que atualmente, com a evolução tecnológica, o uso em grande escala dos combustíveis fósseis, o desmatamento das grandes florestas naturais, o crescimento da população, a caça e pesca predatórias em escala industrial, dentre outros fatores, fazem com que o planeta não consiga mais absorver todo o impacto do abuso do homem, acarretando conseqüências catastróficas para a humanidade, citando, como exemplo, o aquecimento global, o efeito estufa, a escassez de água potável, etc.

O principal problema do abuso e da deterioração destes recursos finitos é que o homem faz parte deste grande ecossistema denominado ambiente, sendo totalmente dependente de seus recursos como o ar, a água e as fontes de alimentos. Assim, qualquer agressão ao ambiente é uma agressão ao próprio gênero humano, desta forma é preciso pensar na proteção ambiental como essencial e necessária à própria sobrevivência da raça humana.

Neste contexto sombrio é que o presente trabalho vem abordar a fundamentação teórica sobre o ambiente como direito fundamental, passando a discorrer acerca das tutelas e técnicas jurisdicionais que visam à proteção do bem fundamental ambiental.

O enfoque do texto está na efetividade processual sendo que o trabalho foi dividido em dois capítulos: o primeiro busca a fundamentação teórica do ambiente como direito fundamental, ao

mesmo tempo em que disserta acerca do dever estatal de proteção do ambiente – dever normativo, dever administrativo e dever jurisdicional.

Ainda faz parte do primeiro capítulo a necessidade de ter a ação como conduto de participação do cidadão na proteção do ambiente, ou seja, dar ao cidadão comum o poder-dever de participar de forma efetiva e legítima para a proteção do ecossistema através da ação. Diz poder dever, pois segundo a Constituição Federal o ambiente sadio não é apenas um direito fundamental para a presente geração, mas também um direito fundamental *intergeracional*, desta forma a presente geração além de ter o *direito* fundamental de usufruir um ambiente hígido, tem ao mesmo tempo o *dever* de zelar para que este direito seja assegurado para as futuras gerações. E este poder-dever moral e constitucional do cidadão traz a necessidade de se conceber uma ativa participação no direito de ação para proteção ambiental.

Na segunda parte do trabalho se passará a analisar a Tutela Jurisdicional do Ambiente, dissertando sobre as tutelas imprescindíveis ao meio ambiente – tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito e tutelas ressarcitórias. Imprescindíveis, pois, como será aprofundado em momento oportuno, visam acima de tudo e de forma efetiva a proteção de bens difusos e coletivos. Estas tutelas são concebidas e têm âmbitos de atuação diferenciadas, assim não são antagônicas, podendo (e devendo dependendo do caso concreto), desta forma, ser cumuladas para uma maior proteção do bem jurídico protegido. Ainda na segunda parte do trabalho, durante análise da tutela ressarcitória, é trazida as particularidades e peculiaridades do dano ambiental, dando ênfase desta forma ao Princípio da Precaução e ao Princípio da Prevenção.

Após análise das tutelas consideradas imprescindíveis na defesa do bem ambiental se discutirá sobre a necessidade da construção de um procedimento adequado para que tais tutelas se tornem capazes de gerar o fim que almejam: dar efetividade as normas protetoras do ambiente. Neste desiderato importante destacar os instrumentos da antecipação da tutela, que visa a evitar que

o direito se perca na burocracia e no interstício do trâmite processual, e da imposição da multa para dar efetividade à sentença de procedência. Na construção de um procedimento adequado para a concessão de tais tutelas visando à proteção de direitos fundamentais não patrimoniais é necessário a substituição do princípio da tipicidade dos meios executivos pelo princípio da concentração do poder executivo do juiz.

Na parte final o presente trabalho tratará sobre os outros procedimentos hábeis à tutela jurisdicional do ambiente, ou seja, a Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação Civil Pública.

A Questões Terminológicas

Primeiramente se faz necessário tecer esclarecimentos quanto à alguns termos e conceitos que serão utilizados na presente dissertação com a finalidade de obter maior seriedade do trabalho e ao mesmo tempo minimizar os riscos causados em ficar alternando de uma expressão a outra no decorrer do texto, causando desta forma possível confusão para o leitor¹. Expressões como: ‘direitos fundamentais’, ‘direitos humanos’ e ‘direitos dos homens’ são utilizadas como sinônimos em inúmeras obras científicas, bem como as expressões: ‘primeira geração’ e ‘primeira dimensão’ também são utilizadas como sinônimas para determinar a evolução dos direitos fundamentais no decorrer da história. Por fim é cabível alguns esclarecimentos quanto à expressão ‘pleonástica’ meio-ambiente bem como seu conceito jurídico, pois este tema permeará a presente obra até o seu término.

¹ Neste tocante Paulo de Barros Carvalho: “Mas, enquanto é lícito afirmar-se que o legislador se exprime numa linguagem livre, natural, pontilhada, aqui e ali, de símbolos científicos, o mesmo já não passa com o discurso do cientista do direito. Sua linguagem, sobre ser técnica, é científica, na medida em que as proposições descritivas que emite vêm carregadas da harmonia dos sistemas presididos, pela lógica clássica, com as unidades do conjunto arrumadas e escalonadas segundo critérios que observam, estritamente, os princípios da identidade, da não-contradição e do meio excluído, que são três importantes formais do pensamento, no que concerne às proposições apofânticas.” (CARVALHO, 2004, p 06)

A matéria em torno dos direitos fundamentais é sempre controversa, até mesmo o que diz respeito à terminologia utilizada. Existe uma grande diversidade de expressões que buscam delimitar estes direitos citando, como por exemplo: Direitos Humanos, Direitos dos homens, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas dentre outros. Neste ponto valido citar Luiz Fernando Coelho:

As dificuldades começam em torno do significado semântico da expressão “direitos fundamentais”, quando se verifica uma discrepância da terminológica na própria legislação. Há constituições que falam em direitos humanos e os articulam com direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se referem a direitos individuais. Na França, o apego à expressão *droits de l’homme* conota o intuito de lembrar o pioneirismo da Declaração de Direitos de 1789. No Brasil, a Constituição de 1988 fala em direitos e garantias fundamentais, albergando regras relativas a direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos inerentes à nacionalidade e direitos políticos. Tal abrangência leva à ilação de que todo esse elenco constitui o conjunto dos “direitos fundamentais” (COELHO, 2007, p. 181)

Neste ponto, importante destacar duas destas expressões, por serem as mais utilizadas, e traçar suas diferenças e por fim dizer qual será a terminologia adotada nesta dissertação, bem com uma breve justificativa da escolha efetuada.

Ingo Wolfgang Sarlet distingue com maestria os chamados direitos humanos dos chamados direitos fundamentais, dizendo que, embora muitas vezes estes termos são utilizados como sinônimos, direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e constitucionalizados por um determinado Estado, ao ponto que os chamados direitos humanos são aqueles acampados por documentos do direito internacional (tratados, protocolos, etc.) (SARLET, 2007, p. 35-36). São aqueles direitos que, caso forem desrespeitados, afetarão a dignidade da pessoa humana como um todo, sendo, portanto, essenciais independentemente de sua constitucionalização.

Desta forma, a tendência de todos os direitos humanos é se transformarem em direitos fundamentais, ou seja, acampados pelas constituições dos diversos países do globo (COELHO,

2007, p. 181). Cabendo o posicionamento de Willis Santiago Guerra Filho em que “os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos” (GUERRA, 2001, p. 37).

Assim, como a presente dissertação trata acerca das tutelas ambientais no direito brasileiro o termo a ser utilizado é ‘direito fundamental’, vez que estes já se encontram acampados pelo direito positivo pátrio.

Quando se trata da evolução dos direitos fundamentais na história é comum se utilizar as expressões geração ou dimensão para dizer acerca do desenvolvimento e da evolução destes direitos na história. O termo geração dá a conotação de substituição pelo anterior, algo novo que vem a substituir a ‘geração’ já existente. Por sua vez o termo dimensão traz o entendimento de somatória ao anterior, de alguma coisa nova que vem a se somar ao já existente tornando-se algo novo e maior. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (SARLET, 2007, p. 54)

Como se estudará de maneira mais aprofundada em momento oportuno, a matéria que norteiam os Direitos Fundamentais e sua evolução através dos tempos sempre se dá pela da adição, ou seja, da soma de novos direitos que, por diversos fatores, começam a ser entendidos como fundamentais aos seres humanos, se somando aos outros direitos deste nível. Neste mesmo sentido se posiciona Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros:

Alguns autores entendem que devemos denominar os diversos períodos de desenvolvimento desses direitos como *dimensões* de direitos fundamentais; de outra feita, outros entendem que devermos denominar de *gerações*. Optamos por aderir à primeira corrente, haja vista que a palavra *gerações* passamos uma sensação – até mesmo pela sua semântica -, de fatos e situações que,

cronologicamente, se sobrepuseram, enquanto a palavra *dimensões* revela-nos a possibilidade de desenvolvimento e expansão dos direitos fundamentais, sem a necessidade de exclusão ou substituição. (MEDEIROS, 2004, p. 68)

Assim, em prol do rigor técnico, será utilizado o termo dimensão e não geração no intuito de discorrer acerca dos diferentes grupos de direitos fundamentais, vez que os novos direitos desta categoria não anulam os já existentes, e sim vêm a somar com estes enriquecendo a matéria.

Apesar da grande maioria dos autores utilizarem o termo ‘meio-ambiente’, existem críticas quanto ao seu uso devido ao pleonasma que traz a expressão, pois meio² é ‘aquilo que envolve’, enquanto que ambiente³ também é considerado aquilo que envolve, aqui especialmente envolve os seres vivos. Ressalta-se inclusive que os dicionários os têm como sinônimos. Neste sentido Paulo Affonso Leme Machado defende que a palavra ‘meio ambiente’ é um pleonasma, vez que um termo envolve o outro. (MACHADO, 1998, p. 69).

Mesmo se tratando de pleonasma Hamilton Alonso Jr. prefere a utilização da expressão meio ambiente visto que tal expressão se encontra consagrada na doutrina mundial. (ALONSO, 2006, p. 24-25). Para aqueles que defendem o uso da expressão ‘meio ambiente’ ainda tem a seu favor a sua adoção pela legislação brasileira, como se vê tanto na Constituição Federal (Artigo n.º 225) bem como em várias legislações esparsas – *verbia gratia* na Lei n.º 6.938/81.

Data venia ao renomado autor e outros que adotam a expressão ‘meio-ambiente’, entende-se que não é o costume e consagração de algo equivocado que o faz certo, assim optou-se no presente trabalho pelo uso da expressão ‘ambiente’ para designar ‘a composição de todas as coisas e fatores externos ao homem, individual ou coletivamente considerado’ (ALONSO, 2006, p. 25)

² Meio [Do lat. mediu, por via popular.] S. m. - 5. Situação de permeio (AURÉLIO, 2004)

³ Ambiente [Do lat. ambiente.] Adj. 2 g. 1. **Que cerca ou envolve os seres vivos ou as coisas**, por todos os lados; envolvente: S. m. 2. **Aquilo que cerca ou envolve os seres vivos ou as coisas; meio ambiente**. 3. Lugar, sítio, espaço, recinto: **4. Meio**. (AURÉLIO, 2004); Ainda: Meio-ambiente 1. O conjunto de condições naturais e de influencia sobre os organismos vivos e os seres humanos. (AURÉLIO, 2004)

Sobre o conceito jurídico de ambiente o legislador preferiu trazê-lo de forma expressa, e o fez no inciso I do artigo 3.º, da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – onde “I – meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” Sobre o conceito normativo José Afonso da Silva assim discorreu:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. (SILVA, 1994, p. 6)

Hugo Nigro Mazzilli diz ser tão amplo o conceito legal dado pelo artigo retro-citado que é possível subdividir o ambiente em três aspectos: i) o ambiente natural (solo, atmosfera, água, as formas de vidas em geral); ii) o ambiente artificial (o espaço urbano construído) e iii) o ambiente cultural (consubstanciado na interação do homem ao ambiente, ou seja, o ‘urbanismo, o zoneamento, o paisagismo, os monumentos históricos, assim como os demais bens e valores artísticos, estéticos, turísticos, paisagísticos, históricos, arqueológicos etc.’) (MAZZILLI, 2003, p. 137). Cabe ainda acrescentar a este conceito o meio ambiente de trabalho.

Por fim cabe salientar que não é possível desvincular homem do ambiente, vez que a raça humana por mais evoluída que seja em relação os outros seres-vivos, não deixa de ser um animal que integra e completa o ambiente, neste sentido importante os esclarecimentos de José Rubens Morato Leite:

[...] Esta visão de integração e interação é destacada por Vieira, que salienta que o tema meio ambiente não serve para designar um objeto específico, mas, de fato, uma relação de interdependência. Tal interdependência é verificada de maneira incontestável pela relação homem-natureza, posto que não há possibilidade de se separar o homem da natureza, pelo simples fato da impossibilidade de existência

material, isso é, o homem depende da natureza para sobreviver. O meio ambiente é conceito que deriva do homem, e a ele está relacionado; (LEITE, 2000, p. 73)

De outra forma não poderia ser, pois o homem é um animal e, como todo o animal, é totalmente dependente dos recursos naturais do planeta, assim toda a noção de ambiente deve ter o homem como parte integrante. Sendo assim, o ambiente sadio é indispensável para a sobrevivência humana o que torna a tutela ambiental primordial e indispensável para a própria sobrevivência do gênero humano.

CAPÍTULO I - O DIREITO AO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O RECONHECIMENTO DO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Na atualidade falar do direito a um ambiente equilibrado e sadio e tê-lo como um direito fundamental é um entendimento pacífico e aceito, ainda mais diante das profundas transformações climáticas que vêm ocorrendo no macro-ambiente em decorrência do uso desordenado dos recursos naturais finitos e, principalmente, da emissão de poluentes na atmosfera de forma descontrolada o que vem ocasionando um deterioramento na qualidade de vida da população global.

Não obstante o entendimento atual, a questão ambiental ficou em total esquecimento, ou em segundo plano, durante um longo período, e isto não se deve ao fato de que outrora o ambiente não era considerado como essencial e primordial à sobrevivência do gênero humano, mas o que acontecia é que a poluição não chegava a níveis tão altos como os atuais, desta forma, o próprio ambiente suportava e absorvia tais agressões sem acarretar maiores conseqüências para a raça humana.

Ocorre que, como se demonstrará, atualmente é necessário ter o ambiente como um direito fundamental, vez que a deterioração da biota é tão grande que está afetando diretamente não só a qualidade de vida, mas a própria vida em si, ou seja, o bem fundamental por excelência acaba em xeque devido ao descaso com a questão ambiental. Neste momento histórico é que se torna ainda mais importante a defesa do ambiente e sua elevação ao status de 'direito fundamental'.

Estas questões serão aprofundadas no decorrer do presente tópico, sendo importante fazer um breve esboço a cerca da evolução histórica da questão ambiental no ordenamento jurídico até se chegar ao reconhecimento do mesmo como direito fundamental.

1.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948): O RECONHECIMENTO DO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL; E O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, um dos mais importantes diplomas internacionais, apesar de não se referir de maneira expressa quanto à necessidade de proteção do bem ambiental, assim o fez de maneira reflexa, pois em diversos de seus dispositivos trata da questão, neste sentido:

Referida Declaração Universal já dava os primeiros passos no sentido de trazer à baila normativamente a proteção do ambiente sadio na esfera global. Quando se refere ao *repouso e lazer* (art. 24, poluição sonora, parques e áreas verdes), *habitação* (art. 25, urbanismo), *vida cultural* (art.27, patrimônio histórico, artístico etc.). enfim, o *bem estar de uma sociedade* (art. 29), a Carta Universal dos Direitos Humanos já estava reconhecendo o valor indisponível ao meio ambiente para, em plenitude, “(...) gozar os direitos e liberdades (...)” (art. 2) por ela assegurados aos homens, posto ser indissociável cada um desses temas no provimento da dignidade humana. (ALONSO, 2006, p. 29)

Verifica-se assim que tal diploma já estava, de certa forma, prevendo a necessidade da tutela ambiental para que o homem possa efetivamente fruir de forma sadia seus direitos fundamentais. Se este importante diploma não trouxe de maneira mais marcante a importância de proteção ambiental, o mesmo não se pode dizer do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 onde trouxe de maneira expressa: “Artigo 12 – 2. As medidas que os Estados partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a)...; b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do **meio ambiente.**” (ALONSO, 2006, p. 29, grifo nosso). Portanto neste último pacto internacional, ainda que de forma tímida, se iniciou a marcha normativa internacional rumo à tutela do ambiente.

1.2 DECLARAÇÃO SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO - DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO (1972)

A 'Declaração da Organização das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano', chamada sinteticamente de 'Declaração de Estocolmo', levando o nome da cidade que sediou a Conferência da ONU sobre o Ambiente Humano, contém vinte e seis princípios que devem ser respeitados sobre cuidados relativos ao ambiente e aos seres humanos. Logo no Princípio I da referida declaração tem:

Princípio 1: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras. (Nações Unidas, 1972.)

Hamilton Alonso Jr. traz que a Declaração de Estocolmo é um marco histórico representativo em termos de diplomas internacionais que visam a proteção ambiental, pois foi a primeira convenção organizada no intuito de tratar especificamente da questão ambiental. (ALONSO, 2006, p. 28). Muito embora a Declaração de Estocolmo tenha recebido críticas no momento de sua redação final não se pode negar que tal diploma exerceu importante influência nas convenções internacionais vindouras que culminaram em importantes normas capazes de proteger eficazmente o ambiente, neste sentido destaca-se as palavras de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva:

A declaração de 1972 foi criticada na ocasião, por não haver adotado normas mais rígidas. O que não se pode ignorar, contudo, é que, de 1972 para cá, exerceu decisiva influência na defesa do meio ambiente. Muitos dos 26 princípios nela contidos foram incorporados a convenções internacionais, em inúmeras declarações e resoluções, e pode-se prever que o movimento ambientalista saiu da Conferência do Rio de Janeiro fortalecido e com normas capazes de orientar e inspirar a comunhão internacional. (NASCIMENTO E SILVA, 1995, p. 30)

Necessário destacar ainda que a importância do citado diploma internacional se dá não somente por definir como direito fundamental o ambiente, mas traz também a responsabilidade intergeracional, ou seja, o dever de zelar pelo ambiente não somente para a geração presente, mas também o dever de preservar para que as futuras gerações possam também desfrutar os recursos naturais na situação de preservação atual (qualidade de ar, condições climáticas, preservação de todas as espécies animal ou vegetal existentes hoje, etc.)

1.3 CONFERÊNCIA DA ONU SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (Rio-92)

A ‘Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o ambiente e o desenvolvimento sustentável’ (Rio-92) aconteceu na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1992, sendo que a síntese das discussões ali realizadas culminaram na “Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento” em que encerrou vinte e sete princípios a serem observados pelos Estados membros em questões relativas ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável. Entre estes princípios merece destaque o número 2, que retoma a redação do famoso princípio 21 da Declaração de Estocolmo de 1972⁴, no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre meio Ambiente Humano.

Rodrigo Fernandes More faz uma ótima síntese sobre os objetivos da Declaração do Rio, *in verbis*:

Os princípios declarados dão uma excelente noção da complexidade do tratamento da questão ambiental em relação ao desenvolvimento econômico, abrangendo as seguintes áreas: 1. O papel central da humanidade; 2. Soberania sobre recursos e

⁴ Princípio 21: “Estados têm o direito soberano de explorar os seus próprios recursos, de acordo com a sua política, desde que as atividades levadas a efeito, dentro de sua jurisdição ou sob o seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição nacional”

responsabilidade de prevenir atividades territoriais que causem danos extraterritoriais; 3. Direito de desenvolvimento; 4. Proteção ambiental; 5. Erradicação da pobreza; 6. Países em desenvolvimento; 7. Países desenvolvidos; 8. Padrões insustentáveis de produção e consumo; 9. Cooperação científica e tecnológica; 10. Acesso à informação, alargamento da participação no processo de tomada de decisões; 11. Legislação interna de meio ambiente; 12. Comércio internacional; 13. Responsabilidade e compensação pela poluição e danos ao meio ambiente; 14. Transferência internacional de atividades perigosas e substâncias; 15. Proteção preventiva ao meio ambiente; 16. Aplicação do princípio do "poluidor-pagador"; 17. Avaliação de impacto ambiental; 18. Notificação a outros Estados sobre emergências ambientais; 19. Notificação e consulta sobre atividades que possam produzir efeitos transfronteiriços; 20. Papel da mulher; 21. O papel da juventude; 22. O papel dos povos indígenas; 23. O meio ambiente e os recursos dos povos sobre opressão, dominação e ocupação; 24. Conflitos armados; 25. Paz; 26. Solução de controvérsias e, 27. Cooperação de boa fé para o desenvolvimento sustentável. (MORE, 1998, p.2)

Verifica que tal diploma de direito internacional preocupou-se de maneira global com a questão ambiental, sendo um dos mais importantes já realizado.

1.4 DIREITO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Enciclopédia Saraiva do Direito assim define direito fundamental:

Esta expressão é utilizada para designar o conjunto das regras que enfeixam os preceitos básicos de um sistema ou ordenamento jurídico, de modo que, dentro da hierarquia normativa, ocupam o grau supremo e presidem não só o processo de elaboração como também o intrínseco conteúdo das normas hierarquicamente inferiores. Sendo assim, do ponto de vista estritamente normativo, a expressão serve para referir o direito constitucional. (FRANÇA, 1977, v. 27, p. 170-171).

Ronald Dworkin afasta qualquer dedutividade jus naturalista quanto aos direitos humanos, e diz que estes direitos são definidos não só pela legislação mas principalmente pela jurisprudência, o que, no sistema da *common law*, é extremamente importante. Ou seja, as decisões judiciais, segundo ele, devem funcionar como o espelho da vontade da sociedade com um todo,

devendo elas decidir quais os direitos que devem ser considerados fundamentais, em virtude de atenderem às expectativas da comunidade, ou sejam, os *standarts*. (COELHO, 2007, p. 191-193).

Porém neste ponto cabe salientar que Dworkin não se refere a qualquer sociedade, mas sim às sociedades que acha já ter atingido o ‘ápice de desenvolvimento’ (subentende-se a sociedade norte-americana e européia), comunidades ‘desenvolvidas’ ao ponto de serem capazes de distinguir entre o moralmente correto e o que não o é. E neste ponto Luiz Fernando Coelho ressalta que Dworkin é considerado porta voz da filosofia neoliberal, e, juntamente com John Rawls, são defensores ferrenhos dos padrões éticos norte-americanos. Em suas palavras:

Nestes dois autores norte-americanos subentende-se que o horizonte de ambos a civilização contemporânea ocidental, evoluída até ao presente padrão da Europa e Estados Unidos. Dworkin não o confessa, mas, juntamente com Rawls, pode ser considerado autêntico porta-voz da filosofia neoliberal defensor ferrenho dos padrões éticos norte-americanos. (COELHO, 2007, p. 199).

Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, também chamados de direitos da liberdade, têm por titular o indivíduo em oposição ao Estado, valorizando o homem em sua individualidade, tendem a proteger a liberdade do indivíduo perante o Estado. São direitos de defesa (de cunho ‘negativo’), pois exigem uma *abstenção* do Estado, um não intervir para que sejam assegurados. Assim: “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, 2000, p. 517)

Em um primeiro momento têm o direito à vida, à liberdade, à igualdade, posteriormente são complementados pelas liberdades de ‘expressão coletiva’ como liberdade de expressão de imprensa, da livre associação, etc. Ingo Wolfgang Sarlet lembra que o direito de igualdade subentende-se também a igualdade formal – perante a lei – bem como algumas das garantias

processuais⁵. (SARLET, 2007, p. 56). Paulo Bonavides destaca que são os chamados direitos civis e políticos. (BONAVIDES, 2000, p. 517)

Porém, chegou-se a um momento histórico que não mais era possível assegurar aos cidadãos a completa fruição de seus direitos individuais devido às profundas desigualdades sociais provocadas, principalmente, pelo grande impacto da industrialização. Assim como os direitos da primeira dimensão eram de cunho eminentemente negativos, que apenas assegurava ao indivíduo uma omissão estatal para serem configurados, as desigualdades sociais acarretaram que somente os mais afortunados financeiramente conseguiam a fruição de suas liberdades em face da exploração demasiada da grande parcela da população menos favorecida financeiramente.

Neste contexto ao Estado passa a ser imputado o dever de gerar uma justiça social mínima. Eis que surgem então os direitos fundamentais de segunda dimensão, onde se destacam o social, o cultural e o econômico, bem como os direitos da coletividade. Estes direitos são (principalmente, porém não essencialmente) direitos ‘positivos’ ou ainda ‘de prestações’ vez que exige-se do Estado não uma omissão mas sim uma ação no sentido de proporcionar a todos a fruição destes direitos. Como destaca Sarlet: “Não se cuidam mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.” (SARLET, 2007, p. 57). Diz serem direitos principalmente positivos, pois existem alguns destes direitos que são de cunho ‘negativos’ como, por exemplo, o direito à livre sindicalização, o direito de greve, dentre outros, ou sejam direitos que para se assegurarem exige apenas uma ‘abstenção’ do Estado para se garantirem.

Paulo Bonavides ensina que são provenientes do princípio da igualdade, e dele não podem se distanciar (BONAVIDES, 2000, p. 518). Os direitos sociais passam a ser entendidos com fundamentais na medida em que se tornam essenciais para fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, ou seja, a efetiva fruição dos direitos fundamentais de primeira

⁵ Devido processo legal, hábeas corpus, direito de petição, etc.

dimensão, neste sentido importante destacar o entendimento de Ingo W. Sarlet: “Os direitos fundamentais sociais passam a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades.” (SARLET, 2001, p. 18)

Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira dimensão são aqueles dotados de um alto teor humanístico, vez que visam defender o gênero humano como um todo, não apenas o de proteger um indivíduo, de proteger uma coletividade ou um Estado individualizado. São direitos ligados à solidariedade e à fraternidade.

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem - indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, *ao meio ambiente* e qualidade de vida bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. (SARLET, 2007, p. 58, grifo nosso).

Por sua vez Vasak identificou-os como sendo cinco: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito a comunicação e, mais importante para o presente estudo, o direito ao *meio-ambiente*. (VASAK, 1979, *apud* BONAVIDES, 2000, p 523)

No tocante aos direitos de terceira dimensão se faz importante destacar para o presente estudo que quando o homem passa a abusar e a degradar o ambiente de tal forma que o ecossistema como um todo se torna ameaçado (efeito estufa, descongelamento dos pólos, mudanças climáticas, extinção de espécies, etc.) colocando em xeque o direito fundamental por excelência: o direito à vida, desta forma o direito à um ambiente equilibrado se torna essencial (e fundamental) para a

sobrevivência do gênero humano. Eis que surgem uma nova dimensão de direitos humanos (e posteriormente fundamentais) que visam à proteção de bens difusos.

Em complementação aos direitos individuais e coletivos protegidos pela declaração Universal dos Direitos humanos de 1948, complementada pelos Pactos Internacionais sobre direitos civis e políticos e sobre Direitos Econômicos, sociais e Culturais, se passa a reconhecer esta nova geração de direitos também classificados como fundamentais, sendo exemplo maior dessa nova geração o meio ambiente, que, como visto, já havia sido mencionado em 1966 na proteção dos Direitos econômicos, sociais e culturais. (ALONSO, 2006, p 28-29)

Pela subdivisão dos direitos fundamentais acima exposta, vê-se que esta é uma matéria que se desenvolve de acordo com a evolução da vida em sociedade: em um primeiro momento valoriza o indivíduo sobre o Estado (pois este era o opressor da liberdade individual), depois valoriza a vida em sociedade, passando para um terceiro estágio valorizando o gênero humano com um todo. Assim já se fala em uma quarta (direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo) e até mesmo de quinta dimensão, que visa à proteção do indivíduo em face da realidade virtual. (BONAVIDES, 2000, pp. 524-527; SARLET, 2007, p. 60)

Segundo Glauco Barreira Magalhães Filho “a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação ao valor da pessoa humana”. (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 248) No mesmo sentido tem o entendimento de Bonavides: “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam.” (BONAVIDES, 2000, p. 514)

A dignidade da pessoa humana constitui o conteúdo mínimo (núcleo essencial) de qualquer um dos direitos humanos (e fundamentais), o conteúdo ‘mínimo’ que não pode ser violado, sob pena de violação do direito fundamental como um todo. Desta forma, o princípio da proteção ao núcleo essencial visa exatamente a isso: a proteção dos direitos fundamentais,

assegurando sua integridade. De certa forma pode-se ver isso na teoria da justiça de John Rawls⁶, uma vez que ele defende a existência de direitos que não poderão ser molestados nem mesmo em nome do interesse público. (RAWLS, 1997, p. 64-66)

Antes de dissertar sobre o fundamento jurídico-formal brasileiro do ambiente equilibrado como direito fundamental, se faz necessário alguns esclarecimentos acerca da compreensão dos direitos fundamentais e sua gênese. Neste sentido:

Portanto, antes mesmo de perquirir da inserção do direito ao meio ambiente na classificação de direito fundamental pela via formal, com reconhecimento expresso (art. 5. da CF), nos é dado constatar que, diante de seu conteúdo, no *aspecto material ele deve ser considerado como tal, pois essencial à sadia qualidade de vida*, conforme prevê o art. 223 da CF, que concretiza normativamente este valor (ambiente sadio), com nítida e íntima ligação com outros direitos tão importante quanto a dignidade humana, a vida, a cidadania e a saúde. (ALONSO, 2006 p. 41, grifo nosso)

Seria correto dizer que um direito se torna fundamental somente quando um texto legal assim o determina? O direito à vida, o direito fundamental por excelência, somente é considerado fundamental em determinado país quando sua constituição assim o descreve? Por certo que não. Existem direitos que são inerentes da própria condição de ser humano que devem ser considerados universalmente como fundamentais, ou, a rigor da técnica, direitos humanos.

Para ter direitos e deveres, e ser apto no intuito de gerar efeitos jurídicos no mundo é necessário o ‘nascer com vida’, logo o primeiro direito fundamental que se impõem é o direito à vida. A vida é o direito fundamental por excelência. E sendo a vida condição natural e essencial para se ter direitos pode-se dizer que a liberdade é o primeiro direito que se afirma, pois todo ser nasce livre, visto que a condição de nascer senhor ou escravo, empregado ou empregador, decorre

⁶ Em sua Teoria da Justiça defende a tese que existem dois princípios da justiça, são eles: ‘Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.’

de condição social e não é decorrente da ordem natural. Assim o fato de nascer livre dever ser respeitado e protegido pelo direito (COELHO, 2007, p. 201; FRANÇA, 1977, p.217). Para Heidegger a liberdade é o fundamento do fundamento, ou seja, a própria essência do fundamento. (HEIDEGGER, 1983, p.118)

Com a condição natural e inerente do ser humano em nascer *livre* decorre a *igualdade*, pois se todos são livres, todos são iguais indistintamente, mais uma vez ressaltando que quaisquer tipos de desigualdades ao nascer decorrem de fatores *culturais* e não *naturais*. Pois então aqui se apresentam, e se fundamentam, os direitos fundamentais: vida, liberdade e igualdade. (COELHO, 2007, p. 233)

Desta forma têm-se que alguns dos direitos são considerados humanos, e posteriormente fundamentais, por uma complexa análise multifatorial (dentre os quais cita-se fatores sociais, econômicos, políticos) que ocorrem em determinado período de tempo em que levam ao homem a reconhecer tais direitos como sendo fundamental para sua própria existência. Para Cristiane Derani um direito é considerado fundamental quando o seu conteúdo se faz necessário para construção da liberdade do ser humano, tendo como conceito de liberdade ‘aquele conjunto de elementos mantenedores e estabilizadores da sociedade em que se insere o direito positivo’, e corrobora com o entendimento que direitos humanos (fundamentais) não são apenas aqueles descritos literalmente no ordenamento jurídico. (DERANI, 1997, p. 221)

Neste sentido importante o ensinamento do Constitucionalista Português J.J. Gomes Canotilho:

[...] a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (a) a abertura da Constituição a outros direitos, também fundamental, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materiais mas não formalmente fundamentais; (b) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (c) a abertura a novos direitos fundamentais [...] (CANOTILHO, 2000, p. 355)

Assim Canotilho defende que a existência dos chamados direitos fundamentais antes mesmo de sua positivação através do texto constitucional.

O Tribunal Constitucional alemão reconheceu que os direitos fundamentais destinam-se a assegurar a liberdade do indivíduo frente ao Estado e que na Lei Fundamental estabelece que os direitos fundamentais sejam um sistema valorativo centrado na dignidade da pessoa humana (GAVIÃO, 2005, p. 38). Neste entendimento todo aquele direito que se faz necessário garantir no sentido de preservar a dignidade da pessoa humana, deve ser considerado fundamental, independente de sua prescrição constitucional como tal, porem por questão terminológica, são conhecidos por Direitos Humanos.

Antes da adesão por parte da República Federativa do Brasil ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a fundamentação formal para considerar o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental se dava, principalmente⁷, pelo artigo 255. Porém como este direito não se encontrava no rol dos direitos e garantias do artigo 5.º, esta interpretação, de ser direito fundamental formalmente, era questionada por parte da doutrina.

Salienta-se o entendimento de Sarlet: “Certo é que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) pode ser enquadrado nesta categoria (direito da terceira dimensão), em que pese sua localização no texto, fora do título dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2007, p. 80)

Ainda cabe o entendimento de Hamilton Alonso Jr.

No preâmbulo da Lei Maior, é possível vislumbrar que nosso Estado Democrático será destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna. Nosso bem-estar é consequência de nossa qualidade de vida, sendo inadmissível juridicamente, em face do ordenamento

⁷ Principalmente, pois existem inúmeros outros artigos no bojo da chamada ‘Constituição Verde’ que visam a proteção do meio ambiente, cita-se o artigo 5. LXXIII, artigo 23, VI, artigo 24, VI e VII, artigo 129 III, artigo 170 VI, artigo 174 §1.

implantado, dissociar o bem ambiental dos direitos consagrados como fundamentais, independentemente de não vê-lo expresso no catálogo utilizado pelo ordenamento legal no qual se relacionam tais direitos. (ALONSO, 2006, p.41)

Porém qualquer dúvida quanto à compreensão formal deste direito como fundamental se dissipou com a adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, pelo Brasil, pois tendo aderido a ele de forma integral e sem reservas, o pacto passou a vigorar internamente por força do Decreto n. 592/92. Desta forma, no Brasil *formalmente* passou-se a considerar o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como Direito Fundamental, integrando aos demais direitos e garantias fundamentais descritas na Constituição de 1988, por força expressa do Art. 12 do Pacto Internacional acima citado, *in verbis*:

Artigo 12

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o **direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.**

§2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sadio das crianças.

A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.

A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.

A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. (grifos não constam no original)

Desta forma, tem que o legislador constituinte não criou um rol *taxativo* dos direitos e garantias fundamentais, e sim trouxe um rol *exemplificativo*, deixando aberto o caminho para que novos direitos fundamentais possam ser assim considerados formalmente, por meios da interpretação dos princípios constitucionais e através de adesão à Tratados Internacionais, conforme disposto literalmente no parágrafo segundo do artigo quinto da Carta Magna⁸.

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § Segundo: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes

Neste sentido se posicionam J. J. Gomes Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet:

Mediante a positivação de **determinados princípios e direitos fundamentais**, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e da própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica **‘reserva de justiça’**, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material de ordem jurídica estatal. (SARLET, 2007, p. 71-72, grifos não constam no original)

Para os doutrinadores citados o rol exemplificativo da Constituição Federal, no que tangem os direitos fundamentais, cria o que chamam de ‘reserva de justiça’, ou seja, deixa aberto para que outros direitos possam ser considerados como *fundamentais*. Ingo Wolfgang Sarlet continua:

Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, ‘o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca’. Assim, na esteira do próprio Habermas, tão bem lembrado por Canotilho, é possível partirmos da premissa de que as idéias dos direitos fundamentais (e direitos humanos) e da soberania popular (que encontra-se na base e forma a gênese do próprio pacto constituintes) seguem até hoje determinando e condicionando a auto-evidencia normativa (das normative Selbstverständnis) do Estado democrático de Direito. **É justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados**, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, **integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico**. Situando-nos naquilo que pode ser considerado um espaço intermediário entre uma indesejável tirania ou ditadura dos valores e uma, por sua vez, impossível indiferença a eles, importa reconhecer que intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título.” (SARLET, 2007, p. 71-72, grifos não constam no original)

Diante do exposto, como visto, os autores defendem a idéia que os direitos fundamentais ultrapassam a função de instrumentos de defesa para o cidadão, e atuam como o próprio fundamento material do ordenamento jurídico com um todo.

do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

2 O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO AO AMBIENTE

Pacificado o entendimento que lança o direito ao ambiente sadio para a atual e as futuras gerações no rol dos direitos fundamentais, como visto singelamente no tópico anterior, e levando em consideração que ao Estado é incumbido o dever de proteção dos Direitos Fundamentais, vislumbra que cabe ao Estado promover, de maneira efetiva, a proteção do ambiente.

Esta proteção se dá através de três planos distintos: a) ‘tutela normativa’; b) ‘tutela administrativa e c) ‘tutela jurisdicional’, tutelas estas que serão objeto de estudo nos itens que se seguem.

2.1 DEVER NORMATIVO

Como já visto o direito a um ambiente sadio é um direito fundamental, destarte o primeiro dever que se impõe ao Estado é o de editar normas capazes de proteger efetivamente o ambiente. Desta forma, em um primeiro plano verifica-se que o simples fato da constituição designar o ambiente como um direito fundamental e editar normas neste sentido o Estado já começa a cumprir seu dever de proteção ao ambiente – dever normativo.

Como exemplo análogo válido ressaltar, que o legislador constitucional no artigo 5.º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988 não apenas traz o direito do consumidor como um direito fundamental, mas diz expressamente que o Estado ‘promoverá, na *forma da lei*, a defesa do consumidor’ (grifo nosso), ou seja, além de expressamente determinar que o direito do consumidor é um direito fundamental o legislador já determina de maneira clara e objetiva que o Estado deverá

editar normas (tutela normativa) capazes de eficazmente promover a defesa deste direito fundamental. (MARINONI, 2006, p. 242)

Porém, como bem lembrado por Luiz Guilherme Marinoni ao estado não basta à edição de normas protetoras dos direitos fundamentais, é necessário também (e principalmente) o dever de fiscalizar o cumprimento da norma efetivando assim a plena usufruição por parte de todos do bem fundamental tutelado. (MARINONI, 2006, p. 242)

2.1.1 A Tutela Constitucional do Ambiente e sua regulamentação infraconstitucional

Para cumprir seu inteiramente o dever de tutelar normativamente o direito ao ambiente sadio o Estado não poderia negligenciar tal proteção à nível constitucional, visto que este é o principal diploma legal do Estado, sendo imprescindível que a base da tutela normativa de quaisquer direito tido como fundamental lance suas raízes na Constituição Federal.

Assim, antes de adentrar ao estudo mais aprofundado na questão ambiental na Constituição vigente, necessário trazer, ainda que de forma breve e concisa, como as constituições pretéritas trataram a questão ambiental.

Este resgate histórico se faz necessário e interessante para se ter idéia de como a consciência da proteção ambiental veio crescendo na medida em que a sociedade foi evoluindo, até chegar ao ápice da constituição atual a qual dedicou um capítulo exclusivo para tratar da questão ambiental, e, tamanha a importância deste diploma para a proteção ambiental que é também conhecida com ‘A Constituição Verde’, sendo conhecida e reconhecida como sendo um dos diplomas mais avançados em matéria ambiental atualmente.

2.1.2 A Questão ambiental nas constituições pretéritas

Na Constituição Imperial de **1924** somente se fez uma única referência à questão ambiental, ainda que de forma indiretamente:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

Assim claramente verifica-se que a constituição imperial de 1924 não visava à proteção ambiental de forma específica, apenas se preocupou de maneira indireta visando apenas à proteção da saúde dos cidadãos.

A Constituição da República de 1891 somente discorreu sobre a competência exclusiva do Congresso para legislar sobre minas e terras:

Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional:
29º) **legislar sobre terras e minas de propriedade da União;**

Mais uma vez tem-se que o constituinte não estava interessado em tutelar o ambiente, apenas criou-se a competência exclusiva do Congresso para legislar sobre minas e terras no intuito de proteção patrimonial e não porque estava interessado em qualquer defesa do ambiente.

Por sua vez na constituição de 1934 teve a preocupação de deixar ao encargo da União e dos Estados a proteção das belezas naturais e aos monumentos de valor histórico. Aqui verifica que começa a criar a consciência ambiental, iniciando uma proteção que visa exclusivamente o ambiente – entendido aqui como ‘belezas naturais’:

Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

III - proteger as **belezas naturais** e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;

Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Seguindo a constituição de 1934, a Constituição de 1937 deixou ao encargo da União e dos Estados a proteção das belezas naturais e aos monumentos de valor histórico. (art. 134). Inseriu-se aqui a competência da União para legislar sobre minas, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração (art. 16), tratando também da competência legislativa sobre o subsolo, águas e florestas no artigo 18:

Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

XIV - os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração;

Art 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

a) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração;

Art 134 - Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Na Constituição de 1946, voltou a tutelar a defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 175), manteve a competência legiferante da União sobre as normas gerais da defesa da saúde, das riquezas do subsolo, das águas, florestas, caça e pesca.

Art 175 - As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público

Por fim, a Constituição de 1967 manteve a proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 175), e em seu artigo oitavo insistiu na competência da união para legislar sobre normas gerais de defesa da saúde, sobre jazidas, florestas, caça, pesca e águas, *in verbis*:

Art 8º - Compete à União:

XVII - legislar sobre:

h) jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas, caça e pesca.

Art. 172 - O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

Desta forma a Constituição Federal de 1967 não trouxe, desta forma, qualquer inovação no âmbito da tutela ambiental, mantendo as mesmas disposições da constituição pretérita.

2.1.3 Traços Comuns das Constituições Brasileiras anteriores à Carta de 88

As Constituições, a partir da CF de 1934, trataram de proteger o “patrimônio histórico, cultural e paisagístico”. Em vários textos constitucionais trouxeram a expressão ‘função social da propriedade’ (1934, art. 115; 1946, arts. 147 e 148; 1967, art. 157, III e §8.º; 1969, arts. 160, III e 163), porém verifica-se que esta expressão era insuficiente para a proteção ambiental ou não era este o fim almejado. Por fim, ressalta-se que o constituinte não se preocupou na proteção do ambiente de maneira específica, e sim tratou de maneira despreocupada e dispersa no texto constitucional. (MILARÉ, 2007, p. 146)

2.1.4 A Questão ambiental na Constituição de 1988

Muito embora o direito a um ambiente equilibrado não se encontrar no capítulo que elenca os direitos e deveres, como já visto item 1.4 do Capítulo I da presente dissertação, isso não deve ser interpretado como não sendo este um direito fundamental.

Tamanha a importância ambiental para a Constituição Federal de 1988, esta é chamada por muitos de ‘A Constituição Verde’, sendo considerado inclusive o mais avançado diploma constitucional em matéria ambiental. Neste sentido as palavras de Édis Milaré:

[...] O Texto Supremo captou com indisputável oportunidade o que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza -, traduzindo em vários dispositivos o que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente. (MILARÉ, 2007, p. 147)

Dentre os grandes avanços trazidos pela Carta de 88, que a faz se destacar no âmbito mundial em matéria ambiental é ter elencado dentre os Princípios da Ordem Econômica Nacional a proteção do meio-ambiente, de acordo com o artigo 170-VI:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]VI – Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Desta feita, a questão ambiental se torna, inclusive, um limite à livre iniciativa e a exploração pelo capital dos recursos naturais. Assim, mesmo existindo uma atividade que seja eminentemente privada e particular deve sempre cumprir seu papel de proteção ambiental, sendo

que a constituição diz, de maneira expressa em seu texto, que a atividade receberá um tratamento diferenciado de acordo com o impacto ambiental que os produtos e serviços prestados desempenham. Ainda, no artigo 170-IV a constituição abre espaço para que o Estado premie ou puna, com redução ou aumento de impostos, por exemplo, determinada atividade ou produto de acordo com o processo de elaboração do mesmo, ou seja, se existem dois meios de produção para a confecção de determinado produto e sendo um deles traz menor impacto ambiental, é possível ao estado privilegiar e baixar a carga tributária se o meio menos impactante for utilizado.

Também é possível extrair-se do texto constitucional que a propriedade perde sua função social quando se insurge contra o ambiente, podendo sofrer as conseqüências que isso acarrete. (MILARÉ, 2007, pp. 149-150).

O constituinte, vendo a importância do ambiente, criou um capítulo exclusivo na constituição para cuidar da questão ambiental, deste modo tem-se o Capítulo VI – Do Meio Ambiente, que foi inserido no Título que trata da Ordem Social (VIII).

José Afonso da Silva explica que os dispositivos constitucionais ambientais estão divididos em três categorias: A primeira aparece no *caput* do artigo 255, onde existe uma *norma-matriz*, expressando que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; A segunda categoria se encontra no §1.º e seus incisos versando sobre os instrumentos de garantia e efetividade do direito enunciado no *caput* do artigo; já os demais parágrafos do artigo (parágrafo segundo ao parágrafo sexto) trazem casos específicos do ambiente que merecem proteção constitucional por se tratarem de áreas de elevado conteúdo ecológico – como, por exemplo, a Floresta Amazônica (SILVA, 2000, p. 31). Passa-se, a seguir, analisar, ainda que de forma superficial, os parágrafos do artigo 255, apenas deixando para analisar os incisos IV e V do §1.º do artigo 225 no capítulo que trata sobre o dever administrativo do Estado.

Artigo 225, §1.º – I - Preservação e Restauração dos Processos Ecológicos Essenciais e a Promoção do Manejo Ecológico das Espécies e Ecossistemas

Ao Poder Público é dado o dever de proteger todos os bens ambientais que se encontra em boas condições, e tem o dever de restaurar os processos ecológicos que foram degradados ou se encontram em condições precárias. Neste *dever de restaurar* subentende-se que o Estado tem o dever-poder de cobrar e forçar os poluidores a restaurarem estes processos, e não de o próprio estado realizar tais restaurações. Dentre os ‘processos ecológicos essenciais’ pode-se citar a ‘fixação, transformação, transporte e utilização de energia; produção, transporte, transformação e utilização de matérias várias; biodegradação de rejeitos; restituição aos corpos receptores (ar, água e solo) de suas condições e qualidades naturais; estabelecimento de condições adequadas à perpetuação e aperfeiçoamento da espécie humana, sobretudo no que ela tem de específico – a racionalidade e seus valores espirituais -, uma vez que o ser humano, tanto individual como socialmente, é parte integrante do mundo natural e do meio ambiente e, no ecossistema planetário, produz cultura.’ (MILARÉ, 2007, p. 152).

A importância deste dispositivo se deve ao fato que a saúde humana é intimamente ligada e dependente da saúde ambiental, visto que o ser humano nada mais é do que parte integrante do grande eco-sistema global.

A utilização dos recursos naturais não pode afetar de maneira considerável o equilíbrio entre as espécies e modificar suas características essenciais. Segundo José Afonso da Silva “promover o manejo dos ecossistemas quer dizer cuidar do equilíbrio das relações entre a comunidade biótica e o seu hábitat”. (SILVA, 2000, p. 31)

O texto constitucional cita as espécies e ecossistemas. Dentre as espécies temos as vegetais e as animais, que são exploradas (principalmente) para alimentação, vestuário e farmacologia. Desta forma, é necessário o manejo da fauna e da flora de tal sorte que se mantenham

um equilíbrio e se preserve suas características naturais o melhor possível. Por exemplo: o reflorestamento com espécies nativas de determinada região, quando as originais forem exploradas financeiramente.

A Regulamentação deste dispositivo constitucional se dá com a Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei n 9.985/00).

Artigo 225, §1.º – II - Preservação da Biodiversidade e Controle das Entidades de Pesquisa e Manipulação de Material Genético

A preocupação com a biodiversidade é bem lembrada no âmbito constitucional, e não poderia ser de outra forma. O Brasil é uma das nações mais ricas (se não a mais rica) em diversidade genética do mundo, e tem o dever de proteger este material contra a extinção e contra a biopirataria. A proteção se dá pelo controle da exploração, para que esta não se dê de forma desordenada e predatória, sem a preocupação com a preservação das espécies que formam a biodiversidade.

Por sua vez, a biopirataria é cada vez mais freqüente. De tempos em tempos são apreendidos matérias, plantas e animais nos aeroportos, materiais estes que são explorados e analisados em laboratório de outros países e muitas vezes viram produtos com patentes estrangeiras a custas do nosso patrimônio genético-biológico. Não são raras as patentes estrangeiras feitas com material que se encontra exclusivamente em território nacional.

Da mesma forma o dispositivo constitucional prevê o controle sobre as entidades que realizam pesquisas e manipulação com material genético no território nacional, para que desta forma, seja garantida a preservação e proteção contra a biopirataria.

A regulamentação deste dispositivo se dá pela Lei n. 9.985/00 (Sistema nacional de Unidades de conservação da Natureza) conjuntamente com a Lei de Bio-segurança (Lei nº. 11.105/05).

Artigo 225, §1.º – III – Definição de espaços territoriais protegidos

A definição de espaços territoriais protegidos, conforme a Lei 7.804/89, figura no rol dos Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo que na prática os espaços territoriais protegidos se confundem com as Unidades de Conservação. Seriam aquelas áreas onde, devido suas características naturais relevantes recebem um tratamento jurídico próprio e diferenciado, com o intuito de reduzir impactos ambientais.

A regulamentação e base legal para a gestão destes territórios especialmente protegidos se dá pela Lei 9.985/00, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Este diploma legal dividiu os territórios protegidos em dois grupos a saber:

I – Unidades de Proteção Integral: só admitindo o uso indireto dos recursos destas unidades: a) Estação Ecológica; b) Reserva Biológica; c) Parque Nacional; d) Monumento Natural e e) Refúgio de Vida Silvestre.

II – Unidades de Uso Sustentável: com o objetivo de compatibilizar a preservação com o uso sustentável das riquezas naturais destes territórios: a) Área de Proteção Ambiental; b) Área de Relevante Interesse Ecológico; c) Floresta Nacional; d) Reserva Extrativista; e) Reserva de Fauna; f) Reserva de Desenvolvimento Sustentável e g) Reserva Particular do Patrimônio Natural.

Artigo 225, §1.º – VI – Educação Ambiental

A educação ambiental dos jovens se torna fundamental e imprescindível para que as futuras gerações tenham consciência ecológica e sejam sensíveis às questões ambientais.

Caso esta educação ambiental seja promovida de maneira adequada, desde cedo, grande parte dos problemas ambientais enfrentados hoje serão superados nas próximas gerações. Os próprios cidadãos, conscientes e sensíveis às questões ambientais, além de não poluírem tanto, atuarão como fiscais não permitindo, desta forma, os danos ambientais e utilizarão com mais sensatez as fontes esgotáveis naturais, reciclando, evitando o desperdício e realizando a educação de seus filhos neste sentido.

Cabe destacar, ainda que de maneira sucinta, que a Lei n. 9.795/99 regulamente a Política Nacional de Educação Ambiental, e que a Lei n. 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional inseriu no currículo base da educação fundamental a ‘educação ambiental’.

Artigo 225, §1.º – VII – Proteção à Fauna e à Flora

A Constituição protege de forma expressa toda e qualquer forma de vida, indistintamente, cabendo ressaltar que a proteção à Fauna, não implica tão somente os animais silvestres, mas sim todos e quaisquer animais, inclusive os domésticos. Vez que todas as espécies de animais têm seu papel no ecossistema como um todo. Por sua vez flora é “o conjunto das espécies vegetais de uma determinada localidade.” No caso de todo o território nacional.

A Regulamentação do presente dispositivo se dá pela Lei n 9.985/00. (Sistema nacional de Unidades de conservação da Natureza).

Artigo 225, §2.º – Meio Ambiente e Mineração

§ 2.º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

A mineração é uma atividade eminentemente danosa ao meio-ambiente, vez que não é possível a extração de um mineral sem ocorrer danos ecológicos. Neste sentido:

[...] o constituinte quis reconhecer desde logo que essa atividade, pelo seu simples exercício, provoca degradação ambiental, pelo que, independentemente do regime permissionário de sua exploração, na forma prevista no capítulo da ordem econômica, e sem embargo do cumprimento de todas as normas e padrões fixados no ato administrativo que autorizou, restaria a obrigação de recuperar o meio ambiente. Acatada estaria assim a doutrina objetiva de responsabilidade em toda a sua plenitude. (BENJAMIN, 1993, p. 248).

Porém, como a mineração é importante e indispensável, cabe à tutela constitucional o dever de impor medidas no intuito de tentar minimizar ao máximo do dano, e, obviamente impor a sua restauração, nos termos do §2.º do artigo 225.

O IBAMA regulamenta expressamente o que seria a reparação no Manual de Recuperação de Áreas Degradadas pela Mineração: “significa que o sítio degradado será retornado a uma forma e utilização de acordo com o plano preestabelecido para o uso do solo. Implica em que uma condição estável será obtida em conformidade com os valores ambientais, estéticos e sociais da circunvizinhança. Significa, também, que o sítio degradado terá condições mínimas de estabelecer um novo equilíbrio dinâmico, desenvolvendo um novo solo e uma nova paisagem.” (IBAMA, 1990, p. 3).

Sobre o tema importante citar o doutrinador Paulo Affonso Leme Machado :

O texto constitucional não deixa ao alvedrio do órgão público exigir ou não a reconstituição do ambiente. É dever jurídico do órgão público exigir a recuperação e indicar ou aprovar solução técnica a ser observada na recomposição. A lei ordinária dirá como se comportará o órgão público para exigir e acompanhar a recuperação do ambiente. Contudo, independente do advento da lei ordinária, passível de exigir-se a atividade recuperadora do minerador por via administrativa e/ou judicial (exemplo: ação civil pública) (MACHADO, 2003, p.110)

Diante do exposto para Paulo Affonso Leme Machado o texto constitucional não deixa ao livre arbítrio do poder público em exigir ou não a reparação do dano causado pela mineração, ocorrendo a mineração o Poder Público deve sempre exigir a reparação independentemente de exigir lei regulamentando, exigência esta via administrativa ou judicial, citando aqui a Ação Civil Pública.

Artigo 225, § 3.º – Responsabilidade Cumulativa das Condutas e Atividades Lesivas ao Ambiente

§ 3.º - As condutas 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 causados.

Verifica-se que o dano ambiental, realizado por um único ato, pode provocar até uma tríplice responsabilidade: de ordem administrativa, de ordem penal e de ordem civil. Oportuno o exemplo de Edis Milaré:

[...] o carreamento de efluentes para um manancial, comprometendo a fauna ictiológica e as condições sanitárias do meio ambiente, pode ensejar: a) pagamento de multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 1.000.000,00, com base no art. 18 do Decreto 3.179/99; b) condenação à pena de detenção, de 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas cumulativamente, com base no art. 33 da Lei 9.605/98; c) pagamento de indenização ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, com base no art. 14, §1, da Lei n. 6.938/81. (MILARÉ, 2007, p. 171).

De outra forma não poderia ser, visto que a responsabilidade civil, administrativa e penal são institutos distintos, e assim cada deles devem analisar o ato lesivo dentro de seu prisma. Isso significa que um ato pode perfeitamente não configurar um crime ambiental e mesmo assim o agente poluidor ser condenado na esfera civil a reparar o dano. Da mesma forma que um empreendimento pode ser considerado poluidor mesmo estando quites com suas obrigações com a administração (licenças, alvarás, etc.)

Artigo 225, §4.º – Proteção Especial à Macro Regiões

§ 4.º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

A Constituição elenca cinco macro-regiões as quais merecem, com razão, um tratamento diferenciado, vez que são os cinco grandes biomas presentes no território nacional, território que além de ser importante para a manutenção do ecossistema como um todo, é rico em biodiversidade genética. Interessante ressaltar que a Constituição tomou o cuidado de considerar estas macro-regiões como sendo ‘patrimônio nacional’ ou seja, bem comum de todos, não se integrando portanto o patrimônio disponível do Estado. Este tem o dever de proteger para a presente e para as futuras gerações.

Artigo 225, § 5.º – Indisponibilidade de Terras Devolutas Necessárias à Proteção dos Ecossistemas

§ 5.º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

Art. 20. São bens da União:

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

Todas as terras que são indispensáveis e necessárias para a proteção dos ecossistemas são indisponíveis independente de qualquer ação. Neste sentido:

É preciso ressaltar que o fato de o legislador constituinte distinguir, no art. 255, §5, as terras devolutas e as arrecadadas pelos Estados por ações discriminatórias, deixa claro que a indisponibilidade independe da ação discriminatória. Isto é, as terras devolutas, ainda não arrecadadas ou arrecadadas por processo discriminatório ou em processo de arrecadação, são indisponíveis. Por este motivo, a indisponibilidade não pressupõe a arrecadação, com julgamento final da ação de discriminação: é determinada em razão da origem do seu domínio e da finalidade a que se destina. Com efeito, as terras devolutas que concorrem para a proteção de

determinado ecossistema são indisponíveis, por força de mandamento constitucional, mesmo que ainda não incorporadas ao patrimônio público da União em virtude de ação discriminatória. (MILARÉ, 2007, p. 176.).

De outra maneira não poderia ser, pois o ambiente equilibrado e protegido alcançando o status de direito fundamental intergeracional se torna amplamente protegido à nível constitucional. Desta forma qualquer área que for indispensável para a proteção do ecossistema deve, obrigatoriamente, ser considerada indisponível independente de qualquer manifestação judicial para tanto.

Artigo 225, § 6.º – Controle das Usinas Nucleares

§ 6.º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

A implementação de usinas nucleares de energia sempre foi muito controvertida. E tal discussão vem ganhando cada vez mais espaço devido à recente divulgação oficial de que o governo brasileiro pretende retomar a construção do terceiro reator de fissão nuclear de Angra, projeto que encontra parado desde 1986. Até pouco tempo atrás a simples menção de energia nuclear bastava para criar frisson entre os ambientalistas, visto que o risco de vazamentos radioativo é inerente à tal atividade geradora de energia, e como é sabido uma área que foi objeto de exposição a radiação se torna degradada e impossível de restauração por um longuíssimo período.

Porém é necessário rever certos conceitos, pois tal modalidade de geração de energia é uma fonte limpa, não gerando poluição se for realizada dentro dos padrões técnicos de segurança.

Devido à periculosidade envolvida na instalação e funcionamento das usinas nucleares, o constituinte achou por bem deixar claro que elas somente podem ser instaladas em local definido por Lei Federal, onde a publicidade a repercussão da instalação da usina será a mais ampla possível,

atendendo aos Princípios da Publicidade, Precaução e Prevenção, no intuito de alertar a população local do riscos eminentes que terão que conviver diariamente.

2.2 DEVER ADMINISTRATIVO

O segundo dever que é imputado ao Estado, após o dever de editar normas protetoras ao ambiente, é o dever administrativo, ou seja, o Estado tem o dever de tutelar administrativamente o ambiente exigindo através de seus órgãos técnicos que todas as atividades comerciais, industriais e de serviços sejam efetuadas dentro das normas e regras impostas no sentido de proteger, evitar danos e controlar o risco ambiental.

O caput do artigo 225 da Carta Política estipula como responsáveis comuns e solidários a defesa e a preservação do ambiente para a presente e as futuras gerações a coletividade e ao Poder Público, este mediante, primeiramente à tutela administrativa ambiental.

A tutela administrativa do ambiente, partindo de um sistema jurídico e de um corpo de instrumentos legais, conduzirá a ação do Poder Público a um *sistema de gestão ambiental*, no contexto do que estabelece o art. 225 da Constituição, complementado pelos dispositivos das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas dos Municípios. (MILARÉ, 2005, p. 749)

Como se verifica no texto Constitucional “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, à sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (Artigo 225, §3.º)

O dever administrativo decorre do dever normativo, ou seja, a Constituição Federal, como visto no item anterior o Estado cumpriu, de maneira exemplar, diga-se de passagem, seu dever normativo quando editou normas a nível constitucional visando proteger o ambiente. Nestas

normas criam o dever administrativo, estipulando como o Estado deve fiscalizar as atividades dos cidadãos, indústrias e demais empreendimentos potencialmente poluidores no sentido de evitar ao máximo danos ambientais.

Artigo 225, §1.º – IV – Da necessidade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental- EIA

Devido às peculiaridades do dano ambiental é de suma importância que ele seja evitado ao máximo, pois na grande maioria dos danos ambientais resta impossível a reparação do bem degradado, matéria que será objeto de estudo em momento oportuno. Assim, o mais importante é a prevenção.

Desta forma, antes de se obter a licença de operação é necessária a realização do requisito constitucional do Estudo Prévio de Impacto Ambiental. De inspiração norte-americana (no instituto do *National Environmental Policy* – NEPA criado em 1969) o EIA é uma das mais importantes ferramentas de proteção do ambiente, vez que busca exatamente prevenir que o dano ambiental venha a ocorrer.

Neste estudo prévio são analisadas todas as possíveis variáveis do como determinado empreendimento poderá afetar o ecossistema, fazendo um relatório o mais amplo possível no sentido de se determinar se o impacto negativo ao ambiente causado pelo empreendimento será superior aos benefícios sociais e econômicos.

Assim:

O objetivo central do Estudo de Impacto Ambiental é simples: evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, revele-se posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente. Valorizar-se, na plenitude, a vocação essencialmente preventiva do Direito Ambiental, expressa no conhecido apotegma: é melhor prevenir que remediar (*mieux vaut prévenir que guérir*). (MILARÉ, 2007, p. 161)

Apesar do texto constitucional apenas fazer menção ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental, bem lembra Tessler que anterior ao EIA é necessário ao empreendedor cumprir a Resolução 237 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama - e obter primeiramente a LP (Licença Prévia), visando analisar a viabilidade do empreendimento, intuito de aprovar sua localização geográfica atentando-se aos requisitos a serem seguidos nas etapas seguintes; após é necessário ainda a obtenção da LI (Licença de Instalação) que o Estado administrativamente autoriza a instalação do empreendimento determinando quais as medidas de proteção ambiental a serem seguidas. E quando as instalações estiverem concluídas, para que seja possível o início do funcionamento ainda é imprescindível a obtenção da LO (Licença de Operação), neste ponto para a concessão desta licença é verificado se a empresa cumpriu à risca todos os requisitos, normas e medidas estabelecidas pelas Licenças anteriores para só então começar a operar. (TESSLER,2004, p. 248).

A regulamentação do EIA se encontra na Lei n. 6.938/81 e na Lei n. 11.105/05, sendo um componente da Avaliação de Impacto Ambiental se tornando um instrumento de extrema importância para evitar danos ao ambiente.

Artigo 225, § 1.º – V – Controle da produção, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias nocivas à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente

O poder público tem o dever de impedir práticas danosas à saúde humana e ao meio ambiente. Importante destacar que a Constituição Federal prevê o controle de técnicas e métodos de produção, e não somente a comercialização dos produtos nocivos ao meio ambiente, assim além de privilegiar as chamadas tecnologias limpas (aquelas que são desenvolvidas através de métodos menos poluentes) prevê a atuação do Estado em fiscalizar a maneira de como os produtos potencialmente nocivos estão sendo elaborados.

No caso concreto o Poder Público tem o dever de fiscalizar administrativamente os modos de produção, e caso for constatado que para a produção de um determinado produto, existe outro método mais eficaz do ponto de vista ambiental, este método deverá ser aplicado.

A regulamentação se encontra na Lei nº. 11.105/05 (Lei de Bio-segurança).

2.3 DEVER JURISDICIONAL

O terceiro dever que se impõe ao Estado, após o dever de editar normas protetoras ao ambiente e o dever de fiscalizar administrativamente o cumprimento de tais normas, é o dever jurisdicional, ou seja, o Estado tem o dever de defender e fazer cumprir estas normas proporcionando uma estrutura voltada a este fim no intuito de *eficazmente* proteger o ambiente.

O direito à tutela jurisdicional surge no momento histórico que o Estado profíbe a autotutela, chamando para si a responsabilidade única de dirimir todos os conflitos, criando assim o ônus de prestar a tutela jurisdicional. Este direito à tutela jurisdicional vai além de um mero direito de resposta por parte do Estado, e corresponde à obrigação de prestar uma resposta conveniente que atenda aos anseios daquele que a procura (TESSLER, 2004, p. 158), ou seja, o procedimento não deve apenas dar meios à participação das partes ao judiciário, o procedimento deve sempre viabilizar a proteção ao direito normativamente protegido. (MARINONI, 2004, p. 145).

Importante ressaltar que “quem parte da premissa de que só tem direito à adequada tutela jurisdicional aquele que tem razão perante o direito material não consegue dar a amplitude necessária ao princípio da inafastabilidade, que garante a todos, estejam ou não amparados no plano do direito material, a adequada tutela jurisdicional” (MARINONI, 2000, p.214).

Para Luiz Guilherme Marinoni:

Dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle de sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.” (MARINONI, 2006, p. 93)

Desta forma o processo deve ser capaz de se estruturar para ser tecnicamente capaz de prestar todas as formas de tutelas trazidas pelo direito material. Assim, ainda no magistério de Marinoni, as técnicas processuais devem ser aliadas às tutelas dos direitos para proporcionar a efetivação dos direitos. (MARINONI, 2006, p. 246).

Interessante citar ainda os ensinamentos do mestre lusitano J.J. Gomes Canotilho onde existem quatro dimensões para a Jurisdição ambiental, sendo elas: a) ‘dimensão garantístico-defensiva’, visando a defesa do ambiente contra as ingerências e intervenções estatais; b) ‘dimensão positivo-prestacional’, onde cabe o Estado e entidades públicas assegurar a proteção ambiental, organizando os procedimentos e processos a este fim; c) ‘dimensão jurídica irradiante para todo o ordenamento’ onde obriga as entidades privadas ao respeito ao direito ambiental para os particulares; e d) ‘dimensão jurídico-participativa’ que por sua vez permite e impõe a todos os cidadãos e a sociedade civil o dever de defender os bens e direitos ambientais. (CANOTILHO 2007, p. 4-5).

Verifica-se que já na década de noventa Arruda Alvim destacava esta nova forma de se perceber o processo, na qual deveria ser um instrumento eficiente de realização da justiça:

É rigorosamente exata dizer-se que, nestas duas décadas, decididamente criou-se uma nova forma de encarar o processo, eminentemente crítica, cujo ângulo cardeal é o de que o processo tem que significar, na ordem prática, *um instrumento eficiente de realização da justiça*. Esta nova visão nada mais é do que, diante de tais mutações sociais, e dos grandes agrupamentos humanos que já aludiram,

acordem – e pretendem acudir – à justiça, ter-se constatado a proporcional e crescente ineficiência do sistema tradicional (mesmo que informado pelo direito público, mas ainda ineficiente), o qual por isso mesmo foi posto em xeque. (ALVIM, 1990, p. 106).

Na busca da proteção efetiva do ambiente, através da tutela jurisdicional, não há como negar que o Código de Defesa do Consumidor traz um grande avanço neste sentido, pois deixa à disposição do aplicador do direito diversos mecanismos para que o direito se efetive. Aplicador aqui diz tanto o Magistrado, que poderá impor sua sentença mediante as armas que o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor lhe garante, quanto ao autor da tutela ambiental, o qual poderá se utilizar de qualquer espécie de ação que venha a proteger o bem tutelado, por força do artigo 41 também do CDC.

Além do exposto, a tutela jurisdicional também é cabível para suprir omissão normativa do Estado. Pois caso o legislador seja relapso e não edite normas capazes de eficazmente proteger um direito fundamental, deve o juiz suprir esta lacuna, ‘admitindo a incidência direta do direito fundamental sobre o caso conflitivo’ (MARINONI, 2006, p. 242).

Marinoni já destaca que a incidência direta do direito fundamental sobre o caso concreto é tormentosa, principalmente pelo fato de ser uma matéria pouco abordada pelos doutrinadores. Porém entende-se que é perfeitamente possível o julgador aplicar o direito fundamental diretamente sobre o caso concreto em havendo lacunas, pois não é possível que determinado direito fundamental não seja protegido sob a singela alegação da não existência de leis para tanto. Ora, se a Constituição Federal já tutelou determinado direito como fundamental, cabe o órgão jurisdicional diante da lacuna da lei, aplicar diretamente a constituição fazendo valer este direito.

3 A AÇÃO COMO CONDUTO DE PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NA PROTEÇÃO DO AMBIENTE

Com a evolução histórica acerca dos direitos fundamentais, advindo da consagração de um ‘Estado Social’, passou-se a assegurar os chamados direitos a prestações aos cidadãos’, desta forma restou evidente a necessidade de que o cidadão possuísse mecanismos capazes de assegurar perante o Estado o cumprimento destes direitos. Estes mecanismos se dão através e mediante o direito à ação, e não somente nas chamadas ações coletivas regulamentada pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), mas sim o direito a qualquer ação que vise assegurar ou tutelar direitos fundamentais. Segundo Luiz Guilherme Marinoni: “A um só tempo, portanto, a ação serve para obrigar o Estado a prestar e se constitui em própria prestação viabilizadora da democracia, ou seja, da participação” (MARINONI, 2006, p. 194-195).

Desta forma, verifica-se que a participação popular no sistema democrático ultrapassa a noção do sistema representativo tradicional, onde a cidadania se restringia à participação do eleitor na escolha de seus representantes no Poder Legislativo e do Poder Executivo. Aqui se verifica que ao cidadão é dado o poder de participação também na esfera do judiciário, ou seja, através das chamadas ações coletivas e ainda através de qualquer tipo de ação de conhecimento que busque a efetivação de seus direitos fundamentais, o popular é chamado a buscar e exigir a proteção dos direitos transindividuais que estão sendo ameaçados ou danificados.

Partilhando este entendimento J.J. Gomes Canotilho defende a idéia de direito a um procedimento justo implica, necessariamente, na presença de mecanismos que possibilitem a efetiva participação do cidadão na proteção dos direitos, em suas palavras:

O direito a um procedimento justo implicará hoje a existência de procedimentos colectivos, possibilitadores da intervenção colectiva dos cidadãos na defesa de direitos económicos, sociais e culturais de grande relevância para a existência colectiva (exemplo: ‘procedimentos de massas’ para a defesa do ambiente, da saúde, do património cultural, dos consumidores). Trata-se, aqui, de um tipo de procedimento que visa satisfazer os mesmos objectivos da acção popular de natureza jurisdicional, e, por isso, deve considerar-se abrangido pelo âmbito de protecção do art. 52/3 da CRP) (CANOTILHO, 2000, p. 665).

Estes mecanismos no direito normativo brasileiro se encontram respaldado pela Lei n.º 7.347/85, Lei 4.717/1965 e pela Lei n.º 8.078/90, em que traz regulamentada a Ação Civil Pública, a Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, sendo estes alguns dos meios de participação do cidadão na proteção efetiva do ambiente.

No âmbito de proteção ao ambiente a participação do cidadão se torna ainda mais patente e assegurada, vez que a Constituição Federal expressamente consagra o Princípio da Participação Popular para não só *poder* defender o ambiente, mas impõe o *dever* de defender e preservar o ambiente para a presente e as futuras gerações, como se vê no artigo 225 caput, in verbis:

Artigo 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se** ao Poder Público e **à coletividade** o **dever** de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (grifo nosso)

Neste sentido destaca o posicionamento de Jônatas Luiz Moreira de Paula, que em recente artigo assim se expressou: “O fundamento nuclear para a tutela ambiental individual surge em decorrência do princípio da participação. Pois, determina o art. 225, da CF/88, que a defesa do meio ambiente deve ser uma atuação do Estado e da sociedade civil. Esse dever significa uma participação de todos os entes que possuem personalidade jurídica na proteção e preservação de um meio ambiente equilibrado.” (PAULA, 2007, p. 60).

Acertadamente o legislador isentou o cidadão das custas processuais e honorários advocatícios, ressalvado quando ficar constatado a má-fé do mesmo, quando intenta ação popular, pois o cidadão não está visando somente a proteção de um direito individual, mas sim estará prestando um serviço a toda a comunidade, visto que busca a defesa de um direito coletivo. Neste sentido deixa claro a que a ação popular foi criada como conduto da participação popular. (MARINONI, 2006, p. 198).

3.1 AÇÃO, LEGITIMIDADE PARA A CAUSA E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Partindo da noção que o direito a um ambiente sadio ultrapassa o indivíduo e, considerando a natureza um bem indivisível, quando traz a lume noções de ‘legitimidade para a causa’ e ‘democracia participativa’ são necessários alguns esclarecimentos.

Os chamados direitos meta individuais compreendem os direitos difusos, direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos. Interesses coletivos são aqueles transindividuais de um grupo determinado, ou determinável de pessoas, ligadas por uma relação jurídica comum. O conceito legal está presente no artigo 81, parágrafo único, II do Código de Defesa do Consumidor onde:

Artigo 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos desse Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Como exemplo cite-se uma ação coletiva que vise a anulação de uma cláusula abusiva existente em um contrato de adesão. Com a procedência desta ação, e a declaração de nulidade da cláusula, trará benefício a um grupo determinável de pessoas, ou seja, todas aquelas que aderiram a tal contrato. Tem-se que a relação jurídica comum é o contrato de adesão, assim trata-se de direito coletivo. Lembrando ainda que todos do grupo serão beneficiados de forma igual, ou seja, pela declaração de ilegalidade da cláusula, não se beneficiando aquele que tenha dois ou mais contratos assinados, assim da sua indivisibilidade. (MAZZILLI, 2003, p. 50).

A expressão direitos individuais homogêneos teve sua gênese com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que traz seu conceito legal como sendo os ‘assim entendidos os decorrentes de origem comum.’ (artigo 81, parágrafo único, III). Mazzilli lembra que em sentido amplo (*lato sensu*) os interesses individuais homogêneos não deixam de ser interesses coletivos, pois afetam a uma coletividade determinada ou determinável. O que os diferenciam é a divisibilidade, pois enquanto o efeito da tutela coletiva dos interesses coletivos, como já visto, é indivisível, para os interesses individuais homogêneos os efeitos são divisíveis. Válido lembrar que uma origem comum é uma origem comum e não uma relação jurídica.

Desta forma, uma tutela coletiva que visa à reparação de um dano consumerista decorrente da compra de um produto com defeito de fabricação, é um caso de defesa de interesse individual homogêneo, pois afeta apenas um grupo determinado de pessoas (aquelas que adquiriram o produto), e os efeitos da tutela será divisível, vez que aqueles que adquiriram um número maior do produto serão mais beneficiados do que aqueles que adquiriram apenas um produto. (divisibilidade dos efeitos da tutela). No exemplo a origem comum é a compra efetiva do mesmo produto defeituoso.

Por fim existem os chamados ‘interesses difusos’, sendo que o Código de Defesa do Consumidor prescreve de maneira expressa seu conceito legal, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. (grifos no constam no original)

Diante do exposto na legislação pátria, os interesses difusos são considerados transindividuais porque transcendem a pessoa do indivíduo, considerando o coletivo. Como indivisível tem-se que, apesar de ser um bem de todos, é impossível sua individualização, sendo, desta forma, considerado indivisível.

Como exemplo tem-se o ar que é de todos, ou seja, um bem difuso, porém não é possível sua individualização para saber quem é o indivíduo lesionado com a ação do poluidor, pois não existe indivíduo e sim a coletividade voltando a questão da transindividualidade desta espécie de direito.

Vê-se que o ponto tocante entre direitos difusos e direitos coletivos é a sua indivisibilidade entre as partes interessadas, e a sua distinção é que os primeiros atingem um grupo de pessoas indetermináveis e os segundos a um grupo de pessoa determinada ou determinável.

Desta forma, tem-se que os direitos e interesses difusos apresentam-se como sendo transindividuais, indivisíveis, e de titularidade indeterminada e interligada por circunstâncias de fato.

A fim de trazer maior compreensão à matéria, de maneira simples e objetiva Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILI, 2003, p. 52) traz o seguinte quadro sintético que explica quais as diferenças e semelhanças entre interesses coletivos, interesses difusos e interesses individuais homogêneos:

| Interesses | Grupo | Divisibilidade | Origem |
|----------------------|----------------|----------------|------------------|
| Difusos | Indeterminável | Indivisíveis | Situação de fato |
| Coletivos | Determinável | Indivisíveis | Relação jurídica |
| Individual homogêneo | Determinável | Divisíveis | Origem comum |

Luiz Guilherme Marinoni assim se expressa:

O Código de Defesa do Consumidor, ao tratar dessa modalidade de direitos, definiu a existência de direitos *difusos e coletivos*. Afirmou que ambos são *'transindividuais, de natureza indivisível'*, mas, enquanto os *difusos* são pertencentes a *'pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato'*, os *coletivos* são do *'grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base'*. (MARINONI, 2006, pp. 109-110).

Segundo José Rubens Morato Leite, no processo interindividual clássico existia uma coincidência do titular do interesse e do legítimado (aquele quem a norma confere o poder de agir), ou seja, existia a chamada *legitimação ordinária* (LEITE, 2000, p. 231).

Ocorre que esta coincidência não ocorre na defesa dos interesses meta-individuais, diante da característica de indivisibilidade destes bens. Desta maneira a questão da legitimação nas ações que visam proteger estes interesses foram *conferidas legalmente* por força do artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública e, posteriormente reafirmado tal legitimidade no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor qual seja: a) o Ministério Público; b) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; c) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos; d) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos, dispensada a autorização assemblear. Criando desta maneira uma *legitimação extraordinária* ou *legitimação legal*.

Além do disposto no artigo 5.º, LXXIII da Constituição Federal onde de forma expressa confere legitimidade de todos os cidadãos para proporem ação popular visando anular ato lesivo ao "patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

3.2 AÇÃO COLETIVA E MANDATO DE SEGURANÇA COLETIVO

Como visto, a legitimidade ativa para propor as ações coletivas tem decorrência legal (artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor), qual seja: a) Ministério Público; b) União, Estados, Municípios e Distrito Federal; c) As entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos e d) associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos, dispensada a autorização assemblear. Ao dar legitimidade a associações para propor a chamada ação coletiva reforça o princípio da participação para a proteção do bem transindividual.

Por sua vez, a legitimidade para propor o Mandado de Segurança Coletivo se encontra normatizado no artigo 5.º inciso LXX da Constituição Federal onde figura como possíveis integrantes do pólo ativo: a) partido político com representação no Congresso Nacional e b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. O que diferencia o mandão de segurança coletivo da ação coletiva é a exigibilidade de um direito líquido e certo.

Sendo a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo importantes instrumentos da proteção ambiental, estes serão objeto de análise mais apurada na presente obra em momento oportuno, bem como a legitimidade de cada ente legalmente legitimado, porém, o que é importante frisar desde logo é que estes instrumentos são importantes vias de acesso ao cidadão na proteção ao ambiente.

3.3 AÇÃO POPULAR

Na ação popular se torna patente a ação como canal de participação do cidadão na proteção do ambiente, por força expressa do artigo 5.º inciso LXXIII da Constituição Federal:

Artigo 5.º - LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Acerca da ação popular, neste tópico, importante salientar que a democratização do poder através da participação popular se dá de forma direta, e é considerada um exercício de um direito político “ou seja, a ação popular prima por ser um instrumento pelo qual o indivíduo exerce seu direito de tomar parte na gestão dos negócios públicos.” (MARINONI, 2006, p. 198)

A Constituição Federal deixa claro que é legítimo qualquer cidadão e para dar real oportunidade para todos os que se interessam pela gestão sadia dos negócios públicos achou por bem, de maneira acertada, isentar a ação popular de custas judiciais e ao ônus da sucumbência (ressalvado é claro quando se comprove a má-fé do autor).

Desta maneira, reforça-se ainda mais a democratização não sendo a questão financeira um empecilho para a camada mais humilde a participar de maneira efetiva na proteção do ambiente. Salienta-se, por fim, que a ação popular será objeto de estudo um pouco mais aprofundado no momento oportuno – Capítulo II, 4.1.

CAPÍTULO II - A TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE

1 TÉCNICA PROCESSUAL, TUTELA DOS DIREITOS E PROCEDIMENTOS

Além da dificuldade de se encontrar argumentos lógicos e teóricos sobre novos direitos fundamentais, como o direito a um ambiente equilibrado, é necessário pensar sobre os mecanismos para lhes garantir eficácia. Neste sentido Bobbio diz ‘que uma coisa é falar de novos direitos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra é garantir-lhes uma proteção efetiva.’ (BOBBIO, 1992, p.92).

Sensível a este problema, ainda maior daquele de se conceituar e defender o direito ambiental como sendo um direito fundamental a nível material, Canotilho defende “que as instituições e os indivíduos estão hoje mergulhados numa sociedade técnica, informativa e de risco, que obriga o jurista constitucional a preocupar-se com o espaço entre a técnica e o direito, de forma a evitar que esse espaço se transforme numa terra de ninguém jurídica’.” (CANOTILHO, 2000, p.26). É necessário que os juristas e aplicadores do direito estejam tão preocupado em criar mecanismos de efetividade destes novos direitos, quanto a sua defesa a nível material.

As técnicas processuais consistem em instrumentos conferidos ao juiz para que, no momento em que for prestar a tutela jurisdicional, possa, efetivamente, garantir a tutela do direito. De nada adiantaria conferir um direito material ao cidadão e assegurar-lhe o direito de proteção judicial (tutela jurisdicional) se o juiz não dispuser dos meios necessários para consagrar este direito. O direito à adequada tutela jurisdicional pressupõe a existência de técnicas processuais idôneas a defesa dos direitos. (TESSLER, 2004, p. 60).

Desta forma é necessário e imprescindível traçar a diferenciação de técnica processual e tutela dos direitos. A tutela do direito está prevista no direito material, por sua vez a técnica processual é trazida pelo direito processual e consistem nos mecanismos processuais em que os

operadores do direito farão uso para dar efetividade aos direitos tutelados, ou seja, são os meios pelos quais se presta efetivamente o dever jurisdicional.

Neste sentido, é necessário sempre ter em mente que a técnica processual deve estar atenta e servir como ponte para a realização do direito material (tutela dos direitos). Assim se tem que a forma ideal de proteção do direito é aquela que impede a violação do mesmo, mormente em se tratando de direitos não patrimoniais: “Essa forma de tutela é importante, sobretudo para os direitos não patrimoniais, isto é, para os direitos que não podem ser reparados por um equivalente monetário” (MARINONI, 2006, p. 247). Como exemplo dos bens não patrimoniais cita-se o direito à honra, à intimidade além do próprio direito ambiental. Eis o motivo que se deve conceber a tutela inibitória quando se trata de direito fundamental ao ambiente.

Desta forma, não é concebível imaginar eficácia dos direitos não patrimoniais sem uma tutela capaz de se antecipar ao ato ilícito e reprimi-lo antes mesmo dele ocorrer. Esta tutela processual que visa à repressão do ilícito é a tutela inibitória. Luiz Guilherme Marinoni vai além e diz que “Não há exagero em dizer que tais direitos dependem da tutela inibitória. Isso porque [...] as normas atributivas de direitos nada valem sem a disposição de formas de tutelas dos direitos. Uma norma que atribui ou afirma um direito *inviolável* obviamente só tem sentido quando tem ao seu lado uma forma de tutela capaz de impedir a violação.” (MARINONI, 2006, p. 247).

Assim, verifica-se que a tutela inibitória é decorrente do próprio direito material, e dele é parte integrante. Por exemplo, quando a Constituição Federal expressa que: ‘a intimidade, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis’ daí decorre, obrigatoriamente, que é necessária uma tutela que visa inibir o ilícito para que tal direito possa se efetivar, não sendo possível negar o direito a tutela inibitória sob a alegação de que tal tutela não está prevista no Código de Processo Civil. Ora, se a própria Carta Magna diz serem invioláveis estes direitos, ela está por si mesma dando suporte

legal a se requerer a inibitória independentemente de sua previsão no Código de Processo Civil, vez que esta tutela processual decorre do próprio direito material.

Alias se não fosse permitida a tutela inibitória ficaria óbvio que os direitos constitucionais não patrimoniais não teriam eficácia, pois não existiria nenhuma tutela capaz de efetivamente protegê-los, restando tão somente a tutela ressarcitória que não visa especificamente a proteção de direitos e sim a reparação de danos causados à direitos tutelados e, como se verá, oportunamente, esta é uma tutela que não se enquadra de maneira adequada à proteção dos direitos não-patrimoniais.

Importante destacar o entendimento de Marinoni:

Afirmar que o direito ao meio ambiente sadio é de todos, e negar uma forma de proteção capaz de impedir a sua violação sob a alegação de que a tutela inibitória não está prevista na legislação processual, é o mesmo que imaginar que as formas de tutela dos direitos dependem do processo.

A legislação processual tem apenas o dever de instituir técnicas processuais que sejam capazes de viabilizar a obtenção da tutela do direito prometido pelo direito material. Ou seja, a legislação processual deve se preocupar com as técnicas processuais –p. ex., técnica antecipatória e sentença mandamental – e não com as tutelas dos direitos – p. ex., tutela inibitória. (MARINONI, 2006, pp. 247-248).

Com os esclarecimentos acima, resta claro que as formas de tutelas não têm que, necessariamente, estarem previstas no ordenamento processual, vez que são partes integrantes do próprio direito material e são instrumentos sem os quais não é possível dar efetividade a estes direitos tutelados.

2. TUTELAS IMPRESCINDÍVEIS AO AMBIENTE

Como visto, é necessário conceber e proporcionar aos aplicadores do direito espécies de tutelas que assegurem efetivamente os direitos protegidos pela legislação, principalmente em se

tratando de direitos fundamentais. Quando se traz à baila o ambiente sadio - direito fundamental – algumas tutelas são imprescindíveis, são elas: a tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito e a tutela ressarcitória.

Estas tutelas, que serão analisadas de forma mais aprofundada em momento oportuno, não são antagônicas, muito menos concorrentes. Cada qual tem um lugar e uma razão de ser no direito aplicado. Vislumbra que suas aplicações se dão em ocasiões diferentes, cada qual buscando tutelar o ambiente à sua própria maneira.

De forma sucinta adianta-se que a tutela inibitória é cabível quando o ilícito ainda não se configurou, ou seja, existe apenas uma ameaça de violação de uma norma. Veja que a tutela inibitória não busca reprimir o dano, e sim busca reprimir o *ilícito*. Esta é uma tutela voltada exclusivamente ao ordenamento jurídico e não ao dano que poderá advir desta violação. É cabível ainda a tutela inibitória quando o ilícito que se busca coibir ser dá mediante uma ação continuada e esta ação ainda está em andamento.

A tutela de remoção do ilícito é cabível em duas hipóteses: quando o ilícito já se configurou, ainda não gerando danos e nas ocasiões onde o ilícito se propaga no tempo, sendo necessário uma ação para interromper e remover o ilícito que se encontra em andamento, diferencia-se aqui da tutela inibitória pois a ação do agente já se encerrou, ou seja, o ilícito continuado se dá através de uma ação simples o que se propaga no tempo é o próprio ilícito e não a ação desenvolvida. Esta última hipótese é possível a aplicação da tutela de remoção do ilícito mesmo quando já estiver configurado um dano.

Por fim se tem a tutela ressarcitória que é aplicável quando já ocorreu o dano ambiental, restando tão somente a sua reparação, e pode ser na modalidade de ‘tutela ressarcitória na forma específica’, a qual busca a efetiva reparação do dano causado e a ‘tutela ressarcitória pelo

equivalente’, que como o próprio nome já diz trata de uma reparação não do bem degradado, mas sim através de uma indenização por um equivalente em dinheiro.

Com esta rápida e singela explicação acerca de tais tutelas é possível conceber por que estas são chamadas de *imprescindíveis* para tutelar o ambiente sadio, direito fundamental e intergeracional.

Neste momento se faz necessário deixar claro sobre a extrema dificuldade de se reparar danos ambientais, devido a fatores que serão analisados adiante (item 2.4.1). Assim as tutelas que visam a prevenção do dano, ainda que de forma indireta, são importantes e imprescindíveis à uma tutela ambiental efetiva. São os casos da tutela inibitória e da tutela de remoção do ilícito. De igual importância tem a tutela ressarcitória, com especial ênfase à tutela de ressarcitória na modalidade específica, onde visa à reparação do ambiente ‘in natura’. Com estas palavras iniciais passa-se a analisar tais tutelas de maneira mais aprofundada, antes, porém cabe tecer alguns comentários sobre a importância de traçar a diferenciação entre ilícito e dano, pois como verá, não é possível conceber confusão entre eles.

2.1 ILÍCITO E DANO – DIFERENCIAÇÕES

Antes de adentrar às tutelas imprescindíveis ao ambiente, necessário fazer distinção entre o ilícito e o dano, vez que, como será demonstrado, existem tutelas voltadas apenas à prevenção do ilícito (tutela inibitória) e outras voltadas contra o dano (tutela ressarcitória). Desta forma a diferenciação é imprescindível vez que a prova da ocorrência de um dano futuro não é pressuposto para o ingresso da inibitória, basta-se comprovar a iminência da ocorrência de um ato contrário ao direito, ou seja, um ato ilícito.

A confusão entre o ilícito e o dano se deve ao fator histórico de um longo caminho trilhado por doutrinadores que o direito civil deveria ser voltado para a proteção da *res* (do objeto, da coisa, da propriedade, do bem material), assim a única tutela contra o ilícito consistia na reparação do dano causado à coisa. (MARINONI, 2006, p. 37).

Desta forma, se em determinado momento histórico o direito civil apenas tutelava direitos que podiam ser convertidos em pecúnia, assim apenas trazia em seu bojo a tutela ressarcitória. Neste momento histórico restava claro que o único ilícito que era importante para o direito era o ilícito que gera danos. Ocorre que tal entendimento não merece prosperar devido ao avanço do direito civil que busca tutelar também interesses extra-patrimoniais, ou seja, interesses que não são possíveis sua conversão *in pecúnia*, diante deste avanço dos bens a serem tutelados pelo direito civil, foi necessária uma reestruturação e a instituição de novas formas de tutelas capazes de proteger tais bens. Neste sentido resta óbvio que mesmo o ilícito que não gera dano deve ser reprimido pelo direito civil, por esta razão a diferenciação entre ilícito e dano é necessária para o presente estudo.

O ilícito é simplesmente a violação de uma norma jurídica, sendo que desta violação pode ou não advir um dano. Neste sentido:

Na medida em que o ilícito e dano são independentes e não se confundem, é possível que uma atividade ilícita não gere danos imediatos, assim como algum ato lícito possa produzir dano. Por isso, pode haver interesse em somente evitar ou remover o ilícito, ou em ressarcir o dano. Destarte, é imprescindível que o processo se instrumentalize com técnicas destinadas à tutela, tanto do ilícito quanto do dano. É por isso que só se pode pensar em adequada tutela jurisdicional do meio ambiente a partir de tutelas especialmente destinadas tanto ao ilícito, quanto ao dano. (TESSLER, 2004, p. 211).

Como bem recorda Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 37) ainda hoje para muitos civilistas o ilícito que não gera dano não interessa ao direito civil, dentre eles pode-se destacar o

posicionamento de Orlando Gomes:

Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta *contra jus*, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a conseqüência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso. (GOMES, 1992, p. 313-314).

Data venia ao ilustre e renomado doutrinador, esta concepção não mais encontra guarida no ordenamento jurídico, pois, como já dito, é necessário que os aplicadores do direito não fiquem preocupados apenas com o dano e sua reparação, mas sim devem impedir também a violação do sistema normativo prevendo e impedido ações antijurídicas, mormente quando se tratam de direitos não patrimoniais assegurados pela Constituição.

2.2 TUTELA INIBITÓRIA

Antônio Herman Benjamin destaca como sendo o primeiro benefício da constitucionalização da proteção ambiental exatamente o “estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar [...]” (CANOTILHO Org., 2007, p. 69). Este benefício ‘constitucional’ por si só fundamenta uma tutela voltada exclusivamente a prevenção do *ilícito* ambiental. Se existem vários direitos constitucionais que devido à sua natureza são invioláveis, é necessário conceber uma ação de conhecimento eminentemente preventiva, que vise e assegure tal inviolabilidade, pois senão as normas constitucionais que proclamam tais direitos não teriam qualquer utilidade prática vez que a qualquer momento estes direitos poderiam ser violados e a única ação cabível seria a ressarcitória voltada contra o dano causado, o que poderia gerar um entendimento de que, por exemplo, uma determinada empresa poderia poluir a vontade desde que tivesse dinheiro para pagar tal degradação ambiental, o que, obviamente não é possível de se conceber no atual estágio de evolução social em que se encontra a humanidade.

A Carta Magna diz expressamente que ‘nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *‘ameaça a direito’* (artigo 5, XXXV, CF), assim “se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário *‘ameaça a direito’*, não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça (art. 5, XXXV, CF) tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito” (MARINONI, 2004, P. 254). Desta forma verifica-se que a própria Constituição deixa claro que é necessária uma ação que vise exatamente à prevenção da violação da norma, ou seja, prevenção do ilícito.

Marinoni destaca que para efetivar o direito fundamental ao ambiente, é necessária uma ação que:

[...] i) ordene um não fazer ao particular para impedir a violação da norma de proteção e o direito fundamental ambiental; ii) ordene um fazer ao particular quando a norma de proteção lhe exige uma conduta positiva; iii) ordene um fazer ao Poder Público quando a norma de proteção dirigida contra o particular requer uma ação concreta; iv) ordene um fazer ao Poder Público para que a prestação que lhe foi imposta pela norma seja cumprida; v) ordene ao particular um não fazer quando o estudo de impacto ambiental, apesar de necessário, não foi exigido; vi) ordene ao particular um não fazer quando o licenciamento contraria o estudo de impacto ambiental sem a devida fundamentação, ressentido-se de vício de desvio de poder; vii) ordene ao particular um não fazer quando o licenciamento se fundou em estudo de impacto ambiental incompleto, contraditório ou ancorado em informações ou fatos falsos ou inadequadamente. A ação adequada, em todos esses casos, é a inibitória, pois voltada, mediante um não fazer, a impedir a prática ou a continuação do ilícito, ou dirigida, através de um fazer, a realizar o desejo preventivo da norma de proteção. Contudo, no caso de ilícito de eficácia continuada – ou seja, na hipótese de um agir já exaurido, mas cujos efeitos ilícitos ainda se propagam, abrindo oportunidade a danos -, é necessária apenas a remoção do ilícito, vale dizer, a ação de remoção do ilícito. (MARINONI, 2005, pp. 22-23)

O primeiro ponto a se destacar acerca da tutela inibitória é que ela se dá através de uma ação de conhecimento autônoma de natureza preventiva que visa a impedir a ocorrência de um ilícito. Assim, verifica-se de plano que sua ação não se confunde com as cautelares, visto que esta tem como característica sua ligação com uma ação principal, e também não se confunde com as tutelas ressarcitórias, pois esta é uma tutela voltada ao dano, e a inibitória é voltada exclusivamente à possível violação de uma norma, assim a demonstração do dano nem ao menos é pressuposto para

à admissão da ação inibitória.

Neste sentido importante destacar os esclarecimentos de Luiz Guilherme Marinoni:

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa. (MARINONI, 2000, p. 36).

Sobre as diferenciações da inibitória com as cautelares é possível ainda afirmar que a inibitória não tem o caráter preparatório e instrumental que existe nas cautelares, ou seja, a inibitória não visa ser um instrumento para ação futura de ressarcimento, pois, como será visto, o dano pode nem mesmo ocorrer. Por sua vez uma nova ação futura é imprescindível às cautelares, pois caso não ocorra à ação principal a cautelar perde seu efeito.

Com a distinção entre dano e ilícito devidamente esclarecida no item anterior tem-se que os pressupostos da *tutela inibitória* não se confundem com os pressupostos da *tutela ressarcitória*, visto que para aquela não é necessário comprovar nem mesmo a existência de um dano futuro, basta sim comprovar a possível lesão a um direito, ou seja, necessário comprovar a provável ilicitude.

Importante ainda frisar que na ação inibitória pouco importa saber (ou comprovar) se o agente passivo está agindo com culpa ou não quando na iminência do ato contrário à norma. Assim, a culpa não é pressuposto para ingresso da inibitória, pois sendo esta tutela voltada à ‘prevenção’ e proteção do ordenamento jurídico, e, se este está prestes a ser violado, não interessa ao direito a culpa ou não do agente, sendo que este ato deve ser inibido de plano.

Neste sentido temos:

A tutela inibitória tem como pressuposto, exclusivamente, a iminência da prática de um ilícito; não se preocupa com o dano ou com a culpa. Quando se pensa em

tutela inibitória como tutela da norma é fácil de se compreender seus elementos. Se cabe ao juiz zelar pela integridade do ordenamento, pouco importa se quem está na iminência de violá-lo está agindo com culpa ou não, pois em qualquer caso caberá ao juiz impedir a violação. Igualmente, não é pelo fato de a violação à norma não causar um dano imediato a alguém que se permitirá a prática do ilícito. Ao contrário, cabe ao juiz proteger a integridade da norma. Ora, a tutela da norma pode até evitar a concretização de danos, porém sua função está muito além: é a de resgatar o *status* de legitimidade do ordenamento, uma vez que a existência do Estado de Direito pressupõe o respeito às suas normas. (TESSLER, 2004, pp. 232-233).

Ainda tocante à necessidade ou não da demonstração da culpa importante trazer a oportuna observação de Sergio Cruz Arenhart:

[...] pode ocorrer que a regra jurídica somente considere ilícita uma conduta se ela vier acompanhada do elemento volitivo (culpa). Se isto acontecer, será então necessário, para a concessão da tutela inibitória, avaliar também este elemento, para que se possa ver a conduta como ilícita e tutelá-la assim. (ARENHART, 2003, p. 105).

Assim, verifica-se que somente é imprescindível a demonstração de culpa do agente, quando a culpa for pressuposto da própria *ilicitude* que visa coibir, não se confundindo como sendo a culpa um pressuposto da tutela inibitória propriamente dita.

Não obstante restar claro que para a tutela inibitória o dano não é pressuposto, tem-se que a prevenção do dano é de vital importância, ainda mais se tratando de um direito fundamental das gerações futuras, neste sentido, é perfeitamente plausível que a tutela inibitória vise, ainda que por vias reflexas, não somente prever e evitar o ilícito, mas também vise prever e evitar o dano ambiental, dano este que irá afetar o direito fundamental não somente da sociedade atual como um todo, mas também afetará o direito fundamental a um ambiente equilibrado das futuras gerações. Porém, ressalta-se, mais uma vez, que a prova do dano futuro não é pressuposto de admissibilidade nem de procedência da tutela inibitória intentada, ou seja, não é necessário o autor da inibitória comprovar que a ação a ser inibida irá ocasionar qualquer *dano*, basta a comprovação de que a ação

irá configurar um *ilícito*.

Outro importante ponto a ser discutido acerca da inibitória é nos casos dos ilícitos que se configuram através de uma ‘ação’ que se propaga no tempo (chamada ação ilícita continuada). Como visto a ação inibitória visa prevenir a violação de uma norma, ou seja, tem lugar *antes* da configuração do ilícito. Entretanto existem situações onde o ilícito se configura a partir de uma ação continuada e nestes casos específicos é perfeitamente possível a inibitória mesmo quando o ilícito já tiver ocorrido. Como exemplo cita-se o caso do funcionamento de uma indústria sem os filtros de poluentes necessários. Neste caso como a empresa já está em funcionamento o ilícito já se configurou, porém a ação que gerou o ilícito (o funcionamento da indústria) continua a ocorrer, ou seja, se propagou no tempo. Neste caso é perfeitamente possível o uso da ação inibitória, para inibir o ato contínuo de lesar o direito, visando à imediata paralisação do funcionamento da empresa até que esta se molde às regulamentações dos órgãos da administração ambiental e instale os filtros necessários. (TESSLER, 2004, p. 239-242). Assim a ação inibitória é cabível para impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. De plano ressalta-se a diferenciação da tutela inibitória da tutela de remoção do ilícito, que será objeto de estudo mais detalhado em momento oportuno do presente trabalho, vez que para esta ocorrer é necessário que a ação já se encerrou restando apenas o ilícito, já para a inibitória a ação é continuada cabendo esta tutela para cessar não só o ilícito, mas sim a prática da ação continuada.

A Constituição Federal de 1988 elevou o ambiente sadio e equilibrado a um direito fundamental para a presente e para as futuras gerações, impondo o dever de preservá-lo, aliado a isso tem a tutela inibitória que visa exatamente prevenir e impedir o ilícito. Nesta fusão vê-se que a tutela inibitória é perfeitamente cabível para prevenir o ilícito consubstanciado em agressão ao ambiente.

Como já esclarecido a tutela inibitória é voltada a reprimir o ilícito, desta forma quando

se fala em tutela inibitória ambiental tem-se que esta ação visa a coibir o ilícito que se consubstancia pela ameaça de violação da norma de proteção ao ambiente e mais, como já visto, não é necessário a demonstração de culpa por parte do agente. Neste sentido:

Para a ação inibitória ambiental, pouco importa se o réu manifestou sua vontade na prática de conduta contrária ao direito, ou mesmo se tinha a intenção de lesar o ambiente. Como o ilícito ambiental abrange tanto atos como fatos jurídicos, a simples exposição do ambiente a um risco intolerável (ameaça ao equilíbrio ecológico) já configura violação ao dever de preventividade. (TESSLER, 2004, p. 236).

O fundamento legal da tutela inibitória ambiental se faz nos artigos 5.º XXXV e artigo 225 da Constituição Federal; no artigo 461 do Código de Processo Civil, e ainda no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos:

O artigo 5.º XXXV diz expressamente que ‘a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito’. Ora, se o constituinte deixou claro que o Poder Judiciário não poderá se opor a apreciar um caso concreto de uma ameaça a um direito ele quis fundamentar todas e quaisquer tutelas preventivas, autorizando ao autor requerer e proteger seu direito perante o judiciário mesmo antes da violação propriamente dita. Por sua vez o artigo 225 enuncia que ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’, este artigo constitucional consagra o direito à higidez do ambiente como sendo um direito fundamental, desta maneira todos têm o direito a uma tutela preventiva capaz de assegurar o pleno gozo deste direito. Este é o fundamento primordial da tutela inibitória, verificando que tal tutela lança suas raízes a nível constitucional.

Por sua vez o artigo 461 do Código de Processo Civil fundamenta a tutela inibitória individual ‘tornando viável a obtenção desta tutela através da propositura de uma única ação, sem que seja necessário pensar em ação cautelar e ação de execução.’ (MARINONI, 2006, p.87) Este

artigo é de grande importância para a prestação de uma tutela efetiva pois em inúmeros casos o tempo transcorrido até o término do processo é incompatível com o direito que se busca tutelar, sendo necessários meios de coerção capazes a desencorajar o requerido na ação inibitória a se omitir de praticar os atos desde a propositura da ação, através da antecipação da tutela e da imposição de multa caso realizar a ação que se busca inibir.

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor fundamenta a tutela inibitória a nível coletivo e tem redação muito semelhante ao artigo 461 do CPC: ‘na ação que tenha por objetivo o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.’” Sobre a possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor para tutelar o ambiente importante ressaltar as palavras de Marinoni:

Ora, como há um sistema de tutela coletiva dos direitos, integrado, fundamentalmente, pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor – em razão do art. 90 do CDC, que manda aplicar às ações ajuizadas com base nesse Código as normas da Lei da Ação Civil Pública do Código de Processo Civil, e do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, que afirma que são aplicáveis às ações nela fundadas as disposições processuais que estão no Código de Defesa do Consumidor -, não há dúvida de que o art. 84 do CDC sustenta a possibilidade da tutela inibitória pura para *qualquer direito difuso ou coletivo*. (MARINONI, 2006, p. 94).

Assim, considerando o ambiente um direito difuso, como já demonstrado no item 3.1 do Capítulo I, resta amplamente comprovado que o Código de Defesa do Consumidor também é base para a tutela deste direito fundamental.

Na questão da legitimidade para propor a ação inibitória ambiental destaca-se o posicionamento de Luciane Gonçalves Tessler:

O cidadão – titular do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, conseqüentemente, de direitos de defesa e direitos de prestações –

pode exigir do Estado a tutela mais adequada ao meio ambiente. O Estado possui a obrigação de prestar ao jurisdicionado a proteção mais efetiva ao ambiente, e nem mesmo a omissão legislativa o dispensa do imperativo de tutela. Um direito fundamental não pode deixar de ser concretizado sob a alegação de ausência da técnica adequada disponível. A atuação da tutela jurisdicional do meio ambiente exige técnicas diferenciadas. A proteção em juízo do meio ambiente, normalmente, é prestada em ação coletiva, sujeita a regras de sistema processual estruturado com o fim de eliminar as deficiências de sub-representação de direitos difusos, como o direito ao meio ambiente. **Todavia, é possível inferir que, para o aperfeiçoamento desse sistema, faz-se necessário, ainda, o reconhecimento da legitimidade do cidadão para, autonomamente, ajuizar ação inibitória ambiental, respaldado pela conjugação dos arts. 1.º da Lei 4.717/65, 84 do CDC e 5.º, XXXV, da CF.** (TESSLER, 2004, p. 384, grifo não constam no original).

Assim lhe assiste razão quando defende a legitimidade ativa do cidadão para propor a ação inibitória ambiental, pois sendo o direito a um ambiente sadio fundamental e intergeracional, é de se dar a maior amplitude de legitimidade vez que o cidadão autor será apenas aquele que chama a atenção do poder jurisdicional da iminente ameaça do ordenamento jurídico, não sendo plausível tolher, ou negar direito de ação ao cidadão comum alegando não ser ele legítimo para propor tal ação. Necessário relembrar ainda que como a tutela inibitória é voltada à proteção da higidez do próprio ordenamento jurídico como um todo é, desta forma, parte legítima o cidadão para propô-la.

Deste modo apesar de serem amplamente consagradas às ações coletivas para proteção do ambiente, é perfeitamente legítimo o cidadão, individualmente, intentar ação inibitória ambiental com fundamento no artigo 1.º da Lei 4.717/65, artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 5.º, XXXV da Constituição Federal.

Como exemplo prático do uso da tutela inibitória ambiental, se tem quando uma indústria recém construída está prestes a iniciar sua operação sem a instalação de filtros obrigatórios que visem à purificação do ar que sai de suas caldeiras para a atmosfera. Neste caso a tutela inibitória é necessária no sentido de barrar a violação da norma ambiental que prevê a instalação dos filtros, e como consequência reflexa visa prevenir o dano ambiental que ocorreria diante da prática de tal ilícito.

Verifica-se que em momento algum caberá ao autor da ação a demonstração da intenção ou não da indústria em operar sem os filtros, caberá ao autor tão somente deixar claro que a fábrica está prestes a operar sem os filtros previstos em lei.

Por fim cabe ressaltar que a sentença nas ações inibitórias tem natureza mandamental, fugindo da clássica divisão trinária das sentenças, adotando a divisão quinária. Mediante este entendimento é de salientar a existência de cinco espécies de sentenças: a) declaratórias; b) condenatórias; c) constitutivas; d) mandamentais e e) executivas.

Este ‘novo’ modelo de divisão se faz necessário vez que a clássica divisão trinar não é capaz de dar efetividade aos novos direitos, principalmente os direitos transindividuais. Vejamos:

À época da formação do processo civil, as sentenças eram apenas três – declaratória, constitutiva e condenatória – porque assim bastava ao Estado liberal e exigiam os seus valores. Com o passar do tempo, e o surgimento de novos direitos, passaram a ser necessárias novas técnicas para a tutela dos direitos, quando apareceram as sentenças mandamental e executiva, delineadas com base nas expressões normativas constantes dos arts. 84 do CDC e 461 do CPC. (MARINONI, 2007, p. 414)

Nesta ocasião a sucinta e superficial explanação acerca da classificação das sentenças basta, lembrando que um estudo um pouco mais aprofundado sobre o assunto, bem como sobre o poder do Juiz em atuar coercitivamente na vontade do demandado, no sentido de fazer valer sua decisão, será objeto de estudo adiante - (3.3 - Concentração do Poder Executivo).

Com fundamento nos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor e do 461 do Código de Processo Civil resta claro que o Juiz para trazer efetividade à tutela inibitória está apto a desenvolver uma sentença que ordene um fazer ou um não fazer sob pena de multa, sentença esta denominada de mandamental.

2.3 TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

Enquanto a tutela inibitória é cabível para impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito ocasionado por uma ação continuada, a tutela de remoção do ilícito tem lugar quando o ilícito já se configurou, restando apenas a remoção dos efeitos da ilicitude. Assim: “(...) a ação inibitória apenas pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir o agir ou o seu prosseguimento, e não quando este já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos.” (MARINONI, 2004, pp. 268-269). Ou seja, é uma tutela de repressão do ilícito de eficácia continuada, sendo que, uma vez que busca afastar o estado de ilicitude, previne os efeitos danosos que tal estado pode propiciar. (TESSLER, 2004, pp. 242-243). Assim:

Esclareça-se que a ação inibitória, quando voltada a impedir a repetição do ilícito, tem por fim evitar a ocorrência de *outro ilícito*. Quando a ação inibitória objetiva inibir a continuação do ilícito, a tutela tem por escopo *evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita*. Note-se que a ação inibitória somente cabe quando se teme um agir ou uma atividade. Ou melhor, a ação inibitória apenas pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir o agir ou o seu prosseguimento, e *não quando este já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos*. (MARINONI, 2004, pp. 268-269)

Como já esclarecido, quando se tem clara distinção entre o dano e o ilícito se torna fácil compreender que o direito deve propiciar ao aplicador meios processuais efetivos para cada uma das hipóteses: a) hipótese de ameaça de lesão à norma (tutela inibitória); b) hipótese de ilícito – lesão ao ordenamento jurídico já praticado (tutela de remoção do ilícito) e; c) hipótese de dano configurado (tutela ressarcitória).

É necessário frisar que, via de regra, quando o ilícito se configura geralmente o dano acontece imediatamente, porém existem casos em que o dano não ocorre no mesmo momento da configuração do ilícito, e são nestes casos que a tutela de remoção do ilícito tem lugar, neste sentido

importante destacar o posicionamento de Luciane Gonçalves Tessler:

[...] muito embora na maioria dos casos o ilícito imediatamente produza dano, há situações em que o dano só ocorrerá em momento posterior à violação da norma. Para estes casos em que ilícito e dano concretizam-se em etapas temporalmente diversas, é perfeitamente adequada a tutela de remoção do ilícito. Essa tem o condão de, concomitantemente, reprimir o ilícito ocorrido e prevenir a prática do dano. Ao se afastar a violação ao direito, acaba-se impedindo a superveniência de seus efeitos danosos. (TESSLER, 2004, p. 243).

Assim é necessário e imprescindível um meio de tutela que visa coibir o ilícito que está prestes a gerar um dano, e é neste desiderato que reside à importância e a imprescindibilidade da Tutela de Remoção do Ilícito como meio de proteção ao direito fundamental ao ambiente.

Desta forma, quando o agente já cometeu o ilícito restando apenas os efeitos deste ilícito a ação cabível é a tutela de remoção do ilícito. Marinoni esclarece que toda a dificuldade de se conceber a tutela de remoção do ilícito se deve a confusão, já devidamente esclarecida, entre o ilícito e o dano. Neste sentido:

Quando se associa ilícito e dano, conclui-se que toda ação processual voltada contra o ilícito é ação ressarcitória ou de reparação do dano. Acontece [...] que há ilícitos cujos efeitos se propagam no tempo, abrindo as portas para a produção de danos. Isso demonstra que o dano é uma consequência eventual do ilícito, mas que não há cabimento em ter que esperar pelo dano para poder invocar a prestação jurisdicional. (MARINONI, 2004, p. 269).

Como exemplo de um ilícito que se propaga no tempo, que em princípio não gera dano, mas caso seja continuado produzirá, é a vinculação de uma propaganda que configura concorrência desleal. A princípio a colocação do *outdoor* no final da tarde apenas gera o ilícito da concorrência desleal, porém a princípio não houve dano. Assim é perfeitamente cabível a tutela de remoção do ilícito para dar efetividade à norma. Pois como bem colocado por Marinoni, por que esperar que o dano ocorra? Não pode (e deve) o direito proporcionar meios eficazes para remover o ilícito antes

mesmo de que o dano ocorra? Ou ainda não é de interesse do direito civil a manutenção da licitude, impedindo o dano? (MARINONI, 2004, pp. 269-270).

Como exemplo da aplicação da tutela de remoção do ilícito em matéria ambiental tem o descumprimento de alguma norma ambiental, como por exemplo, a obrigatoriedade de determinado tipo de indústria utilizar filtros em suas chaminés. Caso uma indústria recém implantada, obtém licença de funcionamento sem ter estes filtros instalados, verifica-se que o ilícito se configurou, vez que a norma que prevê a utilização de tais filtros foi violada. Ainda neste caso dano algum se configurou, vez que a indústria ainda não começou a funcionar. Neste caso, se torna clara e patente a necessidade de uma tutela que visa remover a situação de ilicitude antes mesmo da superveniência de um dano. Não seria lógico ter que esperar a configuração do dano, para só então ser possível acionar o poder jurisdicional para reprimir o dano.

Importante ressaltar que a tutela de remoção do ilícito só é cabível quando nenhum dano se consumou, ou seja, é cabível *após* o ilícito e *antes* do dano. Pois se o dano ocorreu caberia uma tutela jurisdicional destinada à repressão do dano e não de repressão contra o ilícito. Desta forma o dano é pressuposto negativo da tutela de remoção do ilícito, salvo nas hipóteses onde é necessária a cumulação da tutela de remoção do ilícito (que visará prevenir novos danos) com a tutela ressarcitória em uma de suas modalidades – pelo equivalente ou na forma específica - (que terá lugar no sentido de reparar os danos já causados), tutelas estas que serão objeto de estudo nos próximos capítulos, bem como a possibilidade de cumulação entre estas tutelas.

Assim destaca-se que a tutela de remoção do ilícito é uma tutela voltada à prevenção de um dano que ocorrerá diante de um ilícito já configurado, e tem como pressupostos a) pressuposto positivo - a violação de uma norma (ilícito já configurado) e b) pressuposto negativo – a ausência de dano, pois caso este vier a ocorrer é necessária a utilização da tutela de ressarcitória que será estudada no capítulo seguinte. Neste tocante válido ressaltar que não é necessária a demonstração

de culpa para que esta tutela seja acatada, ou seja, uma vez comprovada a configuração de um ilícito não é necessária a demonstração do elemento subjetivo culpa, pois esta é uma tutela voltada à proteção da norma. Assim se uma norma foi violada não interessa saber se o agente violador teve ou não a intenção de violar, o simples fato da violação configurada e demonstrada é o suficiente para a intervenção do poder jurisdicional.

2.4 TUTELA RESSARCITÓRIA

Diante da análise das tutelas anteriormente vistas - tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito – resta claro que estas tutelas não são voltadas à reparação ou a prevenção do dano propriamente, ou seja, são tutelas que visam apenas de forma secundária e indireta evitar que o dano ambiental ocorra. Ocorre que muitas vezes junto com o ilícito os danos acabam por ocorrer, neste sentido o direito deve ter mecanismos jurídicos processuais no intuito de restabelecer o bem jurídico protegido ao seu *status quo ante* a agressão sofrida. São nestes casos que tem lugar a tutela ressarcitória.

Diante do capitalismo enraizado na sociedade atual, quando se fala em tutela ressarcitória a primeira idéia que se tem é que tal ressarcimento seja realizado *in pecunia*, ou seja, pelo ‘equivalente do dano causado em um valor expresso em moeda’ - ou ‘valori astratti di scambio’ (DI MAJO, 1993, p. 157).

A tutela ressarcitória, muito embora seja amplamente utilizada na responsabilidade civil, quando alguém é obrigado a reparar um dano causado a outrem, se tem que na esmagadora maioria das vezes a tutela ressarcitória é utilizada em sua modalidade de ‘indenização pelo equivalente em pecúnia’ (chamada tecnicamente de ‘tutela ressarcitória pelo equivalente’), ou seja,

esta ação não visa propriamente a reparar o dano ocorrido, mas sim, visa auferir um valor pecuniário ao dano e ressarcir a vítima via um pagamento em dinheiro.

Esta transformação em pecúnia não se mostra interessante para os casos de dano à bens jurídicos transindividuais como é o caso do ambiente. Primeiro, porque como se trata de um bem comum, que inclusive ultrapassa fronteiras políticas e geográficas, fica deveras prejudicada a função de se achar para quem efetuar o pagamento do equivalente (pecúnia). Segundo, não é importante que os órgãos de proteção ambiental fiquem com os cofres abarrotados de dinheiro provenientes de multas e reparações pecuniárias se o bem jurídico (o ambiente) que estes órgãos visam proteger se encontram deteriorados (senão extintos) pela ação dos danos causados. Além do mais existem diversos tipos de danos que sua aferição em pecúnia é impossível, mormente quando se fala em danos ambientais.

Neste tocante importante citar o ilustre doutrinador Pontes de Miranda que desde a década de 70 já dizia que “o pedido pode dirigir-se à restauração em natura, e somente quando haja dificuldade extrema ou impossibilidade de se restaurar em natura é que, em lugar disso, se há de exigir a indenização em dinheiro” (MIRANDA, 1971, v. 26, p. 27).

Diante do exposto é necessário proporcionar aos aplicadores do direito um novo tipo de tutela ressarcitória que visa corrigir a distorção causada pela tutela ressarcitória pelo equivalente. É exatamente aqui que entram a tutela ressarcitória na forma específica.

Antes porém de se aprofundar um pouco mais no estudo das modalidades da tutela ressarcitória, importante discorrer sobre o dano ambiental e suas peculiaridades, e ainda sobre o princípio da prevenção e o princípio da precaução, para poder entender melhor sobre a importância da utilização desta ou daquela tutela voltada ao ambiente.

2.4.1 PECULIARIDADES DO DANO AMBIENTAL

A palavra dano provem do latim, *damnum* e significa, no geral, qualquer diminuição do patrimônio. Dano é o prejuízo causado a outrem ou a seu patrimônio. Desde já ressalta-se que não existirá obrigação de indenizar, ou ainda cabimento para a tutela ressarcitória, quando o dano não restar configurado. Neste sentido Agostino Alvim esclarece: “como regra geral, devemos ter presente que a inexistência do dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás seu objeto” (FRANÇA, 1977, v. 22, p. 204). Assim o dano é pressuposto obrigatório à qualquer ação ressarcitória, seja ela na forma específica ou na forma pelo equivalente.

José Rubens Morato Leite lembra que a concepção de dano ambiental é ambivalente pois por vezes designa as alterações nocivas ao ambiente por si só (dano eminentemente natural) e outras vezes trata sobre os efeitos que tais alterações nocivas do ambiente causam à saúde ou aos negócios das pessoas. Assim:

Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses. (LEITE, 2000, p.98).

Diante desta ambivalência o doutrinador argentino Jorge Bustamante Alsina esclarece que ao mesmo tempo em que existe um dano ambiental coletivo, aquele que afeta a toda a coletividade devido a característica transindividual e difusa do ambiente, existe também a possibilidade da ocorrência do chamado dano ambiental individual: um dano causado por *intermédio* do ambiente, um dano chamado pelo autor de ‘*dano ricochete*’. (ALSINA, 1995, p. 45) Com exemplo cita-se os casos de danos à saúde ocasionados pela poluição de uma determinada fábrica situada em região eminentemente urbana. Aqui além do dano causado ao bem coletivo

ambiente, se tem o dano ‘ambiental individual’ sofrido de forma específica por cada indivíduo que teve sua saúde afetada.

Esta ambivalência é trazida de forma expressa na legislação brasileira, mais precisamente na conjugação do artigo 3.º, inciso I com o artigo 14, § 1.º da Lei n.º 6.938/81 *in verbis*:

Lei n.º 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente

Art 3.º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1.º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, **a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.** O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (grifos não constam no original)

Como exemplo patente de um dano ambiental que assume ambas funções (coletivo e individual) tem o derramamento da carga de um navio petroleiro em uma baía. Primeiramente tem o dano ambiental coletivo, que é a poluição local como consequência na extinção da vida marinha. Este dano ambiental coletivo provoca o chamado efeito ricochete, afetando de forma individual o grupo de pescadores locais que retiravam da baía sua subsistência através da pesca. Assim o agente poluidor, além de ter que reparar a região afetada, terá que arcar de forma individual e específica os danos causados aos pescadores e suas famílias, através, por exemplo, do pagamento mensal em dinheiro da importância que tais famílias conseguiam através da pesca.

Dado às peculiaridades do ambiente e os diversos fatores que o regem, os danos ambientais são de difícil reparação, assim é de extrema importância a prevenção e a precaução para evitar ao máximo estes danos (MILARÉ, 2007, p. 815). Porém, quando estes princípios falham, e o

dano ambiental ocorre, é de suma importância a sua reparação, para amenizar os efeitos negativos e tentar evitar que este dano cause muito impacto na natureza.

2.4.2 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O Princípio da Precaução, em linhas gerais, veda as intervenções ao ambiente quando não houver a certeza que esta intervenção não acarretará reações adversas, ou seja, na dúvida se um procedimento será ou não poluidor o Princípio da Precaução deve atuar proibindo a intervenção, vez que nem sempre é possível oferecer uma resposta conclusiva quando a policidade ou não de certos experimentos. Como exemplo claro da atuação deste princípio deve-se destacar o caso da soja transgênica: “Nota-se que não se está – e isso aqui obviamente não seria possível – afirmar que a soja transgênica é nociva, mas sim que, diante da incerteza científica sobre a sua nocividade, o princípio da precaução impõe a sua proibição.” (MARINONI, 2004, p. 367).

Acerca do princípio da precaução Paulo de Bessa Antunes afirma:

O princípio não determina a paralisação da atividade, mas que ela seja realizada com os cuidados necessários, até mesmo para que o conhecimento científico possa avançar e a dúvida esclarecida.

[...]

Não há atividade humana que possa ser considerada isenta de riscos; o que a humanidade faz, em todas as atividades, é uma análise de custo e benefício entre o grau de risco aceitável e o benefício que advirá da atividade.

O importante é que sejam tomadas medidas para que os eventos negativos se reduzam a níveis cada vez mais inferiores; ou, caso entendamos que o risco está em nível insuportável, que a sociedade coletivamente arque com os riscos da opção adotada. (ANTUNES, 2005, pp. 33-34).

O princípio da precaução ganhou reconhecimento internacional ao ser incluído na Declaração do Rio que resultou da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92, mais precisamente no seu Princípio 15 onde:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Tessler lembra que tal princípio também é trazido por outras duas importantes convenções internacionais ratificadas pelo Brasil:

Convenção de Diversidade Biológica (Decreto n.º 2.519/98)

Preâmbulo: “(...) quando exista *ameaça de sensível redução ou perda* de diversidade biológica, *a falta de plena certeza científica* não deve ser usada como razão para postergar medidas pra evitar ou minimizar esta ameaça(...)

Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Clima (Decreto n.º 2.652/98)

Princípio 3: “As partes devem adotar medias de precaução para prever, evitar ou minimizar, as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem *ameaças de danos ‘serio ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica* não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas adotadas para enfrentar as mudanças do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível” (TESSLER, 2004, p. 110, grifos não constam no original)

Com o fim de proteger o meio ambiente, o Estado deve aplicar amplamente o critério de precaução conforme às suas capacidades e quando haja perigo de dano grave ou irreversível ou ainda, a falta de uma certeza absoluta de que não ocorrerá um grave dano ao meio ambiente, não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes em função do custo para impedir a degradação do meio ambiente.

2.4.3 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Diante do exposto acerca do Princípio da Precaução, juntamente pela simples análise da definição da palavra prevenção já é possível obter a distinção entre estes dois importantes princípios do Direito Ambiental. Assim, se valendo dos ensinamentos do mestre Aurélio, tem-se que “Prevenção: [Do lat. tard. praeventionē.] S. f. 1. Ato ou efeito de prevenir(-se). 2. Disposição ou preparo antecipado e preventivo. 3. Modo de ver antecipado; premeditação: 4. Opinião ou sentimento de atração ou de repulsa, sem base racional.” (Aurélio, 1999).

Desta maneira, o Princípio da Prevenção atua exatamente onde não é cabível o Princípio da Precaução, vez que este é cabível nos casos onde não é possível prever os danos, ou seja, quando não existe a certeza se certa atividade causará um dano ambiental ou não. Por sua vez, o Princípio da Prevenção tem lugar nos casos onde já são conhecidos os impactos no ambiente de alguma atividade, ou seja, o resultado poluidor já são conhecidos e previsíveis.

Um exemplo da atuação do Princípio da Prevenção se tem quando determinada atividade, sabidamente poluidora, é iniciada. Desta forma, o Princípio da Prevenção atua no sentido de que seja realizado um Estudo de Impacto Ambiental (EIA) no intuito de se avaliar apenas a extensão do dano, vez que os danos que serão causados já são conhecidos. Cita-se no caso a instalação de uma mineradora de carvão, neste caso o dano é patente, visto que este é inerente da atividade de mineração, assim pelo princípio da prevenção necessária a realização de um estudo de impacto ambiental para se avaliar a extensão do dano, no sentido de verificar a viabilidade ecológica do projeto, ou seja, para que se possa colocar na balança os prós e contras e verificar se os benefícios sociais e econômicos justifiquem a degradação ambiental causada. Da mesma forma o EIA é necessário para a implementação de uma usina de energia hidrelétrica.

Assim, o Princípio da Prevenção atua no sentido de afastar o risco ambiental, antecipando medidas capazes de evitar agressões ao ambiente desproporcionais aos benefícios que certa atividade trará.

Paulo Affonso Leme Machado destaca os pressupostos para a aplicação do Princípio da Prevenção: 1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas do mar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 3º) planejamentos ambiental e econômico integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; e 5º) Estudo de Impacto Ambiental. (MACHADO, 1994, p. 36).

Desta forma, vê-se que o Princípio da Precaução apenas tem lugar nas atividades onde não é possível prever se ocorrerá ou não o dano ambiental, por sua vez o Princípio da Prevenção atua exatamente onde o dano já é conhecido restando, por este princípio, apenas a avaliação da extensão do dano para poder avaliar os prós e contras da atividade a fim de se verificar se o benefício social da atividade sobrepõe o impacto ambiental.

2.4.4 TUTELA RESSARCITÓRIA NA FORMA ESPECÍFICA

Diante das peculiaridades do dano ambiental, principalmente no que tange sua difícil reparação, é necessário priorizar as tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito em tratando de matéria ambiental, pois estas atuam exatamente em momento anterior à ocorrência do dano. Porém quando a prevenção falhar, e o dano ambiental se configurar é necessário mecanismos jurídicos para fazer com que o agente poluidor repare o dano causado, e este mecanismo, como já visto, é a

tutela ressarcitória.

Com esta afirmativa, a primeira vista pode se achar que a tutela do ressarcimento na forma específica é uma tutela secundária para o direito ambiental, porém esta afirmativa não é correta. O certo é afirmar que tal tutela é tão importante quanto as outras, pois se todas as demais tutelas falharem e o dano vier a se configurar a primeira forma de punição ao agente poluidor é que este repare o dano na forma *específica*, ressaltando-se os casos de onerosidade excessiva, como será estudado mais adiante.

Como o próprio nome sugere a tutela ressarcitória na forma específica busca restaurar o ambiente degradado ao seu *status quo ante* a agressão sofrida, ou seja, obriga o agente poluidor a despoluir e reparar esse dano no sentido de propiciar aos demais cidadãos, titulares do direito a um ambiente sadio, a poderem voltar a desfrutar de seu direito fundamental.

Assim se uma empresa poluiu um rio, esta deve empregar todos os meios disponíveis para despoluir o rio, não podendo se valer de apenas pagar uma indenização em pecúnia, visto que o importante é a *restauração*, caso seja possível, do bem ambiental que foi degradado. Vê-se assim que esta é uma importante ferramenta que deve ser utilizada sempre que o dano ocorrer.

Desta forma, se valendo da tutela inibitória e da tutela de remoção do ilícito, ambas respaldadas pelo Princípio da Precaução e o Princípio da Prevenção, o que se deve fazer é evitar ao máximo o ilícito ambiental, ilícito este que na grande maioria das vezes causa um dano ambiental. Porém quando o dano é inevitável e o ambiente sofre uma agressão o meio processual preferível e cabível é a tutela do ressarcimento na forma específica.

Neste sentido:

Se a tutela ressarcitória em pecúnia visa a dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda pode constituir uma resposta contra o dano acarretado a um direito não-patrimonial, a tutela ressarcitória na forma específica *é aquela que, em princípio, deve conferir ao lesado a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido.* (MARINONI, 2004, p. 426).

Vê-se então que, enquanto a tutela inibitória e a tutela da remoção do ilícito se preocupam com o *ilícito*, a tutela do ressarcimento na forma específica se preocupa com o *dano*. Fica claro desta forma que o dano e sua delimitação é um pressuposto essencial para a interposição desta tutela. Sobre os pressupostos da tutela destaca-se o posicionamento de Luciane Gonçalves Tessler:

Da previsão da responsabilidade objetiva decorre a prescindibilidade da demonstração da culpa para a responsabilização pelo dano ambiental. Portanto, é possível afirmar que a tutela ressarcitória do dano ambiental tem como pressupostos: a) a existência de um dano, b) nexos causal e c) antijuridicidade da conduta, já que dispensa a análise da ilicitude e da culpa. (TESSLER, 2004, p. 336).

Ainda, segundo a autora a antijuridicidade não se confunde com ilicitude, vez que:

[...] a idéia de antijuridicidade é mais ampla. Enquanto a ilicitude configura-se com a prática de uma conduta que viole determinada norma legal, a antijuridicidade decorre de conduta contrária a todo o ordenamento, absolutamente verdade, vez que não encontra qualquer permissivo em lei. [...] Deste modo, nem toda a lesão ao ambiente assume caráter antinormativo (TESSLER, 2004, pp. 341-342).

Sobre a antijuridicidade, e adotando a responsabilidade objetiva aos danos ambientais, é necessária uma análise rigorosa do dano, uma vez que ocorrendo o dano este deve ser reparado independente de culpa do agente poluidor. Partindo desta premissa é necessária a indagação: toda *intervenção* causada ao ambiente *deve* ser objeto de reparação? Ou melhor, toda intervenção do homem no ambiente deve ser classificada como *dano*?

Certamente não, pois são muitas as atividades humanas que de alguma forma causam *dano* ao meio ambiente, ou *interagem* com ele, por exemplo: a utilização de veículos automotores, que expõem gases na atmosfera sabidamente poluentes. Se não existir um limite de tolerabilidade

ao dano ambiental, estaria a humanidade condenada a voltar anos na história do progresso, vivendo de maneira precária.

No tocante a este ponto é oportuno destacar o posicionamento de Paulo Sérgio de Moura Franco e Ana Paula Dalbosco:

Impossível imaginar, no atual estágio da evolução humana, um Estado e uma sociedade sem fábricas, sem indústrias, sem atividade mineral, sem atividade agropecuária, sem abertura de novos loteamentos, sem abertura de estradas, sem veículos automotores. Desse modo, a fumaça das chaminés e dos veículos e as escavações para aproveitamento das jazidas minerais devem ser consideradas como elementos normais e circunstanciais do processo econômico. Não se cogita em indenizar pela simples instalação de uma fábrica com seu chaminé, nem a construção de uma barragem de rejeitos, por si só, constituirá fator de indenização. São atividades normais e, como tais, devem ser toleradas pela sociedade. Dentro de uma visão racional, não se pode negar a utilidade dessas atividades e os benefícios econômicos e sociais que proporcionam. (FRANCO, 2001, p. 02).

Desta maneira, respeitando certos limites de tolerância não será responsabilizado o poluidor, pois inexistirá um dano indenizável, ou ainda não ocorrerá uma conduta antijurídica.

No entanto, o principal problema é que a determinação deste limite de tolerabilidade não é facilmente delineado, sendo muito difícil determinar quando um determinado ato passa a *abusar* do meio ambiente ao invés de *usá-lo*. Da mesma forma é impossível estabelecer estes limites de antemão sem análise do caso concreto.

Assim, devido à peculiaridade do dano ambiental, e defendendo a tese de que o ambiente está a serviço do homem e não este daquele, é que existe a necessidade de uma tolerância ao dano ambiental, visto que toda a atividade humana, de uma forma ou de outra, causa um dano ao ambiente. Ao extremo tem-se o exemplo do simples ato de respirar, onde ocorre uma liberação de gás-carbônico podendo ser tido como uma poluição, ou seja, um dano ambiental.

A tutela do ressarcimento na forma específica, por se tratar de uma tutela com finalidade de ressarcir, de punir, importante se faz alguns esclarecimentos sobre o instituto da responsabilidade civil aplicado aos danos ambientais.

As reparações de danos na esfera civil se dão através das regras da responsabilidade civil, inclusive os danos ambientais. Partindo do pressuposto que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, da mesma forma, ninguém será obrigado a reparar senão em virtude de lei. Seria impossível para o legislador prever todos os casos no quais seriam obrigatória a reparação, diante desta impossibilidade o legislador apenas se preocupa em criar certos pressupostos, e qualquer seja a situação fática se estiverem presentes todos estes pressupostos nasce a obrigação de reparar. Ou seja, para que haja a responsabilidade civil, e conseqüentemente a obrigação reparatória, deve ocorrer alguns fatores, denominado de pressupostos ou de elementos da responsabilidade civil.

Os pressupostos gerais, que ocorrendo o agente será civilmente responsabilizado são: a) *conduta do agente*, que pode ser positiva, uma ação, ou negativa, uma omissão; b) o *dano*, para que surja a obrigação reparatória é primordial que tenha ocorrido um dano e c) o *nexo de causalidade*, entre a ação (positiva ou negativa) e o dano ocorrido.

Como visto em regra geral ninguém será obrigado a indenizar senão comprovada a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: *ação ou omissão, o dano, e o nexo causal*. Este tipo de responsabilidade é a chamada responsabilidade subjetiva, a qual importa que necessariamente haja culpa⁹ do ofensor para se criar o liame da indenização, e que essa culpa seja comprovada pela vítima. Por sua vez a responsabilidade civil objetiva não se discute se a conduta do agente foi realizada com culpa ou não, bastando que fique caracterizado que o dano ocorreu em decorrência da ação (ou omissão) do agente poluidor.

Embora o direito nacional filiar-se, como regra geral, à teoria da responsabilidade subjetiva, como se vê no disposto nos artigos 186¹⁰ e 927¹¹ do Código Civil, existem casos que se

⁹ Culpa no sentido *lato sensu*, podendo se caracterizar pela culpa propriamente dita em um de suas modalidades, negligência, imperícia ou imprudência, ou ainda pelo dolo.

¹⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

adota a responsabilidade objetiva como regra especial, regulamentada, geralmente, por leis esparsas, como a Lei de Acidentes do Trabalho, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei das Estradas de Ferro e, mais importante para o presente estudo: a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei 6.938/81¹², que em seu artigo 14 assim se expressa: (MILARÉ, 2007, p. 817)

Art. 14:

§ 1.º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (grifos não constam no original)

Desta forma, ao adotar a responsabilidade civil objetiva em se tratando de danos ambientais, para que se possa pleitear a reparação do dano ambiental pela Tutela ressarcitória na forma específica ou pelo equivalente basta demonstrar o que o dano surgiu em consequência de uma conduta antijurídica do agente.

Diante do exposto a melhor maneira de punir o poluidor é mediante a utilização da tutela ressarcitória na forma específica, pois assim a coletividade pode voltar a usufruir de seu direito fundamental à um ambiente hígido. Resta claro que a condenação na tutela ressarcitória na forma específica gera ao condenado uma obrigação de fazer, ou seja, de restaurar o ambiente ao seu estado anterior à lesão causada.

¹¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹² Lei n.º 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor “Art.14 O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeito relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. Decreto n.º 2.681/12 - Lei das Estradas de Ferro “Art. 1 As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que recebem para transportar. Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas:...” Lei 6.938/81 “Art. 14 §1.º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade.”

Agora é necessário tecer comentários acerca dos meios processuais que os aplicadores do direito têm à sua disposição para fazer valer a sentença condenatória nesta modalidade de tutela ressarcitória, pois o que se busca é a efetiva restauração do ambiente degradado, e não simplesmente uma sentença de mérito, é necessária a *efetivação do direito fundamental*.

Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais assim se expressa:

Assim quem propõe o estabelecimento de um direito fundamental ambiental ou sua *adscripción* interpretativa a suas disposições jus-fundamentais existentes pode, por exemplo incluir neste conjunto um direito de que o Estado omita determinadas intervenções no meio ambiente (*direito de defesa*), um direito de que o Estado proteja o titular do direito fundamental frente à intervenção de terceiros que lesam o ambiente (*direito de prestação*), um direito que o Estado permita participar como o titular do direito em procedimentos relevantes para o meio ambiente (*direito ao procedimento*) e um direito a que o próprio Estado realize medidas fáticas que visam melhorar o ambiente (*direito a uma prestação fática*). (ALEXY, 1997, p. 429, tradução nossa).

Ainda na teoria dos direitos fundamentais formulada por Alexy resta claro que o ‘direito ao procedimento’ não é simplesmente o ‘poder’ que o titular tem de ajuizar uma ação ambiental, mas este conceito engloba que “direito a procedimentos judiciais e administrativos são essencialmente direitos a uma *proteção jurídica efetiva*” (ALEXY, 1997, p. 472, grifo e tradução nossa), ou seja, a concepção de técnicas processuais capazes de dar efetividade à sentença de mérito faz parte da própria essência do direito fundamental.

Até a entrada em vigor da Lei n.º 11.382/06 os dispositivos dos artigos 632 e seguintes do CPC não eram apropriados para a execução da obrigação de fazer obtidas via sentença nas tutelas ressarcitórias na forma específica, vez que tais dispositivos além de acarretarem grande demora trazia um grande custo para o exequente que ficava obrigado (por força do extinto parágrafo sétimo do artigo 634) a adiantar as despesas necessárias ao fazer. Nas palavras de Marinoni:

[...] se o autor, mesmo depois de dois ou três anos de processo de conhecimento,

deve pagar para que um terceiro faça o que deveria ter sido feito pelo réu, lhe é muito melhor arcar imediatamente com as custas para a reparação do dano (sem a necessidade de processo judicial) e depois postular a condenação do infrator a pagar indenização equivalente ao seu valor. (MARINONI, 2004, p. 444).

Apesar de ter o legislador revogado expressamente os parágrafos do artigo 634 do CPC, com o advento da Lei n.º 11.382/2006, estas distorções não foram corrigidas, tornando tais dispositivos não interessantes para a tutela ressarcitória na forma específica, se valendo ainda dos ensinamentos retro-citados de Luiz Guilherme Marinoni (neste mesmo sentido necessário salientar o posicionamento de Tessler - 2004, pp. 373-374)

Por sua vez o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e o 461 do Código de Processo Civil fundamentam a imposição de multa para a obtenção de uma obrigação de fazer, desta maneira como a sentença de procedência obtida na tutela ressarcitória na forma específica gera uma obrigação de fazer perante o poluidor, resta claro que a multa pode ser uma técnica empregada para coagir o poluidor a cumprir de maneira efetiva a sentença, independente de requerimento da parte (artigo 461, § 4.º do CPC). Neste sentido:

Como o dano confere ao lesado direito à reparação, e não apenas direito de obter dinheiro, a multa, prevista nos arts. 461 e 461-A, CPC, e 84, CDC, deve ser utilizada para dar efetividade ao ressarcimento na forma específica. Trata-se de conclusão que decorre naturalmente do dever de o intérprete olhar para o regramento processual à luz das necessidades do direito material. (MARINONI, 2004, p. 445).

Importante analisar as formas para dar efetividade às sentenças nos casos de condenação pela tutela ressarcitória na forma específica. Primeiramente destaca-se que o causador do dano ambiental condenado à reparação pela forma específica é um devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, a obrigação de restituir o ambiente ao estado anterior. (TESSLER, 2004, p. 372). Luciane Gonçalves Tessler ainda destaca:

Se o lesado tem o direito fundamental à integridade ambiental – o que pressupõe, como já ensinou Alexy, o direito fundamental ao procedimento – o Estado tem o dever de disponibilizar técnicas que possam, de fato, assegurar o ressarcimento na forma específica, sem transformar o direito em equivalente pecuniário. É por isso que, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, não se pode prescindir do uso da técnica mandamental. [...] a técnica mandamental, normalmente, é o meio mais idôneo para se alcançar o cumprimento da obrigação de recompor o ambiente. (TESSLER, 2004, p. 373)

Como visto o artigo 84 do CDC confere ao Juiz poderes mandamentais suficientes para que possa, de acordo com o caso concreto, constranger o requerido a obedecer sua sentença de procedência quanto à reparação integral e *in natura* do bem ambiental degradado. Estas medidas, que serão analisadas adiante, tem o intuito de agir diretamente na ‘vontade’ do demandado, coibindo este a cumprir a determinação judicial de maneira espontânea.

Cabe ressaltar ainda que pelo Princípio da Reparação integral o poluidor deve, além de restaurar o bem ambiental degradado em sua totalidade, deve ele reparar ou ressarcir também todos os eventuais danos causados por sua ação ou omissão. Neste sentido:

O ressarcimento do dano deve recompor todo o prejuízo sofrido pelos titulares do direito lesado. A consagração do princípio da reparação integral, em matéria ambiental, obriga o poluidor não apenas a recuperar *in natura* o bem lesado, mas a responder por todas as demais perdas sociais que do dano decorreram. Neste sentido, importa definir o exato significado da idéia de reparação integral do dano ao meio ambiente. (TESSLER, 2004, p. 361)

Para esclarecer tal entendimento importante citar um exemplo prático: se determinado navio derrama petróleo em uma determinada área onde um grupo de pescadores retiram sua subsistência existirão aqui dois danos distintos: a) O dano ambiental transindividual consubstanciado na poluição do mar e b) o dano individual causado aos pescadores que não mais poderão, por um determinado período de tempo, trabalharem em seus ofícios até que seja reparada a área afetada.

No exemplo citado verifica-se que o responsável pelo derramamento do petróleo além

da efetiva restauração e despoluição da área afetada, deverá também restaurar o dano causado aos pescadores que adveio da poluição por ele causada.

2.4.5 TUTELA RESSARCITÓRIA PELO EQUIVALENTE

A outra modalidade da tutela ressarcitória é a tutela ressarcitória pelo equivalente, ou seja, aquela que visa não a reparação *in natura* do dano ocorrido, mas sim a substituição de tal reparação por um equivalente em dinheiro. Esta é a tutela mais utilizada em termos de responsabilidade civil, ocorre que não é interessante sua utilização como regra quando se trata de danos ambientais, pelos motivos já amplamente analisados.

Apesar de ser a tutela ressarcitória na forma específica a forma mais apropriada para a reparação de danos causados ao ambiente, é necessário compreender que existem casos que este tipo de tutela não é cabível por dois motivos, um de ordem lógica e outro de ordem fática:

A impossibilidade do ressarcimento na forma específica pode ser fática ou lógica. Diante da impossibilidade material de se reconstituir o estado anterior ao dano resta configurado a impossibilidade fática. A impossibilidade lógica, por outro lado, caracteriza-se quando a imposição do ressarcimento na forma específica gera um desequilíbrio na relação custo-benefício. Há casos em que a reparação *in natura* será muito custosa, desproporcional, a ponto de o benefício obtido com a reparação exceder o prejuízo decorrente do dano. (TESSLER, p. 2006. pp. 358-259); Neste mesmo sentido: (ITURRASPE, 1999. p.133).

Assim não será possível a aplicação da tutela ressarcitória na forma específica quando o dano causado não poder ser reparado, como por exemplo, diante da extinção de uma espécie, a reparação *in natura* se torna impossível, restando tão somente a aplicação da tutela pelo equivalente. O outro motivo que impossibilita a aplicação da tutela ressarcitória na forma específica é quando este tipo de reparação configurar uma *onerosidade excessiva* ao agente poluidor, gerando

um profundo desequilíbrio entre o dano causado e os custos para restauração do bem.

Neste sentido, quando restar impossível a restauração do bem degradado é necessário a aplicação da tutela ressarcitória pelo equivalente para, no mínimo, tentar suavizar os efeitos nocivos do ato poluidor. Quanto à questão da onerosidade excessiva será analisada adiante.

2.4.6 A ONEROSIDADE EXCESSIVA

Como visto, em se tratando de danos ambientais a principal tutela a ser empregada é a tutela da reparação específica, visando a reparação do bem degradado a seu *status quo*. Desta forma, a tutela da reparação pelo equivalente somente é empregada nos casos onde é impossível a reparação do bem ambiental degradado, ou em casos de onerosidade excessiva. Neste tocante são necessários maiores esclarecimentos.

O princípio da onerosidade excessiva é expressamente previsto no direito italiano e no direito alemão, e prevê que, nos casos onde se verificar que o custo para a reparação específica se torne muito desproporcional ao valor do bem degradado, nestes casos é de se impor o ressarcimento pelo equivalente.

No direito brasileiro esta regra não é expressa, mas nem por isso não é de se aplicar a regra da onerosidade excessiva, neste tocante faz necessário trazer o escorrio de Luiz Guilherme Marinoni:

A regra que veda o ressarcimento na forma específica em caso de excessiva onerosidade não precisa estar expressa no ordenamento jurídico, já que decorre da idéia segundo a qual o lesado não tem o direito de impor ao causador do dano um ônus economicamente ineficiente. Não é racional o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a sua opção. (MARINONI, 2006, p. 437).

A aplicação deste princípio se torna de fácil compreensão em se tratando de bens

materiais individuais, como exemplo quando o bem danificado for um carro e a reparação dos danos causados importa em custo superior a outro carro do mesmo modelo e ano existente no mercado, assim, não é possível impor ao causador do dano que pague a mais para reparar o dano causado ao veículo sendo que por quantia inferior é possível adquirir outro bem similar para restituir o danificado, aqui se tem um caso típico da aplicação do princípio da onerosidade excessiva.

Ocorre que, em se tratando de bens difusos e de alta complexidade, como nos casos de danos ambientais, a alegação de onerosidade excessiva se torna problemática vez que é muito difícil se valorar qual foi a perda sofrida pela coletividade e qual será o benefício que poderá ser trazido ao ambiente com o dispêndio monetário para a efetiva reparação específica do dano causado. Diante desta dificuldade Marinoni chega a ressaltar que, em regra, a onerosidade excessiva não é invocável em casos de danos ambientais. (MARINONI, 2006, p. 439).

De outra vértice Luciane Gonçalves Tessler traz que na Comunidade Européia tal a regra da onerosidade excessiva é expressa em se tratando de danos ambientais, em suas palavras:

[...] A diretiva da CEE sobre a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente estabelece, em seu art. 4, o direito dos Estados Membros de determinar uma ordem para que se proceda à reabilitação do meio ambiente. Porém, no §2, assinala que. “se os gastos com a reabilitação forem consideravelmente mais elevados que o benefício resultante para o ambiente da referida reparação, podem ser adotadas medidas alternativas” (TESSLER, 2004, pp. 359-360).

Em suma o que deve prevalecer é o bom senso aliado ao caso concreto, é necessário avaliar o dano causado ao ambiente, e ponderar se os custos da reparação *in natura* serão proporcionais aos benefícios que trarão, pois pode ocorrer casos em que o valor a ser gasto na reparação é muito superior aos reais benefícios, sendo desta forma mais plausível a aplicação da tutela ressarcitória pelo equivalente, assim é de se defender a tese que caberá a regra da onerosidade excessiva em se tratando de danos ambientais.

2.4.7 NECESSIDADE DE CUMULAÇÃO DA TUTELA RESSARCITÓRIA NA FORMA ESPECÍFICA COM A TUTELA RESSARCITÓRIA PELO EQUIVALENTE

Analisando as formas acima descritas da tutela ressarcitória tem-se que são perfeitamente cumuláveis uma com a outra inclusive, em alguns casos, não apenas possível tal cumulação mas obrigatória.

Como bem lembrado por Luiz Guilherme Marinoni o que se busca na tutela ressarcitória não é somente a restauração do *status quo ante* ao ato causador do dano e sim se busca a situação que deveria existir caso o dano não houvesse acontecido, em suas palavras: “Importante lembrar que ressarcimento na forma específica não significa mero restabelecimento da situação anterior a do ilícito, mas sim o estabelecimento da situação que deveria existir caso o dano não houvesse ocorrido.” (MARINONI, 2004, p. 434).

Para ficar claro tal ponto é louvável recorrer ao mesmo exemplo citado anteriormente: o caso de um navio que transportava petróleo vier a vazar, causando a poluição de uma baía onde um grupo de pescadores obtinham sua subsistência. Neste caso a tutela apropriada para restaurar o prejuízo causado advindo do dano ambiental é a tutela ressarcitória na forma específica consistente na despoluição total da baía. Porém somente esta tutela não vai ressarcir totalmente os danos causados, vez que tal tutela deverá, obrigatoriamente neste caso ser cumulada com a tutela ressarcitória pelo equivalente consistente no pagamento em pecúnia aos pescadores que tiveram seu trabalho cercado pelo ato lesivo causado pela empresa transportadora de óleo. Neste exemplo resta patente e de fácil visualização a possibilidade, e até mesmo a necessidade, de haver a cumulação das formas de tutelas ressarcitórias para dar efetividade ao direito de todos os lesionados por consequência do ato poluidor.

No exemplo citado verifica-se que se fosse aplicada simplesmente a tutela ressarcitória na forma específica, o ambiente até poderia ser restaurado ao *status quo ante* a agressão sofrida, porém os pescadores ainda seriam lesados, pois durante o período que levou a despoluição eles não conseguiram retirar seu sustento. Assim mesmo com a restauração do ecossistema não restou o estabelecimento da situação que deveria existir caso o dano não houvesse se configurado. Para tanto é necessária a incidência, neste caso, da tutela ressarcitória pelo equivalente visando indenizar os pescadores lesados.

2.5 CUMULAÇÃO ENTRE AS TUTELAS INIBITÓRIA, DE REMOÇÃO DO ILÍCITO E RESSARCITÓRIA

Em suma se tem que a) tutela inibitória visa impedir a configuração do ilícito; b) a remoção do ilícito tem cabimento quando o ilícito que já se configurou se propaga no tempo podendo ou não já ter ocorrido um dano; e por sua vez c) a tutela ressarcitória tem cabimento quando o dano já se configurou.

Diante do exposto, verifica-se que as três espécies de tutelas estudadas nos capítulos anteriores têm lugares em momentos diversos, sendo, portanto compatíveis entre si, podendo, inclusive, ser objeto de cumulação de ações decorrentes do mesmo fato, vez que cada uma visa à satisfação de necessidades diversas do direito material. Assim cita-se o exemplo dado por Luiz Guilherme Marinoni:

Imagine-se, por exemplo, a veiculação de propaganda configuradora de concorrência desleal por meio de cartazes publicitários. Nesse caso, o lesado pode possuir três necessidades: a remoção dos cartazes, inclusive mediante tutela antecipatória; a inibição da veiculação de novas propagandas, também inclusive mediante tutela antecipatória; e, por fim, o ressarcimento dos danos causados pelos

atos de concorrência desleal. Essas três necessidades exigem três formas de tutela: a de remoção do ilícito, a inibitória e a ressarcitória pelo equivalente, sendo completamente equivocado supor que é possível pedir apenas tutela final ressarcitória e ‘liminares’ de remoção do ilícito e inibitória. (MARINONI, 2006, p. 303).

Cabe ressaltar que as três ações serão distintas, sendo perfeitamente possível a procedência de uma e improcedência de outra, senão vejamos: como visto o pressuposto para a tutela inibitória é exclusivamente a iminência da prática de um ato ilícito, não se preocupando com a existência de culpa e muito menos necessária a prova de que um dano ocorrerá; por sua vez na tutela de remoção do ilícito será necessária a demonstração da culpa, ou seja, que o ilícito se configurou por culpa do réu; por fim na ação que vise a reparação será necessário que se comprove principalmente o dano e sua extensão para sua procedência.

Assim como possuem pressupostos diversos e visam a proteção de situações distintas do direito material não é concebível pensar em ‘liminares’ de remoção de ilícito e de inibitória, pois a liminar sempre estará atrelada a final procedência do pedido de ressarcimento e pode ocorrer que o autor no decorrer da ação embora consiga comprovar a culpa do agente, e ainda consiga demonstrar a iminência do ilícito, não consiga comprovar o dano e sua extensão, culminando com a improcedência da ação. E esta improcedência não irá afetar somente a ressarcitória mas sim a inibitória e remoção do ilícito se estas forem dadas somente como liminares. Eis aí a importância de se conceber ações distintas para cada situação fática, e ainda a suas cumulações.

3 A CONSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO ADEQUADO À CONCESSÃO DE TAIS TUTELAS

Fazendo um breve apanhado das formas de tutelas de proteção ambiental visto no capítulo anterior, verifica-se que a tutela inibitória é adequada para prevenir e impedir uma ação

simples ou continuada que irá configurar um ilícito; a tutela de remoção do ilícito é adequada para repreender o ilícito quando este se instalou mediante uma ação simples (não continuada) e ao mesmo tempo previne o dano; por sua vez a tutela ressarcitória, tanto na sua forma de tutela ressarcitória na forma específica, quanto na forma de ressarcitória pelo equivalente, é aquela que visa reparar o dano causado. Porém, para que estas tutelas tenham possibilidade de atuar no fato concreto obtendo um resultado prático satisfatório (efetividade processual) é necessário existir um procedimento adequado para tanto.

É exatamente neste intuito que o legislador redigiu os artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 461 do Código de Processo Civil. Dispositivos de grande valia que abrem um leque de opção para o aplicador do direito, criando condições para que possa dar efetividade a estas tutelas, munindo o Juiz de poderes executivos e mandamentais no sentido de atuar diretamente na vontade do réu, para coibi-lo a acatar o dispositivo da sentença. Passa-se então a analisar de maneira um pouco mais aprofundada tais dispositivos, e sua aplicação em matéria ambiental. Neste sentido:

Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC nada mais são do que respostas do legislador infraconstitucional aos direitos que não podem ser tutelados através da técnica ressarcitória pelo equivalente. Tais normas foram desenhadas a partir da tomada de consciência de que o processo está submetido ao *princípio da efetividade* e que, assim, deve fornecer uma tutela efetiva àqueles que precisam recorrer ao Poder Judiciário para ter os seus direitos protegidos. (MARINONI, 2007, p.439).

Verifica-se que a atuação no sentido de prevenir o dano ambiental e, caso este dano vier a ocorrer, que sua reparação se dê na forma específica é indispensável. Assim é necessário que o direito positivo acompanhe este entendimento colocando à disposição dos aplicadores do direito ferramentas e técnicas para que possam atuar neste sentido, prevenindo o dano ambiental e

obrigando a sua reparação na forma específica, e ainda, buscar efetividade nas decisões que visem a prevenção do dano ambiental e às decisões que visem a restauração do dano já causado.

Neste intuito o Artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor trouxe importante avanço à proteção de direitos difusos, pois deixa a disposição do aplicador do direito uma gama de instrumentos para que se faça cumprir à decisão judicial, proporcionando efetividade do processo.

Art. 84. Na ação que tenha por objetivo o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ou do adimplemento.

§ 1.º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2.º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil)

§ 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação previa, citado o réu.

§ 4.º O juiz poderá, na hipótese do § 3.º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5.º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Verifica-se que o artigo dá preferência, com razão, à tutela ressarcitória específica, deixando a ressarcitória pelo equivalente como opção do autor, ou quando esta restar impossível, conforme dispositivo expresso no parágrafo primeiro.

Apesar deste dispositivo deixar ao autor a opção entre escolher a aplicação da ressarcitória pelo equivalente, é necessário destacar que no caso específico das ações ambientais tal dispositivo deve ser aplicado com reservas, pois o direito a ser tutelado é de *todos* e não só do *autor* da ação. Assim algumas vezes não é possível o autor simplesmente optar pela reparação pecuniária, e esta apenas terá lugar nos casos específicos da parte final do parágrafo único, ou seja, quando não é possível a reparação na forma específica.

O parágrafo quinto do artigo 84 é um exemplo de como o legislador se preocupou com a efetividade do processo, vez que deixa ao Juiz uma série de mecanismos para fazer impor a sentença caso se verifique a sua ineficácia. Ressalta-se ainda que tais medidas podem ser tomadas de maneira espontânea pelo juiz, ou seja, sem qualquer provocação das partes, cabendo ao próprio juiz, que nas hipóteses de vislumbrar que sua decisão não terá um resultado prático poderá determinar *quaisquer* medidas necessárias para buscar a efetividade de sua decisão. Diante de uma simples análise do texto legal extrai-se que os mecanismos ali trazidos são um rol *exemplificativo* e não *taxativo*, diante da utilização da expressão ‘tais como’.

As medidas exemplificativas que fazem menção o CDC são: a) busca e apreensão; b) remoção de coisas e pessoas; c) desfazimento de obra; d) impedimento de atividade nociva; além de e) requisição de força policial.

3.1 A NATUREZA DIFUSA DO DIREITO AMBIENTAL E A APLICAÇÃO DO ART. 84 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como estudado na primeira parte deste trabalho, mais especificamente a definição de ambiente (Capítulo I - item 1.4), bem como os apontamentos acerca dos direitos difusos – mais especificamente no item 3.1 do Capítulo I – não restam dúvidas de que o direito ao ambiente é um direito difuso, destacando o posicionamento de Luciane Gonçalves Tessler:

O Direito ambiental, como direito difuso, possui as seguintes características: a) indeterminação dos sujeitos; b) indivisibilidade do objeto; c) inexistência de vínculo jurídico; d) intensa litigiosidade interna; e) relevância da situação de fato. (TESSLER, 2004, pp. 64-65).

Ademais tem-se que o direito a um ambiente sadio é um direito fundamental não só para a atual como também para as futuras gerações gerando um *dever* à todos a preservação do ambiente.

Neste contexto primeiramente importante ressaltar que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para a defesa de todos os interesses difusos é previsto positivamente no artigo 21 da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e no Artigo 81 do próprio CDC, sendo portanto, o artigo 84 apto a atuar em defesa do ambiente. Neste sentido:

[...] como há um sistema de tutela coletiva dos direitos, integrado, fundamentalmente, pelo Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor – em razão do art. 90 do CDC, que manda aplicar às ações ajuizadas com base nesse Código as normas da Lei da Ação Civil Pública, que afirma que são aplicáveis às ações nela fundadas as disposições processuais que estão no Código de Defesa do Consumidor -, não há dúvida de que o art. 84 do CDC sustenta a possibilidade da tutela inibitória pura para *qualquer direito difuso ou coletivo*. (MARINONI, 2006, pp. 93-94).

Ademais verifica-se que diante de uma análise global do sistema jurídico processual que visa à defesa dos interesses difusos, a aplicação do citado artigo é aplicável não somente nas obrigações de fazer ou não fazer, vez que a função principal deste dispositivo é demonstrar que o CDC está preocupado com o princípio da efetividade da proteção dos direitos difusos e coletivos. (FIORILLO, 2003, p. 316).

3.2 TÉCNICA ANTECIPATÓRIA E MULTA

O processo deve sempre trazer um resultado final prático e útil àquele que consegue a tutela almejada, porém em prol da tão festejada efetividade do processo não é plausível deixar de lado outras garantias constitucionais como o da ampla defesa e do devido processo legal. Desta maneira para que o direito daquele que busca a tutela jurisdicional não se perca na burocracia e no

interstício dos trâmites legais do processo, é necessário que o direito traga mecanismos de antecipação da tutela quando esta for imprescindível para a efetividade do direito.

O jurisdicionado tem o direito à técnica antecipatória visto que esta é prevista no ordenamento jurídico brasileiro, se encontrando em diversos dispositivos tanto no Código de Processo Civil quanto em Leis esparsas (artigo 273¹³, 461, § 3.º¹⁴ e 461-A, § 3.º¹⁵ do Código de Processo Civil e no artigo 84, § 3.º¹⁶ do Código de Defesa do Consumidor.)

Primeiramente, ao se falar em técnica antecipatória é necessário sua desvinculação das cautelares, vez que a técnica antecipatória não pode ficar engessada pelo viés da instrumentalidade que possuem as cautelares, pois são institutos distintos.

Em outros termos, para se compreender a tutela antecipatória é necessário atentar para o fato de que ela não é marcada pelo sinal da instrumentalidade, ao contrário da cautelar. Confundir as duas tutelas pode implicar na desastrosa conclusão de que a tutela fundada em cognição sumária sempre deve se limitar a mero instrumento da tutela final. Esse é o verdadeiro problema da distinção entre tais tutelas. (MARINONI, 2006, pp. 109-110).

¹³ Art. 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu;

§1.º – na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento;

§2.º – não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§3.º – a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 588, 461, §§ 4 e 5, e 461-A;

§4.º – a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§5.º – concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§6.º – a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§7.º – se o autor, a título de antecipação, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

¹⁴ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 3. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a *tutela liminarmente* ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

¹⁵ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 3o *Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461.*

¹⁶ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. - § 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a *tutela liminarmente* ou após justificação prévia, citado o réu.

Ao se falar em construção de um procedimento capaz de conceder as tutelas ambientais, no sentido de trazer eficácia e proteção efetiva ao direito fundamental ao ambiente, se faz necessário esclarecer alguns pontos acerca da técnica antecipatória, vez que sem ela em muitos casos se torna impossível a proteção ao bem tutelado.

Existem casos onde a antecipação dos efeitos da tutela é imprescindível, mormente nos casos fundados em perigo ao bem ambiental. Como já citado a técnica antecipatória é prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Os dispositivos citados trazem que é perfeitamente possível a utilização da técnica antecipatória no intuito de resguardar a eficácia da decisão final. Segundo Marinoni:

A tutela antecipatória, no caso de ressarcimento na forma específica mediante fazer, pode ser prestada pela imposição de multa ou da designação de um terceiro para atuar em substituição ao infrator. No caso em que basta a entrega de coisa, caberá, conforme o caso, a busca e apreensão (técnica executiva) ou o uso da multa (técnica mandamental). (MARINONI, 2004, p. 470)

O primeiro caso em que é possível a utilização da técnica antecipatória é a fundada em perigo, ou seja, quando a parte perceber que ao final seu direito restará perdido devido a demora processual é imprescindível a aplicação da técnica antecipatória para dar efetividade ao processo.

O segundo caso onde é passível a antecipação da tutela se dá quando se configura o abuso no direito de defesa, ou seja, o réu de maneira torpe se utiliza de seu direito processual de defesa apenas no intuito protelatório no sentido de ver esvaziar a eficácia da sentença final pelo decurso do tempo.

Por fim é possível que o aplicador do direito antecipe os efeitos da tutela através da técnica antecipatória quanto existir parte incontroversa da demanda, ou seja, quando aquela parte que o réu admite que assiste direito ao autor, o Juiz antecipa, quando possível, a tutela. Sendo claro

que tal antecipação somente é possível nos casos de pedidos cumulativos, ou quando é possível a divisão do pedido.

Cabe destacar que a técnica antecipatória prevista no artigo 84 do CDC é mais branda do que aquela trazida no artigo 273 do CPC, visto que neste é obrigatório a existência de ‘prova inequívoca’, quando naquela o CDC apenas exige relevância do fundamento de pedir.

Nelson Nery Junior assim se manifesta:

Nada obstante a autorização legal para a antecipação da tutela jurisdicional definitiva esteja colocada topicamente como parágrafo do dispositivo que trata da execução específica da obrigação de fazer, evidentemente se aplica a toda e qualquer pretensão que seja deduzida em juízo com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Isto porque o sistema do Código não é infenso a esse novo instituto, de sorte que, aliando essa autorização com o disposto no art. 83 do Código, que permite todo e qualquer tipo de pretensão para a tutela efetiva do consumidor, chega-se à conclusão de que a antecipação da tutela definitiva pode ser pleiteada em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC. (NERY, 2003, p.206).

Para o deferimento da antecipação é necessário ainda se ater ao tipo de tutela desejado, ou seja, a antecipação está ligada à espécie de tutela final a ser obtida pelo autor. Por exemplo, se a tutela obtida é uma tutela ressarcitória a antecipação se dará sobre o ressarcimento, se a tutela é inibitória não há em que se cogitar o indeferimento da antecipatória sob a alegação de que o autor não comprovou o ‘perigo de dano’ vez que, como já dito, a inibitória é uma *tutela contra o ilícito e não contra o dano*. Importante o posicionamento de Luciane Gonçalves Tessler:

Ora, se a tutela inibitória final visa à prevenção do ilícito (independentemente do dano), é evidente que o receio de dano irreparável que justifica a antecipação da tutela não é o temor do dano ambiental (lesão ao direito material) e sim do dano processual (lesão à eficácia do provimento final). Nesse sentido é que deve ser compreendido o *periculum in mora* da tutela inibitória antecipada. (TESSLER, 2004, p. 279).

Desta forma para a antecipação da tutela nas ações inibitória não é necessário comprovar o perigo real da existência de um dano, e sim comprovar o perigo real da configuração de um *ilícito*.

Outra ferramenta à disposição do aplicador do direito para dar efetividade às tutelas estudadas neste trabalho é a imposição de multa. Neste ponto destacam-se os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli:

Embora todas as multas cominatórias constituam poderoso instrumento que influenciarão na vontade da parte, cada qual delas tem seus pressupostos e finalidades:

- a) a multa imposta liminarmente (no início da lide) será devida desde o descumprimento da ordem liminar; entretanto, só será exigível depois que transite em julgado a sentença favorável ao autor;
- b) a multa imposta em decorrência da concessão de tutela antecipada é exigível a partir do momento fixado pelo juiz;
- c) a multa imposta na sentença é devida em razão do atraso no cumprimento do preceito contido na sentença. Destina-se especificamente a favorecer o cumprimento espontâneo da obrigação imposta no *decisum*. É exigível em caso de execução, devendo o juiz especificar a data a partir de quando deva incidir. Este tipo de multa também é conhecido como *astreinte*; (MAZZILLI, 2003, p. 425).

As multas com fundamento no artigo 84 CDC e 461 do CPC são de natureza coercitiva no sentido de atuar na vontade do réu para o efetivo cumprimento da ordem, não se confundindo em hipótese alguma com eventual ressarcimento de danos causados. “A multa configura o elemento de apoio da determinação do juiz. Emite-se uma ordem para a prática de prestação (positiva ou negativa), dentro de um determinado prazo.” (TESSLER, 2004, pp. 285-286). Assim a multa se configura uma verdadeira ferramenta mandamental que o juiz dispõe que atua diretamente na vontade do réu a adimplir a sua ordem.

De maneira correta o legislador deixou a critério do juiz a aplicação da multa independentemente de requerimento do autor (artigo 84, § 4.º do CDC: ‘o juiz poderá, na hipótese do § 3.º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for

suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”), vez que o juiz deve ser capaz de escolher a ferramenta disponível que melhor se adapte no sentido de prestar uma tutela jurisdicional efetiva.

3.3 CONCENTRAÇÃO DO PODER EXECUTIVO

Baseado na filosofia e valores do Estado liberal clássico, visando impedir a interferência estatal na esfera jurídica do indivíduo, é que se forjou o ‘princípio da tipicidade dos meios executivos’. Este princípio expressa a idéia onde os meios executivos para serem utilizados devem, obrigatoriamente, ser tipificados, ou seja, previstos em Lei. Assim os indivíduos teriam o direito de saber previamente quais os meios e formas as suas esferas jurídicas seriam ‘invadidas’ mediante a não observância de uma sentença de procedência.

Assim o Princípio da tipicidade dos meios executivos impõe uma restrição do poder de execução do juiz, e traz a idéia de que o exercício da jurisdição deve ser subordinada estritamente à lei, sendo que esta limitação visava uma ‘garantia de justiça das partes no processo.’

Partindo do pressuposto adotado neste princípio, o juiz não teria a possibilidade de ordenar o cumprimento da sentença sob pena de multa, pois foi concebido um juiz desprovido de força. Deste modo, a lei restaria estabelecer meios de execução por sub-rogação não podendo o juiz se utilizar de meios de coerção indireta, ou seja, meios que atuem sobre a vontade do réu em adimplir aos ditames da sentença por livre escolha.

Baseado em tais premissas que o Código de Napoleão (Código Civil Francês de 1804) se expressou: ‘Artigo 1.142: toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor’.

Ocorre que tais premissas não podem mais figurar, pois surgiram novas situações onde são insuficientes o procedimento existente e dos meios de execução por sub-rogação. Neste ponto destaca-se o direito ao ambiente hígido, que ficaria desprotegido e sem qualquer amparo, principalmente porque tais direitos não podem ser objeto de substituição por um equivalente em pecúnia.

Seria cabível uma grande empresa poluir o ambiente a vontade desde que tenha dinheiro para tanto? De certo que não, pois, além de não poder ser expressado em pecúnia, o ambiente é um direito difuso, ficando até mesmo prejudicado o destino a tais importâncias financeiras. Assim foi necessário repensar todo o sistema processual para as obrigações de fazer e não fazer sobre bens infungíveis para que fosse possível dar proteção efetiva a estes direitos.

Diante do exposto o princípio da tipicidade dos meios executivos perdeu força, não sendo mais concebível que situações fáticas novas ficassem desamparadas e desprovidas de eficácia processual em face do engessamento trazido por tal princípio. Assim, conforme defendido por Marinoni, este princípio foi substituído pelo Princípio da concentração do poder executivo do Juiz, em suas palavras:

O § 5.º do art. 461, ao quebrar o princípio da tipicidade, instituiu o princípio da concentração do poder executivo do juiz. Além disso, conferiu uma nova dimensão no direito de ação, que passou a englobar o direito ao meio executivo adequado ao caso concreto. Por conseqüência, obrigou à reformulação, em nome do direito de defesa, do método de controle da utilização das modalidades executivas. Como as modalidades executivas deixaram de ser expressamente definidas na lei, outorgando-se ao autor e ao juiz o poder de sua escolha conforme as necessidades do caso concreto, conferiu-se ao demandado uma forma muito mais sofisticada, embora também mais complexa, para o exercício da sua defesa, baseada fundamentalmente na regra de que a execução deve ser feita mediante o uso do meio executivo que cause a 'menor restrição possível' (MARINONI, 2007, p. 417)

Da mesma forma têm os parágrafos quarto e quinto do artigo 84¹⁷ do Código de Defesa do Consumidor que deixam a critério do juiz uma série de mecanismos capazes de trazer efetividade à decisão jurisdicional que são, certamente, um grande avanço para a busca da efetividade processual. Isto porque deixa livre o magistrado a utilizá-las, inclusive, independentemente de requerimento da parte.

No parágrafo quarto deixa ao livre arbítrio do Juiz em fixar multa diária caso, após prazo razoável para o cumprimento, o réu não venha a cumprir o estipulado. O grande diferencial neste tocante é que esta multa poderá ser imposta nos casos de concessão de liminar *inaudita inautera parts* (em se tratando de decisão antes de justificação prévia).

Assim, diante deste dispositivo, em sendo relevante o pedido inicial e existindo graves indícios de ineficácia da sentença poderá o juiz de plano conceder de plano a liminar e ao mesmo tempo fixar um prazo razoável para o cumprimento da mesma e, ainda, fixar multa diária pelo não cumprimento do determinado na demanda mesmo sem requerimento da parte, e tudo isso pode ocorrer antes mesmo da citação do réu. Desta forma, o réu recebendo a citação, neste caso, já estará de imediato forçado a cumprir a liminar em prazo certo sob pena de multa diária.

Por sua vez o parágrafo quinto do artigo 84 visa de trazer efetividade nas tutelas específicas, podendo para tanto determinar a ‘busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.’

¹⁷ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1.º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2.º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4.º O juiz poderá, na hipótese do § 3.º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5.º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

4 OUTROS PROCEDIMENTOS HÁBEIS À TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE

Além dos procedimentos acima analisados que visam à proteção ao ambiente existem outros como: a Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação Civil Pública. Apesar de tais procedimentos não se confundirem, entre eles existem alguns pontos de semelhança, quais sejam: a) a possibilidade de defender o ambiente e b) a possibilidade de defender o interesse de classes, neste último somente no que tange à Ação Popular e à Ação Civil Pública. (MAZZILI, 2003, p. 132).

4.1 AÇÃO POPULAR

A Ação Popular - cláusula pétrea constitucional¹⁸ - prevista no artigo 5.º, LXXIII da Constituição Federal, é o instrumento de que deita suas raízes no direito romano pelo qual o povo é chamado a exercer um poder de controle da atividade pública. “*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*. Eis a fonte romana da ação popular: a ação de que se servia o povo para defender direitos do próprio povo.” (TEMER, 1996, p. 197).

Neste sentido, destaca-se o posicionamento de Hamilton Alonso Jr.: “É o exercício da cidadania pelo indivíduo que tutela de forma direta, em juízo, o interesse de todos, fazendo valer o princípio da soberania popular (art. 1.º, parágrafo único, da CF).” (ALONSO, 2006, p. 214).

¹⁸ Se encontrando a ação popular prevista em um inciso do artigo 5 da Constituição Federal, e sendo este artigo aquele que prevê os direitos e garantias, este instrumento se torna uma cláusula pétrea não podendo ser extinto via emendas constitucionais, por força do artigo 60, IV da Carta Magna: “Artigo 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4 – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.”

A ação da Ação Popular teve seu âmbito de ação ampliado por força da Constituição Federal de 1988 por força do artigo 5.º, LXXIII¹⁹ da Constituição Federal define que o objeto da ação popular é a proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural quanto a atos lesivos contra eles praticados, inclusive por entidade da qual o estado participe. Em se tratando de ação popular ambiental a competência será do local onde ocorreu (ou ocorrerá) o dano.

É pressuposto para o cabimento da Ação Popular Ambiental um *Ato lesivo ao ambiente*. Este ato pode ser um ato omissivo ou comissivo do poder público, vez que a este é imposto o dever constitucional de prevenção e proteção do meio ambiente.

Quanto a causa de pedir na Ação Popular ambiental importante destacar os ensinamentos de Jônatas Luiz Moreira de Paula:

A causa de pedir na ação popular funda-se na lesão ao patrimônio ambiental. Esse ato lesivo pode ser comissivo, como a expressa autorização da Administração Pública para o loteamento de condomínio residencial em área de proteção ambiental; ou ato pode ser omissivo, quando negligencia a fiscalização ambiental. O pedido na ação popular ambiental sempre consistirá na reparação de um ato lesivo ilegal ou imoral ao meio ambiente. A reparação poderá ser de um simples ato ilícito ou imoral, sem a produção de poluição, como pode ocorrer na ação em que se pede a nulidade de edital de licitação ou do contrato que dele deriva, por infringir normas ambientais. Neste caso, ter-se-á uma reparação de uma lesão formal ao meio ambiente, que pode ser sanado com uma simples obrigação de fazer ou não fazer (refazer o edital e proibir que se insiram normas que infringam a legislação ambiental) e, eventualmente, cumulado com multa. (PAULA, 2007, p. 67).

Necessário ainda destacar os limites da Ação Popular, pois ela não visa, principalmente, a reparação de danos ambientais, e sim busca a invalidação de atos ou negócios jurídicos ilegais, imorais e lesivos, e somente em vias reflexas pode-se buscar, através da ação popular, a reparação

¹⁹ Art. 5º - LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

dos danos advindos do ato. Assim: a “natureza da decisão na ação popular é desconstitutiva-condenatória, visando tanto à anulação do ato impugnado quanto à condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos.” (MORAES, 2002, p. 195) Segundo Hely Lopes Meirelles: “tendo em vista a redação do art. 11 da Lei 4.717/1965, a ação popular é predominantemente desconstitutiva e subsidiariamente condenatória (em perdas e danos).” (MEIRELLES, 1999, p. 113; ABELHA, FIORILLO e NERY, 1996. p. 227; MUKAI, 1998. p. 103).

Para os que se filiam a tal posicionamento o instituto processual da ação popular, apesar de trazer a participação popular no controle dos atos públicos visando a proteção do macro-bem ambiental, tem atuação muito limitada vez que, além de não visar *prima facie* a reparação do dano ambiental causado, quando o faz não é possível condenação em obrigação de fazer ou não fazer sendo possível apenas a condenação de natureza pecuniária, (ALONSO, 2006, p. 221; NERY e NERY, 1996, p. 1.488) e como já visto a reparação pelo equivalente é a opção derradeira a ser utilizada mormente no que tange o bem transindividual como o ambiental.

Em sentido contrário tem o posicionamento de Anízio Pires Gavião Filho e Rodolfo Mancuso que trazem o entendimento de que como o artigo 5.º, LXXIII da Constituição Federal ampliou o objeto da ação popular colocando este instituto como meio hábil à proteção do direito fundamental do ambiente, não é plausível que a lei infraconstitucional limite exatamente a efetiva proteção do bem fundamental que visa a proteger. *In verbis*:

Desse modo, a ação popular, como procedimento à realização do direito fundamental ao ambiente, serve de instrumento tanto para anulação daqueles atos administrativos lesivos ao ambiente como também para a condenação dos seus autores ao pagamento de indenização ou, alternativamente ou cumulativamente, à restituição do *status quo ante*, é dizer, “a recuperar o meio ambiente degradado”. Isso significa que o procedimento da ação popular, pelas técnicas processuais de tipo declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*, permite a realização do direito fundamental ao ambiente alcançando tutelas inibitórias, reintegratórias e ressarcitórias. (GAVIÃO, 2005, p. 146).

Entendendo desta forma que em sede de ação popular é perfeitamente cabível a tutela ressarcitória específica. (MANCUSO, 2001, p. 75)

Data venia aos doutores que se alinham com o primeiro posicionamento é de se entender, diante de todo o exposto na presente dissertação acerca da efetividade processual, e principalmente da necessidade da construção de técnicas processuais capazes de tutelar os direitos materiais, é de acatar o entendimento de Anísio Pires Gavião Filho e Rodolfo de Camargo Mancuso, no sentido de ser válida a ação popular visando à recuperação do dano ambiental.

Ressalta-se, ainda, que a antecipação da tutela e o deferimento de liminares é perfeitamente possível na Ação Popular, como esclarece Heraldo Garcia Vitta:

Assim como no mandado de segurança, a liminar, na ação popular, poderá ser decretada pelo magistrado, a teor do que estabelece o art. 5.º, §4.º, da Lei n.º 4.717/65, independentemente do pedido do autor, pois se cuida de norma constitucional, em face do poder geral de cautela do magistrado, podendo ser requerida, no começo da ação ou incidentalmente, pelo autor, pelo Ministério Público, pelo terceiro interveniente e pelas entidades lesadas. Os fundamentos para essa legitimidade são os seguintes: a) no caso do autor, na medida em que ingressou com a ação (legitimidade); b) quanto ao Ministério Público, ante sua atuação como fiscal da lei, no cumprimento de resguardar o interesse público; c) com relação aos terceiros intervenientes, na qualidade de litisconsortes ou assistentes, na forma do art. 6 da lei, ou mesmo como órgãos direta ou indiretamente lesados, após demonstrarem que têm legitimidade em integrar a relação; d) quanto às entidades, pessoas jurídicas de direito público ou privado, poderão atuar ao lado do autor, ou abster-se de contestar, se forem rés, o que lhes confere legitimidade para pedir providencia liminar. (VITTA, 2000, pp. 65-66).

Verifica-se que por força expressa do disposto no artigo 5.º, § 4.º da Lei n.º 4.717/65 a liminar poderá ser concedida pelo magistrado independentemente de requerimento da parte, salientando-se aqui a concentração do poder executivo do Juiz, como já ressaltado anteriormente.

4.2 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança coletivo é um importante instrumento visando celeridade da entrega de prestação jurisdicional na esfera das tutelas coletivas, sendo que sua previsão legal se dá no âmbito constitucional, mais precisamente no artigo 5.º inciso LXX, *in verbis*:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

A diferença entre o mandado de segurança coletivo e o individual se dá no tocante a *legitimidade ativa* e quanto à *natureza do objeto*. Neste sentido, interessante citar o acórdão unânime do Superior Tribunal de Justiça: “o mandado de segurança individual visa à proteção da pessoa, física ou jurídica, contra ato de autoridade que cause lesão, individualizadamente, a direito subjetivo (CF, art. 5.º, LXIX). Interesses difusos e coletivos, a seu turno, são protegidos pelo mandado de segurança coletivo (CF, art. 5.º, LXX), pela ação popular (CF, art. 5.º LXXIII) e pela ação civil pública (Lei n. 7.347/85)” (AgReg.MS n. 266-DF)

Assim a legitimidade para propor o mandado de segurança individual, por óbvio, é restrita ao indivíduo que teve seu direito líquido e certo ameaçado ou lesionado. Por sua vez a legitimidade para impetrar o Mandado de Segurança Coletivo se encontra base constitucional no artigo retro transcrito (Art. 5.º LXX).

Quanto à legitimidade dos partidos políticos com representatividade junto ao Congresso Nacional (aliena ‘a’) o legislador não impõe qualquer restrição ficando claro sua legitimidade para proteger quaisquer interesses difusos. Porém, necessário tecer alguns esclarecimentos quanto à legitimidade das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, vez que a aliena ‘b’ do

inciso LXX do artigo 5.º da Constituição aparentemente limita a legitimidade ativa destes entes apenas *‘em defesa os interesses de seus membros ou associados.’*. Desta maneira, em uma análise superficial, pode ficar subentendido que estes entes estão limitados a impetrar o mandado de segurança coletivos apenas em se tratando de direitos coletivos ou individual homogêneos *referentes a seus membros*. Neste entendimento tem-se Celso Agrícola Barbi. (BARBI, RT 635/22,)

Verifica-se que se este entendimento prevalecer fica restrito o mandado de segurança coletivo em defesa do ambiente quanto à legitimidade ativa dos partidos políticos com representatividade junto ao Congresso Nacional, pois, como já visto anteriormente, o ambiente é um direito difuso. No entanto outros doutrinadores vão contra este posicionamento, destacando o posicionamento de Hamilton Alonso Jr. em que:

Não nos parece, entretanto, que se possa reduzir o objeto a ser perseguido pelas organizações sindicais, entidades de classe ou associações a interesses próprios de seus componentes. Para tanto, já estavam elas autorizadas a agir à luz do disposto, respectivamente, nos arts. 5, XXI, e 8, III, ambos da CF. O termo ‘interesses’ não pode ter significado reducionista no caso. Não se pode coarctar, nestes lídimos segmentos representativos da sociedade civil, o pleno exercício da cidadania em áreas vitais dos direitos fundamentais (interesses difusos). Geralmente os atos constitutivos destas associações (seus estatutos) já fornecem amplo objeto de atuação, porém, mesmo que faltante determinada previsão, ninguém pode duvidar que dentre os ‘interesses de seus membros e associados’, de forma ampla, não estejam inseridas preocupações com o consumidor, o meio ambiente, dentre outros direitos difusos. (ALONSO, 2006, pp. 212-213).

No mesmo sentido tem-se Ada Pellegrini Grinover que, destaca que caso fosse interpretado de forma restritiva tal dispositivo legal, esta interpretação fugiria do critério da *‘maior amplitude do instrumento potenciado’* entendendo ainda que caso assim o fosse a aliena ‘b’ do artigo 5.º, LXX seria supérfluo, pois seria absorvido pelo disposto no artigo 8.º, III e artigo 5.º, XXI ambos da Constituição Federal. (GRINOVER – Revista de Direito Público 93/21).

Diante das considerações expostas de forma brilhante pelos doutrinadores citados, verifica-se que a interpretação restritiva defendida por Barbi está ultrapassada.

Outra questão controversa que merece breve análise é a hipótese de ter como parte legítima para impetrar o Mandado de Segurança Coletivo o Ministério Público. Novamente aqui, em uma análise superficial e literal do disposto no artigo 5.º, LXX da Carta Magna verifica-se que o MP não teria suporte legal para tanto. Ocorre que analisando o ordenamento jurídico de um modo global verifica-se que o artigo 127²⁰, *caput*, e artigo 129, IX²¹, da Constituição Federal, dá suporte pleno para que o MP possa impetrar o *writ* para a defesa ‘dos interesses sociais’. (CANOTILHO Org., 2007, p. 358; MAZZILLI, 2003, p. 258; LEYSER, 2003, p. 164).

Como exemplo da aplicação do Mandado de Segurança Coletivo para proteção do ambiente tem-se a busca em juízo da anulação de um licenciamento ambiental de uma obra potencialmente poluidora que foi obtido sem a realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental que fora obtido sem respeitar os trâmites legais (ALONSO, 2006, p. 213). Ou ainda nos casos de anulação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental onde não houve a devida publicidade.

Por força constitucional (art. 5.º, LXIX) a atuação do mandado de segurança fica adstrito às hipóteses de ofensa a um direito líquido e certo proveniente de ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. Desta forma, vê-se que o mandado de segurança ambiental encontra espaço de atuação muito pequeno já que muitas das vezes os grandes poluidores – empresas particulares - não poderão ser sujeitos passivos desta medida.

²⁰ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe **a defesa** da ordem jurídica, do regime democrático e **dos interesses sociais e individuais indisponíveis**” (destaques do autor)

²¹ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: IX - **exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade**, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.” (destaques do autor)

Por fim verifica-se que por força do artigo 60, §4²² da Constituição Federal o Mandado de Segurança Coletivo é tido como cláusula pétrea, ou seja, não suscetível a modificações por intermédio de emendas constitucionais. (CANOTILHO Org, 2007, pp. 356-357)

4.3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública visa à tutela de interesses vitais a toda a comunidade. Fugindo da concepção tradicional, de que somente podem demandar os titulares da relação jurídica de direito material (Art. 6.º do CPC), na Ação Civil Pública o poder de provocar o Judiciário para a defesa dos interesses ‘transindividuais’ foi conferido legalmente²³ para o Ministério Público, às pessoas jurídicas estatais, às entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, e as associações que ostentam um mínimo de representatividade²⁴.

A Ação Civil Pública como meio processual capaz de proteger o meio ambiente tem fundamento constitucional, conforme disposto no artigo 129, inciso III, sendo considerado, para alguns doutrinadores, como o meio mais adequado parar reprimir ou impedir danos ao meio ambiente. (MEIRELES, 1999, pp. 613-614). Édis Milaré lembra que o legislador ao definir a Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938/81 – e ao legitimar o Ministério Público a propor ação de responsabilidade civil contra o agente poluidor pelos danos causados ao meio ambiente traz, segundo o autor, pela primeira vez a possibilidade da Ação Civil Pública como meio hábil a proteção do Meio Ambiente. (MILARÉ, 2007, p. 1009). Ainda segundo o renomado autor:

²² “Artigo 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4 – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.” Neste sentido, como o Mandado de Segurança Coletivo está inserido nos incisos que prevêm os direitos e garantias (artigo 5, LXX da Constituição Federal), ele é cláusula pétrea não podendo ser extinto via emendas constitucional.

²³ Conforme disposto no artigo 5. da Lei 7.347/85; Artigo 82 da Lei 8.078/90 e do artigo 129, III e §1. da Constituição Federal.

²⁴ Art. 5., I e II da Lei 7.347/85.

E o fez com a certeza de que nenhum outro interesse tem difusão maior do que o meio ambiente, que, como é curial, pertence a todos em geral e a ninguém em particular; sua proteção a todos aproveita, e sua postergação a todos em conjunto prejudica. É verdadeira *res communis omnium*. (MILARÉ, 2007, p. 1009).

O objeto mediato da ação é a tutela efetiva do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que diante da ordem constitucional deixam de ser meros direitos difusos e se transformam em direitos fundamentais de terceira dimensão. (SILVA, 2000, p. 221).

Por sua vez o objeto imediato da ação será o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou ainda uma condenação em dinheiro. Cabe ressaltar que o pedido de condenação em pecúnia apenas deve ser formulado quando existir um dano ambiental onde não seja possível a reconstituição do bem. Vez que o que se espera com uma ação civil pública ambiental é a restauração do bem ambiental que sofreu o dano, seja com uma condenação de fazer (por exemplo reflorestar a área devastada) ou não fazer (cessar de imediato a emissão de gases tóxicos além dos limites suportados pelo ambiente local).

O não cumprimento da decisão judicial acarretará em execução específica, Milaré lembra que neste ponto é possível que o Juiz de maneira discricionária, possa substituir a execução específica pela imposição de multa diária mesmo que o autor não tenha formulado este pedido. (Art. 11 da Lei n.º 7.347/84²⁵). (MILARÉ, 2007, p. 1011).

Ainda quanto ao objeto da ação civil pública ambiental é necessário ressaltar que apesar do artigo 4.º da Lei n.º 7.347/84 trazer a palavra ‘ou’, o que sugere pedidos alternativos, nada obsta que na mesma Ação seja formulado pedido de fazer ou não fazer (cessar a atividade poluidora), cumulativamente com o pedido ressarcitório pelos estragos já efetuados.

Vejamos o que diz Ângela Carboni Martinhoni:

²⁵ Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Desta forma, se o direito material permite a cumulatividade de obrigações, inclusive é este um traço característico do direito ambiental, como poderia o direito processual, que é justamente o instrumento de aplicação daqueles restringir tal hipótese? Se assim admitirmos, transformaríamos o instrumento de aplicação do direito material em óbice à aplicação do mesmo, o que, diga-se de passagem, inaceitável, vez que o direito processual existe justamente para tornar possível a aplicação do direito material. Ademais, como ficaria aquela demanda cujo objeto, em decorrência do dano ocorrido seja necessária a aplicação de variadas prestações? Deveria ser ajuizada uma demanda para cada prestação pretendida? Nada mais desarrazado! (MARTINHONI, 2006, p.178).

Neste sentido o Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou: REsp 247.162/SP, 1.º Turma, relator Ministro Garcia Vieira, DJU 08.05.00, p 73; AGResp 180.620/SP, 1.º Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJU 26.03.2001, p. 372, e mais recentemente REsp 605.323-MG, 1.º Turma, rel. Ministro José Delgado, julgado em 18.08.2005 e REsp 625.249-PR, 1.º Turma, rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 15.08.2005. (MILARÉ, 2007, p. 1012).

Valido destacar ainda o entendimento do Ministro Francisco Galvão em seu voto no julgamento do Recurso Especial n.º 605.323 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

[...] pelo mesmo dano, não se há de condenar o réu à sua integral reparação e também à sua indenização pecuniária; nada impede, entretanto, que se condene o réu a pagar uma indenização pelos danos até então causados, e, ao mesmo tempo, a cumprir uma obrigação de fazer, como por um filtro numa chaminé da fábrica, para prevenir danos futuros. (REsp 605.323-MG)

A legitimidade para propor a ação civil pública ambiental (ativa) como já visto, se faz pelo artigo 5.º da Lei n.º 7.347/84²⁶. Neste tocante importante destacará ainda que a legitimidade ativa para propor ação civil pública foi recentemente dilatada por força da Lei n.º 11.448/07, que

²⁶ Art. 5.º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - Ministério Público; II –a defensoria pública; III – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

incluiu no rol dos legitimados para propor a Ação Civil Pública a Defensoria Pública. Esta legitimação é concorrente e disjuntiva, ou seja, todos estão autorizados para promover a ação, e cada um pode agir de maneira isolada, sozinho, sem que seja necessária a autorização dos demais, passa-se a analisar cada um dos co-legitimados de maneira um pouco mais acurada.

Tanto a Constituição Federal quanto a lei infraconstitucional outorgaram ao Ministério Público a defesa dos interesses transindividuais. Desta forma o Ministério Público assume papel de destaque na ação civil pública ambiental, vez que é o único autorizado a promover o inquérito civil, além de estar sempre presente na Ação Civil Pública, seja como sujeito ativo seja para fiscal da lei²⁷. No caso de abandono ou desistência da ação por parte de outro legitimado, o MP deve assumir o pólo ativo e fazer prosseguir a ação até o fim de seu trâmite. (MILARÉ, 2007, p. 1013).

No tocante às associações a Lei traz dois pré-requisitos para que as associações possam entrar com a Ação Civil Pública, quais sejam a a) pré-constituição por pelo menos um ano, e b) que esteja incluído entre suas finalidades (estatuto) a proteção ao ambiente.

Apesar de a lei trazer de forma expressa estes dois requisitos como essências para que as associações possam figurar no pólo ativo da ação civil pública, eles não podem ser considerados absolutos. O legislador criou o primeiro requisito para exigir seriedade quanto a criação das Associações para que não ocorra a criação de associações *'ad hoc'* com o fito propósito da instauração de uma Ação Civil Pública específica. Neste tocante o Código de Defesa do Consumidor trouxe, em seu artigo 113²⁸ da Lei n.º 8.078/90, a flexibilização quando no caso concreto ficar claro o interesse social envolvido na demanda. Assim, nestes casos, ao propor a ação

²⁷ Artigo 5.º, §1.º da Lei n.º 7.347/85.

²⁸ Art. 113. Acrescente-se os seguintes §§ 4.º, 5.º e 6.º ao art. 5.º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985:

"§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6.º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

o autor em vez de fazer prova do interstício legal, se faz necessário expor de forma clara e objetiva o interesse social da ação.

O segundo pré-requisito é flexibilizado pela jurisprudência, vez que os Tribunais têm aceitado Ações Cíveis Públicas mesmo quando no pólo ativo se encontra uma associação que não traz expressamente em seus estatutos a finalidade específica de proteção ao meio ambiente, porém devido à sua atividade se torne claro que a defesa do ambiente se faz necessário. Como exemplo cita-se o julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça onde o Ministro Humberto Gomes de Barros, reconheceu a legitimidade ativa para propor ação cível pública ambiental à uma associação instituída a prestar assistência a uma comunidade de pescadores, mesmo não se encontrando em seus estatutos finalidade específica de proteção ao ambiente. Merece destaque:

Impossível oferecer-se assistência social e material a pescadores, sem preservar e vigiar pelo equilíbrio e continuidade do seu *habitat* natural e dos recursos com os quais a comunidade sobrevive, traduzidos, no campo específico de uma vila de pescadores, na preservação dos rios e do mar que lhes fornecem o peixe, meio de subsistência pela alimentação e pelo comércio. (BARROS, 1996, p. 159).

No que concerne a legitimidade ativa da defensoria pública, por força da Lei n.º 11.448/07, oportuno citar Edis Milaré:

[...] a legitimação ora conferida à dita instituição resta circunscrita, em matéria ambiental, à busca de composição da danosidade experimentada por terceiros em decorrência da atividade poluidora (dano ambiental individual ou reflexo), e não para a defesa do ambiente em si mesmo, como vem de todos (dano ambiental coletivo), em conformidade ao estabelecido pelo §1.º do art. 14 da Lei 6.938/2981 (MILARÉ, 2007, p. 1014).

Por fim, traz a legitimidade da administração direta, indireta e das fundações para proporem a Ação Cível Pública, ressaltando que, antes do advento da Lei n.º 11.448/07, o artigo 5.º da Lei n.º 7.347/84 não fazia menção ao Distrito Federal como agente legítimo, sendo que tal lacuna foi sanada tanto pelo artigo 82, II do Código de Defesa do Consumidor, que reconheceu

expressamente a titularidade ativa do Distrito Federal para as ‘ações coletivas’, como por força expressa da Lei n.º 11.448/07 que como visto alterou o artigo 5.º da Lei n.º 7.347/84.

Tendo o artigo 3.º da Lei n.º 6.938/81 definido poluidor como sendo ‘a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental’ fica claro que qualquer destes entes pode figurar no pólo passivo da ação ambiental, inclusive a administração pública.

Quanto ao interesse processual para figurar no pólo ativo das ações civis ambientais, o Ministério Público sempre o tem por força legal, vez que o interesse está implícito já que lhe é conferido o dever para defesa dos interesses indisponíveis da sociedade.

Aos outros legítimados deverá ser demonstrado o interesse processual, no caso das associações estas devem demonstrar a vinculação com os seus objetivos estatutários com o bem ambiental específico a ser protegido. Por sua vez o interesse dos órgãos públicos decorre da vocação institucional, por exemplo, o Estado de São Paulo não tem interesse em propor demanda ambiental de um dano ocorrido no Rio Grande do Sul.

A competência de foro para propor a Ação Civil Pública Ambiental tem regra simples e estabelecida pelo artigo 2.º da Lei n.º 7.347/85 e artigo 93 da Lei n.º 8.078/90, e deve sempre ser proposta no local onde ocorreu o dano. Assim:

A competência territorial da ação civil pública e da popular em matéria ambiental – diversamente do que ocorre nas ações populares que não tenham este fundamento e na grande parte das competências definidas com base no critério territorial – é considerada absoluta, pois o próprio art. 2, *caput*, da Lei 7.347/85 aponta que o juízo terá competência funcional (*cectius absoluta*) para a causa. (GAJARDONI, 2007, p. 124).

A desistência necessita de manifestação expressa do autor, quando o abandono se caracteriza pela negligência ou inércia do autor na condução do processo. Na desistência o Juiz tem o controle de homologar ou não a desistência, visto que se a desistência for realizada após a citação

do réu, esta depende de sua anuência, quando a desistência for formalizada antes da citação do réu esta anuência não se faz necessária.

Assim, tem-se o artigo 5.º, § 3.º da Lei da Ação Civil Pública: ‘em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa’, como já ressaltado anteriormente.

O artigo 5.º da Lei n.º 7.347/85 traz que a transação pode ser efetuada antes da propositura da Ação Civil Pública, prevenindo desta forma o litígio, como também pode ser efetuada durante o curso da ação, culminado o fim do litígio.

São requisitos indispensáveis à transação a) Necessidade da reparação total do dano ambiental efetuado, devido ao caráter indisponível do bem ambiental; b) Exposição de todos os fatos, de modo a ser possível a identificação de todas as obrigações estipuladas; c) Obrigatoriedade de estipular cominações em caso de descumprimento da transação e d) Anuência do Ministério Público. (MILARÉ, 2007, p. 1039).

Para dar efetividade à decisão, e independentemente de requerimento do autor, o artigo 11 da Lei n.º 7.347/85 autoriza o juiz a arbitrar multa diária, caso o réu deixe de cumprir a obrigação de fazer ou não fazer estipulada pela sentença. Esta multa tem a natureza jurídica de astreintes, e tem um caráter meramente punitivo e os valores por elas auferidos devem ser revertidos para o fundo de que trata o artigo 13 da Lei da ACP.

Acerca da prescrição destaca-se o entendimento de Antonio Cabillas Sanchez:

Partindo da existência de direito a um ambiente ecologicamente equilibrado para o desenvolvimento da pessoa, que se conecta com o direito à saúde, à própria vida e à integridade física, *pode sustentar-se a imprescritibilidade da ação para exigir responsabilidade* por uma agressão ao meio ambiente que implica sua degradação, na medida em que o dano ambiental é diretamente um dano à saúde coletiva. Há que se levar em conta que a saúde, a vida, a integridade física se inserem no marco dos bens e direitos da personalidade, e estes são imprescritíveis. (SANCHES, 1996, pp. 275-276 *abud* LEITE, 2000, p. 211).

Desta forma verifica-se que é imprescritível a ação que visa imputar responsabilidade pela agressão do bem ambiental, devido sua peculiaridade e por ser um bem de natureza meta-individual e de propriedade inclusive das futuras gerações.

Dentro da Ação Civil Pública ainda é possível realizar o Termo de Ajustamento de Conduta, para por termo maneira mais rápida e eficaz a ação em curso.

4.3.1 Termo de Ajustamento de Conduta

O Termo de Ajustamento de Conduta busca uma conciliação em fase pré-processual de direitos indisponíveis. (RODRIGUES, 2002, p. 120) Não obstante ser o Termo de Ajustamento de Conduta uma forma de evitar a propositura da Ação Civil Pública, ou seja, ser um instrumento pré-processual, não existe óbice para que seja realizado durante o curso de uma Ação Civil Pública, visando por fim a ação e ao mesmo tempo alcançando os objetivos desta.

Desta forma se torna necessário alguns esclarecimentos sobre tal instituto por ser este um meio de tutela processual ambiental.

O termo de ajustamento de conduta em defesa de interesses difusos ou coletivos encontra fundamento legal no artigo 113²⁹ do Código de Defesa do Consumidor, que inseriu dispositivo (§6) no artigo 5. da Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85 – autorizando os órgãos públicos legitimados a tomarem o termo de ajustamento. Assim, por força do dispositivo citado, são legítimos para proporem o termo todos aqueles legitimados para ingressarem com a Ação Civil Pública, matéria que já foi explanada no tópico anterior.

²⁹ Art. 113. Acrescente-se os seguintes §§ 4º, 5º e 6º ao art. 5º. da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985: “§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Como o objeto do termo de ajustamento de conduta trata exclusivamente de direitos indisponíveis sua natureza jurídica difere da natureza dos contratos e das transações, pois inexistem concessões recíprocas que são próprias destes institutos. Neste sentido:

[...] não se trata esta figura de uma transação (que impõe necessariamente concessões bilaterais) mas sim, mero acordo, em que a liberdade do órgão público fica restrita apenas à forma pela qual se darão as medidas corretivas e o tempo, porém sempre após análise criteriosa da melhor forma, com como do tempo mais exíguo possível. (AKAOUI, 2003, p. 71)

Por sua vez FIORILLO, RODRIGUES e NERY acerca do tema assim se manifestam:

[...] não é correta a utilização do termo transação, nem dizer tratar-se de uma revisitação do mesmo, pois, se assim fosse, substancialmente estaria alterando a natureza da transação. Trata-se, pois, de um comprometimento ao ajuste de conduta às exigências legais, instituto novo, que exige per se, com suas próprias características. [...] acordo que pode ser feito entre legitimado do poder público e fornecedor infrator, no único sentido de que este se comprometa, sob pena de cominações e posterior execução com base no título extrajudicial que este acordo representará, o ajuste de sua conduta às exigências do que determina a lei. (FIORILLO, 1996, p. 174-175)

Diante do exposto se torna claro que o termo de ajustamento tem natureza *sui generis*, diante de sua especificidade e condições próprias, não se confundindo com a transação nem com um contrato.

Para que o termo de ajustamento cumpra seu intuito de prevenir e reparar danos ambientais é necessário que as partes tomem cuidados especiais para garantir sua executividade *posteriori* e também quanto à certeza e liquidez do título extrajudicial criado. É necessário descrever todos os pormenores da obrigação assumida pela parte bem como as conseqüências para o caso de descumprimento do termo. Neste sentido Hugo Nigro Mazzilli diz: “Para que as obrigações pecuniárias assumidas no compromisso de ajustamento tenham liquidez, o título executivo deve conter obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto.” (2003, p. 342)

Por exigência legal do artigo 5, § 6 da Lei 7.347/85 é imprescindível que os termos de ajustamento tragam multa cominatória. Esta multa tem natureza não compensatória ao dano causado, mas sim natureza coercitiva no sentido de atuar na vontade do réu a se ver compelido a adimplir o termo na íntegra, sob pena de multa. Assim trata-se de uma cláusula penal moratória que tem a finalidade de punir o devedor faltoso, e ao mesmo tempo inibir o não cumprimento da obrigação assumida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem 'indivíduo pertencente à espécie animal que apresenta o maior grau de complexidade na escala evolutiva; o ser humano' (AURÉLIO, 2004), sendo o único dotado de discernimento capaz de tomar consciência que a degradação ambiental afeta a vida, por si só já teria o dever moral de zelar por todos os seres vivos do globo, principalmente zelar pelos recursos naturais para as futuras gerações. Se proteção ambiental já era um dever moral da raça humana, devido seu intelecto superior, passou a ser primordial e *fundamental* vez que a degradação ambiental tomou tamanhas proporções que está colocando em risco o direito fundamental por excelência: o direito à vida.

Neste contexto em que o descaso com a questão ambiental, o uso desenfreado e predatório dos recursos naturais finitos, a extinção de espécies animais e vegetais, a destruição da camada de ozônio, o aquecimento global ocasionado pela emissão de gases poluentes na atmosfera o que vem causando o descongelamento das calotas polares, vêm colocando em risco a própria existência da humanidade é necessário ter o ambiente como um direito fundamental intergeracional.

O Estado tem o dever de proteção aos Direitos Fundamentais, vislumbra, desta forma, que cabe a ele promover, de maneira efetiva, a proteção do ambiente. A tutela a nível normativo é cumprida de maneira satisfatória, vez que o Estado proporciona normas jurídicas de proteção ambiental, tendo, inclusive, o Brasil, um dos mais modernos e avançados diplomas constitucional de proteção ao ambiente. Ocorre que a proteção a nível normativo por si só não é capaz de proteger o bem ambiental, é necessário a efetiva proteção jurisdicional, criando mecanismos processuais capazes de se evitar ao máximo a ocorrência do dano ambiental, e ao mesmo tempo criar instrumentos para reparação do dano de forma satisfatória, caso ele venha a ocorrer.

Como visto, os danos ambientais são de difícil e muitas vezes de impossível reparação. Assim é necessário que a técnica e a tutela estejam voltadas principalmente à *prevenção do dano*. Neste intuito a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito são os principais meios a serem utilizados para a efetiva proteção do direito fundamental ao ambiente. A inibitória tem o mérito de atacar diretamente o ilícito, antes mesmo que ele venha a ocorrer. Por sua vez a tutela de remoção do ilícito visa exatamente remover o ilícito antes que o dano venha a se configurar.

Porém quando o dano ambiental vier a ocorrer, são necessários mecanismos que visem à reparação do dano. Neste intuito o principal mecanismo que o direito proporciona é a tutela ressarcitória na forma específica, que busca exatamente a reparação do ambiente ao *status quo ante* a lesão sofrida. Ocorre que em determinados casos a tutela ressarcitória na forma específica não pode ser aplicada devido a dois fatores: a impossibilidade de restauração do dano ou em casos de onerosidade excessiva, e é nestes casos se aplica a ‘tutela ressarcitória pelo equivalente’, ou seja, visa o ressarcimento não mediante a recuperação da área poluída mas sim através de uma compensação em pecúnia.

Por fim, a tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito e as tutelas ressarcitórias são perfeitamente cumuláveis, vez que cada uma tem seus pressupostos próprios e visa objetivos diferentes. Assim, em determinadas situações é necessária, e até mesmo obrigatória, a cumulação para se obter uma total proteção ao ambiente.

Além destes instrumentos processuais existem outros hábeis à tutela jurisdicional do ambiente, são eles: a ação popular, o mandado de segurança coletivo e de mitigação de litígios e a ação civil pública. A ação popular tem suma importância visto que é um conduto da participação legítimamente popular na proteção do ambiente, e tem como pressuposto de cabimento um ato lesivo ao ambiente. Apesar de ter como alvo o ato lesivo, é perfeitamente possível através da ação popular, a reparação do dano causado.

O mandado de segurança coletivo visa acelerar a entrega da prestação jurisdicional na esfera das tutelas coletivas. Como exemplo prático da sua utilização como meio hábil à proteção ambiental, cita-se o caso da sua aplicação no sentido de anular um licenciamento ambiental de uma obra potencialmente poluidora que foi concedido sem a realização do Estudo de Impacto Ambiental.

Por fim, têm-se ação civil pública que tem previsão constitucional e é tida como o meio mais adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente. O objeto da ação mediato da ACP é a tutela efetiva ao ambiente equilibrado, e o objeto imediato é a obrigação de fazer ou não fazer, ou ainda a condenação em pecúnia.

Desta forma, verifica-se que o ambiente como direito fundamental tem total suporte normativo e jurisdicional para se tornar efetivo, vez que tanto a lei quanto a doutrina oferecem mecanismos eficientes para tanto, basta que os aplicadores do direito tenham vontade para a sua aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo; FIORILLO, Celso A. Pacheco; NERY, Rosa Maria de Andrade. Direito processual ambiental brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AgReg.MS n. 266-DF, STJ, 1. Seção, relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 22 de dezembro de 1989, RSTJ, 10:254.

ANTUNES, Paulo Bessa. Direito ambiental. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro e Estudos Constitucionales, 1997.

ALONSO JR., Hamilton. Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALSINA, Jorge Bustamante. Derecho ambiental: fundamentación y normatividade. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

ALVIM, Arruda. Tratado de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ARENHART, Sergio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. Revista Dos Tribunais. São Paulo: RT 635/22.

BARROS, Humberto Gomes. Jurisprudência. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT. n.1, 1996.

BENJAMIN, Antonio Herman V (coord.). Dano Ambiental: prevenção reparação e repressão. São Paulo: RT. Vol. 2. 1993.

BRASIL. Decreto n. ° 2.519/98.

_____. Decreto n. ° 2.652/98.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; Direito Constitucional e Teoria Constitucional. 4.^a edição. Coimbra: Almedina. 2000.

_____; LEITE, José Rubens Morato Leite. (Org.) Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direitos Tributário. Ed. Saraiva. São Paulo. 2004.

DERANI, Cristiani. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DI MAJO, Adolfo. La tutela civile dei diritti. Milano: Giuffré, Vol. 3. 1993.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, RODRÍGUEZ, Marcelo Abelha e NERY, Rosa Maria Andrade. Direito processual ambiental brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FRANÇA, Limongi R. (Coordenação). Enciclopédia Saraiva do Direito. n. 27. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____; (Coordenação). Enciclopédia Saraiva do Direito. n. 22. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANCO, Paulo Sérgio de Moura; DALBOSCO, Ana Paula. A tutela do meio ambiente e responsabilidade civil ambiental . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2357>>. Acesso em: 26 ago. 2006.

GAVIÃO Filho, Anízio Pires. Direito fundamental ao ambiente. Porto Alegre-RS. Livraria do Advogado. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo. Revista de Direito Público.93/21.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 37.

HEIDEGGER, Martin. Sobre a Essência do Fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos. 2.^a Ed. São Paulo: Abril Cultural. 1983.

ITURRASPE, Jorge Mosset; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto. Dano Ambiental. Buenos Aires: Rubinzal. t. II. 1999.

JUNIO, Luiz Manoel Gomes. SANTOS Filho, Ronaldo Fenelon. Aspectos relevantes da ação popular ambiental: diferenças em relação à ação popular disciplinada pela Lei. 4.717/65. Revista de Processo RePro vol. 144, ano 32. Fevereiro 2007. São Paulo: RT.

LAYSER. Maria Fátima Vaqueiro Ramalho. Mandado de Segurança: individual e coletivo. São Paulo: WVC. 2002.

LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: RT, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 11.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. 4.^a ed. São Paulo: RT, 2001.

Manual de Recuperação de Áreas Degradadas pela Mineração: Técnicas de Revegetação. Brasília: Ibama, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Vol. 01. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006.

_____. Curso de Processo Civil. Vol. 02. Processo de Conhecimento. 6.^a ed. São Paulo: RT, 2006, 2007.

_____. Novas linhas do processo civil. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: RT, 2004.

_____. Tutela Inibitória: individual e coletiva. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. O Direito Ambiental e as Ações Inibitória e de Remoção do Ilícito. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011375023.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2006.

MARTINHONI, Ângela Carboni. Ação Civil Pública e Preservação do Meio Ambiente. Revista de Processo RePro vol. 140, ano 31.Out. 2006. São Paulo: RT.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data. 21.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio Ambiente Direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. A gestão Ambiental em foco Doutrina. Jurisprudência e Glossário. 5.^a edição. São Paulo: RT. 2007.

_____. Direito do Ambiente. A gestão Ambiental em foco Doutrina. Jurisprudência e Glossário. 4.^a edição. São Paulo: RT. 2005.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Vol. 26. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NERY JUNIOR, Nelson. Aspecto do processo civil no código de defesa do consumidor. Revista do Direito do Consumidor. 1. São Paulo: RT. 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11.^a ed. São Paulo: Atlas. 2002

MORE, Rodrigo Fernandes. A poluição do meio ambiente marinho e o princípio da precaução . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3194>>. Acesso em: 13 nov. 2006.

MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

Nações Unidas. Declaração de Estocolmo sobre meio ambiente (1972).

NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. Direito ambiental internacionais. Rio de Janeiro: Thex, 1995.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 2.^a ed. São Paulo: RT, 1996.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. Aspectos da tutela ambiental individual. Revista de Processo RePro vol 145, ano 32. Março 2007. São Paulo: RT.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Trad.: Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REVISTA BONIJURIS v. 18, n. 507, Fev. 2006 – 3035.

Revista de Direito Ambiental. São Paulo. RT, n.1, p. 159. 1996.

RSTJ, 10:254.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta – Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANCHES, Antonio Cabanillas. La reparación de los daños al medio ambiente. Pamplona: Aranzadi. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 7.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18.10.05.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros. 2000.

_____. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros. 1994.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 12.^a ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

TESSLER, Luciane Gonçalves. Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente: Tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: RT. 2004.

VASAK, Karel. Pour les droits de l'homme de la troisième génération: les droits de solidarité. (Leção Inaugural no Instituto Internacional dos Direitos do Homem), Estrasburgo. 1979.

VITTA, Heraldo Garcia. O meio ambiente e a ação popular. São Paulo: Malheiros. 2000.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)