

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
CAMPUS URUGUAIANA
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E MONOGRAFIAS

PRISCILA SASSO WEISE

TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO AMBIENTAL

Uruguaiana

2008

PRISCILA SASSO WEISE

TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO AMBIENTAL

Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, na Faculdade de Direito do Campus Uruguaiana da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Raul Gick Neto

Uruguaiana

2008

PRISCILA SASSO WEISE

TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO AMBIENTAL

Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, na Faculdade de Direito do Campus Uruguaiana da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Raul Gick Neto

Prof. Eloi Martinelli

Prof. Walter Machado Veppo

Aos meus pais, Rui Gilberto e Vera,
dedico este trabalho. Vocês me
ensinaram a descobrir o valor da
disciplina, da persistência e da
responsabilidade, indispensáveis para a
construção e conquista do meu projeto de
vida.

AGRADECIMENTOS

Esta monografia é o resultado de uma longa caminhada. Muitos contribuíram para que eu chegasse até aqui. Agradecer, sem cometer injustiça, é uma tarefa difícil – agradeço a todos que, no anonimato, participaram desta minha conquista.

Agradeço em especial:

A Deus pela inteligência que me permite discernir o justo do injusto;

Aos meus pais Rui Gilberto e Vera que me deram a vida e me encorajaram nas minhas dúvidas e incertezas;

Ao Arthur, meu irmão, que sempre me incentivou ao longo dessa trajetória;

Aos meus familiares que torceram pelo meu sucesso;

Ao Professor e orientador Raul Gick Neto, tenho muito a agradecer, não só pela dedicada orientação e pela paciência nas discussões, mas pelo incentivo na realização deste trabalho;

A todos os professores do curso de Direito que contribuíram na minha formação pessoal e no meu crescimento profissional;

Ao Dr. Cláudio Ari Mello, a quem admiro e com quem aprendi, além de ensinamentos jurídicos, lições de vida.

O espírito humano, que exerce inconscientemente o seu trabalho de modelagem sobre a linguagem, não encontra resistência violenta, e a arte não têm outro inimigo a vencer senão o próprio passado – o gosto predominante. Mas o direito considerado como causa final, colocado em meio da engrenagem caótica dos fins, das aspirações, dos interesses humanos, deve incessantemente ansiar e esforçar-se por encontrar o melhor caminho e, desde que se lhe depare, deve terraplanar toda a resistência que se opuser barreiras.

Rudolf von Ihering A luta pelo direito

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral examinar se a tutela inibitória constitui medida necessária e eficaz em ações onde perseguida a proteção do meio ambiente. Para tanto, analisar-se-á o ordenamento jurídico brasileiro e a efetividade do processo civil clássico frente aos novos direitos surgidos com a massificação da sociedade. Também, examinar-se-á a importância das ações coletivas para a defesa do meio ambiente e a imprescindibilidade de um novo modelo processual voltado à prevenção do ilícito ambiental. Depois de demonstrada a necessidade da tutela inibitória ambiental serão identificados os fundamentos legais que permitem a utilização da demanda inibitória na defesa do meio ambiente, bem como se verificará os mecanismos processuais capazes de viabilizar a prestação da tutela jurisdicional efetiva ao direito. O método de abordagem adotado para o desenvolvimento do tema é o analítico e os modelos de pesquisas elegidos, são a exploratória e a explicativa.

Palavras-chave: Meio ambiente. Efetividade do processo. Tutela inibitória.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 MEIO AMBIENTE E DIREITO.....	11
2.1 CONCEITO DE MEIO AMBIENTE	11
2.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE E SUA EVOLUÇÃO	14
2.3 O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ARTIGO 225 ...	17
2.3.1 Direito de todos ao meio ambiente, bem de uso comum do povo.....	18
2.3.2 O dever do Poder Público e da coletividade na defesa do meio ambiente	21
2.4 O CARÁTER PREVENTIVO DO DIREITO AMBIENTAL: ABORDAGEM PRINCIPIOLÓGICA	23
2.4.1 O princípio do poluidor-pagador	23
2.4.2 O princípio da precaução	24
2.4.3 O princípio da prevenção	26
3 A EFETIVIDADE DO PROCESSO, TUTELAS DIFERENCIADAS E A CRISE DA JUSTIÇA.....	28
3.1 TUTELA DO MEIO AMBIENTE E TÉCNICA PROCESSUAL	28
3.2 O PROCESSO CIVIL CLÁSSICO FRENTE ÀS NECESSIDADES DO DIREITO AMBIENTAL.....	34
3.3 AS TÉCNICAS MANDAMENTAL E EXECUTIVA E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE.....	41
3.4 A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO COLETIVO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE	43
4 TUTELA INIBITÓRIA AMBIENTAL: PREVENÇÃO DO ILÍCITO	52
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TUTELA INIBITÓRIA.....	52
4.2 PRESSUPOSTOS DA TUTELA INIBITÓRIA	57
4.3 A PREVENTIVIDADE OBJETIVA AMBIENTAL E A AÇÃO INIBITÓRIA	59
4.4 FUNDAMENTOS DA TUTELA INIBITÓRIA	61
4.5 AS MODALIDADES DE TUTELA INIBITÓRIA	63

4.6 TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E AS TÉCNICAS PROCESSUAIS ADEQUADAS.....	65
4.6.1 Técnica para atuação da inibitória.....	67
4.6.2 Tutela inibitória antecipada	70
4.6.3 A prova na ação inibitória.....	79
4.6.3.1 A prova indiciária	81
4.6.3.2 Modificação do ônus da prova.....	84
4.6.4 A multa e a tutela inibitória.....	85
4.6.4.1 Cobrança da multa	87
4.6.4.2 Valor da multa	90
4.6.5 A execução direta.....	92
4.7 A COISA JULGADA NAS AÇÕES INIBITÓRIAS	94
5 CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS.....	99

1 INTRODUÇÃO

Com a constante evolução do Estado e da sociedade, a cada dia surgem novos interesses e conflitos. Se, no direito material, essa nova realidade está causando tensão, no âmbito processual, o problema apresenta-se ainda mais grave. Sabe-se que o processo deve atender às necessidades do direito substancial e estar sempre atento às mudanças que se operam no quadro social, revestindo-se de efetividade.

O avanço desenfreado da sociedade, gerando novas relações jurídicas, exige a modificação das técnicas para que haja uma maior adaptação do processo à nova realidade e à tutela das várias situações de direito material.

Torna-se, então, necessária a concepção de um novo modelo de tutela processual capaz de amparar os direitos surgidos com a massificação da sociedade, entre eles pode-se incluir o meio ambiente. Este, por ser um direito fundamental para as presentes e futuras gerações, deve ser eficazmente protegido com a prevenção de atividades que causem sua degradação. Por isso, uma das formas de se amparar efetivamente o Direito Ambiental é a concepção de uma medida processual efetiva.

Indubitavelmente, a tutela preventiva é o único meio capaz de proporcionar uma prestação jurisdicional adequada às novas problemáticas jurídicas, principalmente no que se refere à proteção do meio ambiente, porque muitas vezes, as medidas extrajudiciais não se mostram satisfatórias ou mesmo suficientes na efetiva defesa desse direito.

Com efeito, diante da importância do equilíbrio ecológico para a própria sobrevivência da espécie humana, bem como considerando a dificuldade de reparação de danos ao ambiente, tanto para as presentes quanto para as futuras gerações, torna-se imprescindível a prevenção do ilícito ambiental.

Todavia, é preciso, primeiramente, examinar o sistema processual brasileiro, a fim de verificar se este é realmente, capaz de proporcionar instrumentos apropriados para o exercício dessa forma de tutela dos direitos.

Em busca deste objetivo, o presente trabalho se propõe apresentar a problemática da efetividade do processo civil clássico na defesa dos novos direitos e a indispensabilidade do rompimento dos dogmas tradicionais para a adequação dos institutos processuais às necessidades do direito material, advindas da adoção de novos valores pela sociedade moderna. Posteriormente, apresenta, como

instrumentos aptos a garantir a higidez do bem jurídico ambiental, os provimentos mandamentais e executivos. E por fim, procura-se demonstrar a extrema importância do processo coletivo para a proteção do meio ambiente.

Concluída essa parte, passa-se a analisar a utilidade da tutela inibitória, introduzida pelo artigo 461 do Código de Processo Civil e depois, também, consagrada no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, para prevenção do ilícito ambiental. Neste contexto, foram testados vários de seus aspectos – técnica mandamental e executiva, tutela antecipada, prova, multa e sua indispensabilidade, e coisa julgada – sobre essa modalidade de interesse.

Apesar de a tutela inibitória ser um fenômeno doutrinário ainda bastante recente, que carece de compreensão e aplicação no cenário jurídico brasileiro, ela é de profunda importância para a garantia de direitos, significativos na vida social, e isto faz com que qualquer inovação ou alteração nesta área torne-se relevante e interessante de ser pesquisada, analisada e aprofundada.

Com o presente trabalho buscamos evidenciar a necessidade da adoção de novos mecanismos de tutela para a proteção dos direitos, principalmente daqueles de cunho não patrimonial como é o caso do meio ambiente. No entanto, para se chegar a este fim é preciso primeiro desvencilhar-se dos pré-conceitos enraizados no processo tradicional, passando a encarar a tutela jurisdicional com outros olhos, agora voltados para o futuro.

2 MEIO AMBIENTE E DIREITO

2.1 CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

A expressão meio ambiente é objeto de crítica. Muitos doutrinadores acreditam ser esta uma expressão redundante, uma vez que, na palavra ambiente, já está inserido o conceito de meio, pois ambiente é o espaço que nos rodeia, é o meio no qual estamos envolvidos.

José Afonso da Silva, explica que tal redundância advém da:

Necessidade de reforçar o sentido significante de determinados termos, em expressões compostas, é uma prática que deriva do fato de que o termo reforçado tenha sofrido enfraquecimento no sentido a destacar, ou, então, porque sua expressividade é muito mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, a idéia que a linguagem quer expressar. Este fenômeno influi no legislador, que sente a imperiosa necessidade de dar, aos textos legislativos, a maior precisão significativa possível, daí porque a legislação brasileira também vem empregando a expressão meio ambiente, em vez de ambiente apenas.¹

No Brasil, a terminologia “meio ambiente” já está consagrada e adotada pela doutrina, pela jurisprudência e pela própria população. Contudo, tal expressão é difícil de ser conceituada, sendo seu “conteúdo mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra”.²

Para Luciane Gonçalves Tessler, a determinação do conteúdo presente no termo meio ambiente depende da perspectiva adotada: antropocêntrica ou ecocêntrica. Na compreensão ecocêntrica, o conceito de meio ambiente é restrito aos elementos naturais. Por outro lado, na ótica antropocêntrica, o conceito é mais amplo, pois engloba elementos naturais e os efeitos da relação destes com o homem.³

Édis Milaré, por sua vez, sem adentrar em concepções ecocêntricas ou antropocêntricas, salienta que o meio ambiente pode ser definido por duas formas: uma estrita e outra ampla. Aduz que “numa visão estrita o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos

¹ SILVA, José Afonso da. apud ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 08.

² MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 98.

recursos naturais”.⁴ Em que pese o autor não ter feito referência ao ecocentrismo, esse nos parece perceptível nessa corrente. Já na sua definição ampla, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos.

No Brasil, o conceito de meio ambiente foi concebido pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) que o definiu como “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”.

Observa-se que a lei considerou o meio ambiente de forma limitada não abrangendo todos os bens jurídicos. Diante disso, “sustenta-se que o conceito legal refletiria uma perspectiva ecocêntrica, visto que considera o meio ambiente exclusivamente em seu caráter biológico”.⁵ Entretanto, percebe-se que ao final o legislador ressaltou que esse grupo de condições abriga e rege a vida em todas as suas formas, o que de certa maneira, demonstra preocupação com a espécie humana.

Acerca da teoria antropocêntrica, pode-se dizer que apesar de ter sido a causadora de séculos de degradação ambiental, por conceder valor ao meio natural apenas enquanto este atenda os interesses da espécie humana, ainda nos tempos atuais é ela que norteia a maioria dos conceitos doutrinários de meio ambiente.

Todavia, a tradição antropocêntrica não é mais a mesma de séculos passados. Essa mudança de pensamento ocorreu diante da necessidade de se manter uma relação harmoniosa entre o homem e a natureza, para sobrevivência da espécie humana. O historiador, filósofo e teólogo Keith Thomas, ao reportar-se à relevante erosão sofrida pelo antropocentrismo destaca que “a aceitação explícita da idéia de que o mundo não existe somente para o homem pode ser considerada como uma das grandes revoluções no pensamento ocidental”.⁶

Atualmente, pode-se dizer que a posição antropocêntrica é mais flexível, por possuir outros contornos. Nesse sentido, Tessler afirma:

A influência que exerce sobre a relação homem-natureza assume outra roupagem: em vez de fundamentar a expropriação e a dominação do homem sobre a natureza, tem por finalidade manter o elemento “homem” ao

³ TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente:** tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

⁴ MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 99.

⁵ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 48.

⁶ THOMAS, Keith apud MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 88.

lado da natureza, como objeto de preocupação do Direito Ambiental. Ou seja, a partir desta visão, o objeto de estudo do direito ambiental não se reduz ao homem ou à natureza; ao contrário, pressupõe a relação entre ambos.⁷

É importante assinalar que por ser o homem ocupante do Planeta Terra compete-lhe administrar, preservar e utilizar a natureza, dependendo sua sobrevivência dessa convivência harmônica. Diante do fato de que o responsável pela proteção da natureza é o homem, justifica-se aí a idéia do conceito de meio ambiente partir de uma ótica antropocêntrica, porém sem ficar a ela restrito.

Fundamental sob este aspecto, a definição de meio ambiente, na forma genérica e na forma jurídica, feita por Leite:

Em sentido genérico o meio ambiente é, ao mesmo tempo, um conceito interdependente – que destaca a interação homem-natureza –, interdisciplinar e que deve estar alicerçado em uma visão antropocêntrica alargada, mais atual, a fim de permitir a inclusão de outros valores, reconhecendo-se a importância de sua preservação tanto para o homem quanto para o sistema ecológico em si. Já em um sentido jurídico, a lei brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, que envolve a vida em todas as suas formas, reconhecendo seus elementos naturais, artificiais e culturais.⁸

Extraí-se do entendimento do autor que o meio ambiente pode ser compreendido tanto como um macrobem quanto como um microbem. Como macrobem o meio ambiente é o todo, não se confundindo com esta ou aquela parte que o constitui. Importante destacar, que é este conjunto de bens ambientais agregados (macrobem ambiental), compreendido como bem jurídico, que pertencente a toda a coletividade e possui natureza difusa. Por conseguinte, os microbens são aqueles elementos individualizados que em conjunto formam o meio ambiente. O microbem ambiental poderá ser limitado a um patrimônio, público ou individual. No entanto, por ser este bem apenas uma parte do todo pertencente à coletividade, sua apropriação não pode estar dissociada do interesse social e do bem comum.

Com isso, o que se observa é que da idéia de meio ambiente podem surgir inúmeros significados, dependendo do ângulo em que for examinado, ou do horizonte em que o homem o coloca.

⁷ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 45.

⁸ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental** apud TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 49.

Não obstante, a existência dos vários conceitos de diversos autores, todos eles buscando caracterizar e individualizar o significado da expressão “meio ambiente”, parece-nos mais adequado os que tratam do tema de forma mais abrangente.

Assim, pode-se dizer que o meio ambiente é o espaço em que o homem e natureza se relacionam, é o lugar onde estão presentes os elementos naturais, artificiais e culturais que proporcionam a propagação da vida em todas as suas formas.

2.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE E SUA EVOLUÇÃO

Durante séculos, o homem explorou a natureza desregradamente, o que resultou no caos em que se encontra a Terra. “Do ponto de vista ambiental, o planeta chegou quase ao ponto de não retorno. Se fosse uma empresa, estaria à beira da falência, pois dilapida seu capital, que são os recursos naturais, como se eles fossem eternos.”⁹

Em vista deste quadro alarmante de degradação, a proteção do meio ambiente transformou-se em uma questão de vida ou morte.

Nos dias atuais, a preservação e o restabelecimento do meio ambiente é uma busca global, tornando-se uma “corrida entre a educação e o desastre”.¹⁰ Essa preocupação adveio do fato de que a sobrevivência da espécie humana depende da proteção do sistema ecológico, e como os danos causados ao ambiente cruzam fronteiras, a inquietação passou a atingir o mundo.

A escassez dos recursos naturais, a destruição da camada de ozônio, o efeito estufa, a extinção de determinadas espécies animais e vegetais e outros diversos fatores, fizeram com que o homem, ao se deparar com essa realidade impactante, tivesse consciência de que é preciso conviver em harmonia com a natureza.

Esta crise de relacionamento entre o ser humano e o seu meio culminou com o aparecimento de uma nova disciplina jurídica, o Direito Ambiental. Neste contexto, assevera Torres, que o direito ambiental “é o primeiro ramo do Direito que nasce não

⁹ MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 50.

¹⁰ Ibidem, p. 48.

para regular a relação dos homens entre si, mas para tentar disciplinar as relações do Homem com a Natureza”.¹¹

Cabe destacar que a preocupação com o equilíbrio da relação homem-natureza tornou-se mais evidente a partir da crescente exploração demográfica, haja vista que com o aumento da população surgiu a necessidade de aumentar a produção industrial para satisfazer a maior demanda e consumo, o que causou os nefastos efeitos sofridos pelo ecossistema.

Assim, pode-se dizer que foi frente à nova realidade da “sociedade de massa” que o direito ambiental passou a ter maior relevância. Nesse sentido, Fiorillo e Rodrigues destacam:

O desenvolvimento de uma legislação ambiental em todos os países acompanhou, ainda que de forma dispersa, a realidade da 'sociedade de massa' com particular destaque a partir do século XVIII e início do século XIX. No mesmo sentido as Cartas Constitucionais de vários países que, ora de forma direta, ora de forma difusa, acabavam por dar tratamento específico à temática ambiental.¹²

É imperioso ressaltar que, no Brasil, a omissão legislativa foi predominante até a década de sessenta. Até então, não existia um pensamento jurídico ambiental, percebiam-se apenas meras iniciativas pontuais.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo, no ano de 1972, contribuiu gradativamente para o avanço do Direito Ambiental no mundo, ao desencadear no homem uma maior preocupação com a natureza e com o destino da humanidade. Isso tornou o evento reconhecido como o marco do despertar ecológico mundial. Como bem coloca Passos de Freitas, a Conferência de Estocolmo foi o grande divisor de águas para o enraizamento da efetiva busca pela proteção ambiental.¹³

A partir de então, diversos países demonstram, com a reforma de suas Constituições, a tomada de consciência da necessidade de uma efetiva preservação do meio ambiente.

O Brasil, no entanto, trilhou um caminho oposto, em pleno regime militar adotou uma política de crescimento a qualquer preço. Justificava-se tal perspectiva

¹¹ TORRES, Mário José de Araújo. **Princípios fundamentais do direito do ambiente** apud TESSLER, Luciane Gonçalves, op. cit., p. 28.

¹² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 76.

¹³ FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

na idéia de que, diante de problemas socioeconômicos graves, não se deveria adotar uma atividade preservacionista em prejuízo do desenvolvimento econômico.

Nesse período, o país realmente apresentou níveis elevados de crescimento econômico. Porém, esse milagre fundado na exploração ilimitada dos recursos naturais resultou numa avassaladora destruição ambiental, que até hoje reflete efeitos maléficos.

Somente a partir da década de 1980 que o ordenamento pátrio teve uma evolução significativa em matéria ambiental. Seguindo a tendência internacional, a visão da proteção extrativista foi deixada de lado, criando-se um novo sistema voltado à preservação do meio ambiente. Milaré aduz que essa mudança radical apareceu “como que para compensar o tempo perdido, ou talvez por ter a ecologia se tornado o tema do momento”.¹⁴

Com o influxo desse novo pensamento no país, a caminhada pela busca da proteção ambiental tornou-se mais célere.

Primeiro, por força da edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.936, de 1981), que inseriu no arcabouço jurídico o conceito de meio ambiente com a função específica de protegê-lo em seus múltiplos aspectos. Esta lei atribuiu suporte para a busca de um desenvolvimento sustentável; firmou princípios de proteção e garantia do meio ambiente; determinou os objetivos e instrumentos da política nacional; estabeleceu, com base na teoria da responsabilidade civil objetiva, a obrigação da reparação do dano pelo agente causador, conferindo ao Ministério Público legitimidade para propor a ação.

Segundo, em razão da publicação da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 1985). Essa lei criou um instrumento processual específico para defender o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos da sociedade moderna, a Ação Civil Pública, e concedeu legitimidade ao Ministério Público, à União, aos Estados, aos Municípios e aos órgãos da administração direta e indireta (autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista), bem como às associações constituídas que estejam, a pelo menos um ano, vinculadas à proteção do meio ambiente. A lei, ainda, previu a obrigatoriedade da intervenção do *parquet* como *custos legis* nas ações em que ele não estiver no pólo ativo.

¹⁴ MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 141.

E finalmente, a entrada em vigor da Constituição Federal em 1988 completou este importante período histórico de evolução da proteção ambiental no Brasil. O meio ambiente passou a ocupar lugar de destaque na Carta Magna, pois além de receber um capítulo próprio, é mencionado, também, em vários dispositivos ao longo do Texto Constitucional. Isso fez com que alguns doutrinadores a considerassem como “Constituição Verde”.

Essa dimensão conferida à proteção do meio ambiente tornou o Texto Constitucional Brasileiro um dos mais avançados do mundo em matéria ambiental. Assinalam Fiorillo e Rodrigues que “em caso de Tutela Ambiental, a CF contém, na atualidade, um dos melhores (senão o melhor) plexos de normas jurídicas preventivas e repressivas”.¹⁵

Seguindo o modelo da Lei Fundamental as Cartas dos Estados também incluíram a questão ambiental, alargando, na medida do possível, o trato conferido à matéria, acompanhadas “depois pelas Leis Orgânicas dos Municípios (verdadeiras Constituições locais), e de grande messe de diplomas, marcados todos por intensa preocupação ecológica”.¹⁶

2.3 O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ARTIGO 225

Consoante analisado no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar da questão ambiental de forma abrangente e completa, dando destaque para sua proteção.

O meio ambiente, ecologicamente equilibrado, a partir de então, passou a ser reconhecido como um direito fundamental do cidadão. Embora o constituinte não o tenha disciplinado no Título II do texto Constitucional que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, isto não retira sua índole de direito fundamental.

Sabe-se que os direitos fundamentais não são somente aqueles positivados no Título II. Aliás, o próprio § 2º do art. 5º da CF excepciona a não-exclusão de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Sendo assim, pode-se considerar que o direito ambiental consiste em um direito fundamental decorrente do sistema adotado pela Carta Política de 1988, vez que é imprescindível à vida

¹⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. Op. cit., p. 78-79.

¹⁶ MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 142.

humana, não necessitando estar, para tanto, expressamente positivado no texto da Constituição.

Encontra-se o núcleo normativo da tutela constitucional do meio ambiente no Capítulo VI, do Título VIII, referente à ordem social, o qual é consolidado em apenas um artigo, com seus parágrafos e incisos.

Tal dispositivo compreende segundo a observação de Stonoga:

Três conjuntos de normas: a) as normas-princípio: revela o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o como bem de uso comum do povo (art. 225, *caput*); b) normas-instrumento: garantem a efetividade das normas-princípio, não sendo meramente processuais, mas também outorgando direitos e impondo deveres (art. 225, § 1º); c) normas que se consubstanciam num conjunto de determinações particulares, referente a objetos e setores (art. 225, §§ 2º a 6º).¹⁷

Percebe-se, pois, que os parágrafos do artigo 225 buscam dar efetividade e garantia ao direito preceituado no *caput* deste artigo, ou seja, 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”. Fundamental, diante da importância da compreensão do conteúdo presente no *caput* deste dispositivo, analisá-lo separadamente.

2.3.1 Direito de todos ao meio ambiente, bem de uso comum do povo

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o meio ambiente como um direito de todos, evoluiu significativamente em matéria de proteção ambiental. O meio ambiente ecologicamente equilibrado, então, passou a ser considerado um direito social e, ao mesmo tempo individual.

Dessa forma, os bens ambientais que anteriormente eram tidos como *res nullius* (coisa de ninguém) tornaram-se bens pertencentes a todos. Com isso, todos passaram a ter direito de usufruir – desde que preservado o direito dos demais – e de defender o meio ambiente, ao contrário do que acontecia antes, quando este não competia a ninguém e, portanto, não se poderia responsabilizar um determinado indivíduo por tê-lo degradado.

¹⁷ STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 34.

É importante, entretanto, destacar que da expressão “todos” presente no enunciado constitucional pode se extrair duas interpretações. De um lado, a idéia de direito de “todos”, que caracteriza o bem difuso, está ligada ao preceituado no art. 5º da Carta Magna. Por conseguinte, *brasileiros e estrangeiros residentes no país* seriam titulares deste direito material. De outro lado, a concepção “todos” é mais abrangente, pois além dos residentes no Brasil, a titularidade desse direito estende-se a toda e qualquer pessoa humana. Logo, todo e qualquer indivíduo, desde que sustentando essa condição, preencheria os requisitos necessários para o exercício do direito ambiental na República Federativa do Brasil. Constata-se que a diferença entre estas duas correntes consiste na percepção de povo.

Tendo em vista, o novo modelo constitucional adaptado aos anseios da sociedade de massa, preferimos seguir a primeira corrente. Isto porque a idéia de povo compreende o conjunto de indivíduos que estão unidos por uma mesma cultura, hábitos e interesses, possuindo os mesmos direitos e deveres dentro de um determinado território. Pois, como bem lembra Fiorillo, o próprio art. 225 da Lei Fundamental, “ao definir o bem ambiental, preceitua-o como um bem de uso comum do *povo*”.¹⁸

O constituinte, ao atribuir a qualidade de bem jurídico ao meio ambiente, criou uma terceira espécie de bem, que, em vista de sua natureza jurídica, não pode ser confundido com os gêneros de bens públicos e nem com os privados.

Tradicionalmente, os bens jurídicos eram classificados como bens públicos ou privados, ou seja, eram divididos nos que faziam parte do patrimônio do Estado ou do indivíduo. Da leitura do art. 99 do Código Civil, onde estão previstos os bens públicos, em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que o constituinte, ao se referir ao meio ambiente como um bem de uso comum do povo, o teria inserido na categoria de bens públicos, ou seja, aqueles cujo domínio pertence à União, aos Estados, ou aos Municípios. No entanto, embora o novo Código Civil tenha insistido na classificação dos bens jurídicos em públicos ou privados, essa dicotomia nos dias atuais não mais persiste.

As necessidades advindas da sociedade de massa fizeram com que, ao lado dos interesses de natureza individual e dos de índole pública, surgisse uma outra categoria de bens, de natureza coletiva. Como bem salienta Tessler:

¹⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 11.

Existem bens que pertencem ao patrimônio do poder público e podem ser chamados de bens públicos, mas que não se confundem com aqueles atinentes ao patrimônio da coletividade, ou seja, cuja titularidade é de toda a sociedade. Estes não são bens públicos, porém, também não podem ser considerados como bens privados.¹⁹

Esses bens competem à coletividade como um todo, ou seja, a propriedade é de um número indeterminado de indivíduos que integram o coletivo, não são bens que possuem a está ou aquela pessoa, mas sim a todos. O meio ambiente enquadra-se neste novo gênero de bens, portanto devido a sua importância, o bem jurídico ambiental pertencente a todos, de uso comum do povo, é um direito de natureza difusa.

O art. 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) conceitua os direitos ou interesses difusos como: “direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato”.

Portanto, o meio ambiente, como um direito difuso, apresenta as seguintes características: a) indeterminação dos sujeitos; b) indivisibilidade do objeto; c) intensa litigiosidade; d) duração passageira ou contingência.

- a) Na maioria das vezes, a indeterminação do sujeito advém da não existência de um vínculo jurídico entre os indivíduos que têm o seu interesse afetado. Estes sujeitos são “aglutinados ocasionalmente em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem uma região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por comungarem de pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza etc.”.²⁰ Sendo indeterminada a titularidade do meio ambiente, conseqüentemente, nenhuma pessoa terá o direito de apropriar-se deste bem.
- b) A indivisibilidade do objeto consiste no fato de que a natureza destes bens não permite a sua divisão em quinhões ou cotas que poderão ser entregues aos titulares do direito. Não se pode, por exemplo, repartir o ar atmosférico. Existe uma espécie de comunhão entre os indivíduos quando da utilização do

¹⁹ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 58.

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos** apud STONOGA, Andreza Cristina. Op. cit., p. 42.

meio ambiente. Assim, os benefícios sentidos por um alcançaram a todos, bem como a lesão de um implicará também a lesão de toda coletividade.

- c) A intensa conflituosidade resulta da própria titularidade desse interesse. Se o meio ambiente é um bem de toda a coletividade, todos acham que possuem o direito de usufruí-lo da maneira que melhor lhes convém. Logo, ter-se-á ao mesmo tempo titulares desses recursos naturais que buscam preservá-los e outros que desejaram apropriá-los.
- d) Para a caracterização do direito é preciso que haja uma situação contingencial, incerta. Em outras palavras, o sujeito pode torna-se titular do direito quando estiver naquela determinada situação fática. Como estes direitos dependem de circunstâncias contingências, se não tutelados de imediato, acabam sofrendo os reflexos das modificações, muitas vezes repentinas nas situações que os ensejaram.

De tudo isso, infere-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado além de ter sido consagrado como um direito pertencente a todos, brasileiros e estrangeiros residentes no país, foi também elevado à categoria de bem jurídico de uso comum do povo, passando os cidadãos a ter o direito de usufruí-lo e o dever de preservá-lo.

2.3.2 O dever do Poder Público e da coletividade na defesa do meio ambiente

O bem jurídico ambiental, como declarou a própria Carta Constitucional, é essencial à sadia qualidade de vida, portanto, merece ser protegido tanto pelo Poder Público, como por toda a coletividade; proteção essa que consiste num dever, e não apenas numa simples regra moral de conduta.

Vislumbra-se, dessa forma, que o dever de proteção ambiental cabe também a toda sociedade civil, não sendo somente monopólio do Estado. O bem ambiental para a vida humana tornou-se indispensável, por isso a interação entre Poder Público e coletividade para que se consiga alcançar os fins almejados é de suma importância. Nesse contexto, afirma Eros Grau:

Os administrados, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram passam a ocupar a posição de destinatários do dever-poder de desenvolver comportamentos positivos. Assim o traço que

distingue a função ambiental pública das demais funções estatais é a não-exclusividade do seu exercício pelo Estado.²¹

Com isso, o cidadão deixa de ser simplesmente o titular do direito e torna-se junto com o Poder Público, responsável pela defesa e preservação do meio ambiente tanto para as presentes como para as futuras gerações.

Pode-se afirmar que, a partir da Carta Magna de 1988, o Estado tradicional de direito ganhou uma outra roupagem. Nesse novo modelo, preocupado com o equilíbrio ecológico, Poder Público e coletividade devem unir seus esforços para garantir a higidez do bem jurídico ambiental, a fim de que se consagre o verdadeiro Estado de Direito Ambiental.

Na proposta de Canotilho,²² o novo modelo de Estado – Estado Democrático do Ambiente – deve ser um Estado aberto, no qual todos os cidadãos têm o direito de obter informações do poder público sobre o estado do ambiente e a garantia de participação nas decisões do Estado que dizem respeito a questões ambientais.

É indispensável, nesta nova estrutura estatal, que se possa garantir a informação e a participação²³ popular na proteção do bem jurídico ambiental, a atuação de uma sociedade consciente de seu papel no ecossistema e de sua responsabilidade ecológica. Ademais, o Estado Ambiental precisa interagir com a sociedade para que Poder Público e a coletividade, operando conjuntamente, encontrem a maneira adequada de assegurar a todos os cidadãos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** apud DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 261.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo: privatismo, associacionismo e publicismo no direito do ambiente ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público**. In *Siddamb*. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt>. Acesso em 24 de outubro de 2007.

²³ O Princípio 10 da Declaração sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92, afirma: “O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo em suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e os recursos pertinentes.” (grifo nosso)

2.4 O CARÁTER PREVENTIVO DO DIREITO AMBIENTAL: ABORDAGEM PRINCÍPIOLÓGICA

2.4.1 O princípio do poluidor-pagador

De acordo com o princípio do poluidor-pagador, todo aquele que causar danos ao ambiente será responsabilizado por isso. Em sendo o meio ambiente um bem de uso comum do povo, qualquer indivíduo que utilizar este bem que é de propriedade alheia para benefício próprio, deverá arcar com as despesas de sua conduta, pois caso contrário se estaria permitindo o enriquecimento ilícito do poluidor.

O importante é deixar claro que este princípio não tem como objetivo tolerar a poluição ambiental mediante o pagamento; tampouco se restringe a compensar os danos causados. Sua função é evitar o dano ao meio ambiente. Assim, o pagamento para despejar efluentes em um rio, “não alforria condutas inconseqüentes, de modo a ensejar o descarte de resíduos fora dos padrões e das normas ambientais”.²⁴

A possibilidade de aplicação do princípio do poluidor-pagador evidencia-se em dois momentos: o instante da fixação das tarifas (insere-se também aqui o momento no qual se deve investir na prevenção da utilização do recurso natural), e o momento da responsabilização do poluidor. Nesse sentido, ensina Fiorillo:

Num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação.²⁵

Dessa forma, percebe-se que o princípio do poluidor-pagador tem um alcance tanto preventivo quanto repressivo. Na segunda hipótese, o princípio só irá incidir em sede de responsabilidade civil, visto que o pagamento pela poluição ambiental não é uma pena ou uma sanção administrativa, mas sim uma forma de repressão pela lesão causada ao bem jurídico protegido.

É evidente que o poluidor, apesar de ser diretamente responsabilizado por sua atividade poluidora, repassará os custos destas despesas ao consumidor ou

²⁴ MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 164.

²⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. Op. cit., p. 27.

usuário do seu serviço ou produto. No entanto, o mais importante é que não será a coletividade que irá arcar com o prejuízo da atividade, mas sim aquele que produziu o dano e o que se beneficiou com a poluição.

O propósito deste princípio é a inclusão do pagamento pelo dano, que possa ser causado ou que já tenha ocorrido, no custo da produção. Posição bem defendida por Antunes:

O PPP parte da constatação de que os recursos ambientais são escassos e que o seu uso na produção e no consumo acarretam-lhe redução e degradação. Ora, se o custo da redução dos recursos naturais não for considerado no sistema de preços, o mercado não será capaz de refletir a escassez. Portanto, são necessárias políticas públicas capazes de eliminar a falha de mercado, de forma a assegurar que os preços dos produtos reflitam os custos ambientais.²⁶

Como se vislumbra acima, o princípio em exame tem sua gênese nos assuntos econômicos. Conforme Benjamin, o princípio do poluidor-pagador apóia-se na teoria da compensação – “paga quem provoca uma ação governamental, na medida do custo desta” – e na teoria do valor – “paga quem se beneficia com a poluição, na medida dos benefícios recebidos”.²⁷

Por fim, reputa-se o princípio do poluidor-pagador como uma consequência lógica da valoração dos recursos ambientais. Este princípio só existe e se concretiza pela importância do meio ambiente para o cidadão e para a coletividade, pois se o bem ambiental não tivesse nenhum valor, não teria porque indenizá-lo ou preservá-lo.

2.4.2 O princípio da precaução

O princípio da precaução, assim como o princípio da prevenção que veremos a seguir, é o sustentáculo para ação inibitória em matéria ambiental. Como os danos causados ao meio ambiente são de difícil reparação, e não raras vezes se tornam até mesmo impossíveis de serem reparados, é indispensável à atuação preventiva.

O princípio da precaução incide nos casos em que há risco ou incerteza da ocorrência do dano ambiental. Dessa forma, num primeiro momento será examinada

²⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit., p. 41.

²⁷ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. **O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 230.

a potencialidade lesiva do ato para que se consiga distanciar o perigo e com isso evitar o risco. Tal princípio tem como objetivo afastar a ameaça de violação ambiental (perigo) devendo incidir mesmo se não houver uma certeza de sua ocorrência, pois como afirma Antunes “diante da incerteza científica, a prudência é o melhor caminho para evitar danos, que muitas vezes, não poderão mais ser recuperados”.²⁸

Este princípio foi inserido no sistema jurídico brasileiro após a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992. O Princípio 15 da Declaração é claro: “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.*” (grifo nosso)

No entanto, para aplicação do princípio da precaução devem ser analisados o grau da ameaça e a valoração da demonstração científica com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nessa esteira, salienta Tessler: “a restrição do direito ao desenvolvimento da atividade econômica deve ser útil e necessária ao ambiente, assim como os sacrifícios que lhe são impostos devem ser justificáveis pelo benefício produzido.”²⁹

Vislumbra-se, dessa forma, que a incidência do princípio pode ocorrer com maior ou menor intensidade, dependendo do peso dos benefícios e dos malefícios que aquela atividade poderá trazer para a coletividade.³⁰ Na verdade, o que realmente importa é que o princípio da precaução rompeu com os dogmas jurídicos da certeza e da segurança, o que o tornou o grande amparo do direito material ambiental para o emprego da ação inibitória.

²⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit., p. 36.

²⁹ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 111.

³⁰ Válido ressaltar, que em uma perspectiva mais saliente o princípio da precaução revela a máxima *in dubio pro ambiente*, vedando toda e qualquer ação lesiva ao ambiente, já em uma compreensão menos acentuada o princípio impõe a gestão do risco e a ponderação dos benefícios resultantes do empreendimento.

2.4.3 O princípio da prevenção

O princípio da prevenção é muito parecido com o princípio da precaução, mas não deve ser com ele confundido³¹, na medida em que possui um campo de abrangência muito maior. Consiste no dever de evitar a violação ao meio ambiente, ou seja, sempre que se estiver diante de uma alta probabilidade de ocorrência do dano ao bem jurídico, este deve ser evitado com base no princípio da prevenção. Já quando houver uma mera possibilidade de dano – um risco incerto – essa atividade também deverá ser prevenida, só que, neste caso, aplicar-se-á o princípio da precaução. Asseveram Leite e Ayala: “o princípio da prevenção se dá em relação ao perigo concreto, enquanto em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida ao perigo abstrato.”³²

O princípio da prevenção está inserido na maioria das normas ambientais. Encontra-se no art. 2º, inciso VI da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), na Convenção de Diversidade Biológica (Decreto nº. 2.519 de 17/03/1998) e no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, ao conferir ao poder público e à coletividade, o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Compete à Administração Pública o dever de controlar as atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, através da fiscalização e do licenciamento ambiental, as quais fazem parte do Poder de Polícia ambiental. Do princípio da prevenção, decorre não só a necessidade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental para aprovação de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, como também a criação de Políticas Públicas de cunho ambiental e a educação ambiental dos cidadãos.

No âmbito do Poder Judiciário este princípio é utilizado como fundamento para as ações ambientais preventivas. Em vista da importância da preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, o Judiciário passou, também, a ter o dever de agir de modo preventivo para garantir a inviolabilidade do bem jurídico ambiental.

³¹ Muitos doutrinadores não fazem diferenciação entre o princípio da prevenção e o princípio da precaução.

³² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck. **Direito ambiental na sociedade de risco** apud TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 116.

Segundo ensinamento de Paulo Afonso Leme Machado, a aplicação do princípio da prevenção divide-se em cinco itens:

Primeiro: identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação e inventário das fontes contaminantes das águas e do ar, quanto ao controle da poluição; segundo: identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; terceiro: planejamento ambiental e econômico integrados; quarto: ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com sua aptidão e quinto: estudo de impacto ambiental.³³

Vislumbra-se, deste modo, que o princípio da prevenção, por ter como objetivo evitar os sérios danos que podem ser causados ao meio ambiente, não deve ser compreendido como algo estático, mas, sim, como um princípio dinâmico, que evolui na medida em que a sociedade se transforma, com o fim de atender às novas necessidades advindas deste processo.

³³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Princípios gerais de direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira** apud STONOGA, Andreza Cristina. Op. cit., p. 58.

3 A EFETIVIDADE DO PROCESSO, TUTELAS DIFERENCIADAS E A CRISE DA JUSTIÇA

3.1 TUTELA DO MEIO AMBIENTE E TÉCNICA PROCESSUAL

A importância da preservação do meio ambiente para a sadia qualidade de vida, fez com ele fosse considerado um bem jurídico protegido por lei. A partir de então, o meio ambiente passou a ser amparado tanto pelo direito material, que estabeleceu normas destinadas a sua preservação, quanto pelo direito processual, por este ter a função de proporcionar meios que realizem o direito material.

O constituinte, ao reconhecer que todos têm direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, produziu uma norma de garantia que determina a sua inviolabilidade, ficando o direito material com o encargo de conferir mecanismos para protegê-la. Como exemplos de normas de defesa do ambiente, podem-se citar: a exigência de estudo prévio de impacto ambiental, o estabelecimento de áreas de reserva legal e de preservação ambiental, a proibição de construções de obras em determinados locais.

Dessa forma, pode-se dizer que o direito material passa a tutelar de maneira extraprocessual o bem jurídico ambiental, a partir do instante em que o legislador o considerou como tal, prevendo normas para sua proteção, fixando obrigações e estabelecendo sanções, caso estas não sejam cumpridas ou respeitadas.

Quando à norma de direito material, correspondente ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais, impõe obrigações de fazer e não fazer e prevê sanções ao seu descumprimento, prestando tutela ao bem jurídico ambiental.

Assim, a “tutela normativa dos direitos” é o amparo que o próprio direito material concede contra a violação de suas normas, visando a impedir a degradação do bem jurídico. Nesse sentido, Marinoni destaca que “a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material”.³⁴

Há casos, porém, em que a garantia da inviolabilidade do bem jurídico fundamental é omitida pela norma de direito material. Advém daí a importância do direito processual. As regras processuais têm por objetivo oferecer aos indivíduos os

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 145.

instrumentos necessários para tornar concreto o direito conferido pela norma substancial que não foi observada de forma voluntária. É no direito processual que o cidadão irá buscar os meios para garantir a proteção do direito consagrado na norma.

Em vista disso, quando o direito material se tornar insuficiente pela não-observância voluntária de suas normas, torna-se necessário recorrer-se à tutela jurisdicional eficaz e adequada. Como concebido, o Estado, ao impedir que o titular do direito material, deparado com o não cumprimento voluntário da obrigação, garantisse a proteção por suas próprias mãos, avocou o dever de tutelar de modo adequado às diversas situações de direito material. Ou seja, quando o Estado vedou a autotutela, assumiu o compromisso de proporcionar meios aptos para que todos possam assegurar seus direitos.

O cidadão, então, passou a ter o “direito à tutela jurisdicional”. Isso quer dizer que ao provocar o Estado, através do exercício do direito de ação, este tem obrigação de dar uma resposta apropriada para o pedido do autor. Como bem salienta Tessler:

O direito à tutela jurisdicional apresenta significado maior que o mero direito à resposta do Estado. Corresponde à obrigação de o Estado prestar a resposta adequada, ou seja, ao direito a uma prestação jurisdicional idônea às necessidades do caso concreto, apta a, efetivamente, assegurar o direito do autor.³⁵

Por conseguinte, no momento em que o Estado/Juiz, após ser provocado, presta uma resposta com o fim de consagrar o direito à inviolabilidade do ambiente, fala-se em tutela jurisdicional do meio ambiente. Percebe-se que o termo tutela foi empregado como sinônimo de proteção, revelando a idéia de defesa de direitos e interesses através de mecanismos processuais, estabelecidos pelo Estado.

É sob esse ponto de vista que Marinoni afirma ser “possível falar, assim, em tutela jurisdicional e tutela material. A tutela jurisdicional é aquela que, no plano do processo, tem o compromisso de realizar plenamente a tutela que decorre do direito material, ou seja, a própria tutela material”.³⁶

A tutela jurisdicional, pensada como meio de proteção, estará presente mesmo que a sentença seja desfavorável ao autor, pois, para sua ocorrência, faz-se

³⁵ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 158.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 453.

necessário, apenas, que o Estado proporcione, para a aplicação do direito positivo, garantias mínimas de participação dos envolvidos, assegurando-lhes o devido processo legal.

Nesse sentido, brilhantes são as palavras de Marinoni:

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.³⁷

Vislumbra-se, dessa forma, que o resultado final não importa para configurar a ocorrência da tutela jurisdicional, pois será prestada mesmo que desfavorável à sentença ou, até mesmo, quando o juiz vier a não conhecer da pretensão sustentada pelo autor. Afinal, é suficiente para sua existência que o Estado garanta, aos que almejam constituir alguma pretensão em juízo, plenas condições para que isso ocorra.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, garantiu a todos – que estiverem diante de lesão ou de ameaça de lesão a direito – a possibilidade de pleitear, perante o Estado, a proteção de seu interesse posto em risco ou já vulnerado. Tal direito está intimamente relacionado ao direito do cidadão de receber do Estado um atendimento adequado e uma resposta necessária ao seu pedido. Portanto, independentemente de ter ou não razão, o cidadão possui direito à tutela jurisdicional, ficando o Estado obrigado a prestá-la de forma efetiva. Eis o direito de ação, visto como o exercício de um direito abstrato, público e subjetivo à proteção jurídica do Estado.

Entretanto, no que concerne à tutela jurisdicional do direito, esta só ocorrerá se o Juiz reconhecer que o autor possui o direito afirmado, julgando procedente o seu pedido. Reside, assim, a possibilidade de existir uma efetiva tutela jurisdicional sem que dela resulte a tutela do direito. Esta, por sua vez, surgirá apenas se o direito material for realmente protegido, o que poderá ocorrer tanto através do plano processual quanto do extraprocessual.

Como a tutela jurisdicional é prestada através do processo, é imprescindível que este disponha de técnicas capazes de permitir a efetiva tutela do direito.

³⁷ Idem. **Novas linhas do processo civil**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 214.

Técnica é o conjunto de meios processuais concebidos pela lei, dos quais se servirá o juiz para conceder uma tutela jurisdicional apta a realizar de maneira adequada e efetiva o direito material. Como bem menciona Tessler: “de nada adiantaria conferir um direito material ao cidadão e assegurar-lhe o direito de proteção judicial (tutela jurisdicional) se o juiz não dispuser de meios necessários para consagrar este direito.”³⁸

O direito de ação previsto na Constituição não pode ser encarado, apenas, como uma simples garantia que possibilita a todos o acesso aos órgãos jurisdicionais, mas deve ser visto, também, como direito à técnica processual capaz de permitir a defesa do direito substancial.

Com a constante evolução do Estado e da sociedade, a cada dia surgem novos interesses e conflitos. Se no direito material essa nova realidade está causando tensão no âmbito processual, o problema apresenta-se ainda mais grave. Tornou-se indispensável para a sociedade atual dispor de técnicas que sirvam para atender às necessidades de cada caso concreto, pois a tutela só será realmente eficaz se estiver ajustada ao seu objeto.

O direito processual precisa estar em consonância com o direito material para bem de atender, da melhor maneira possível, as situações reais. Com o intuito de firmar a autonomia científica do direito processual este foi distanciado demasiadamente do direito material, o que resultou em um processo moroso e procedimental, afastando-o de sua própria essência de instrumento destinado a cumprir os desígnios do direito material.

É de fundamental importância para a efetiva defesa dos direitos a retomada dos vínculos entre o direito material e o processual. Sabe-se que o direito processual é um mecanismo de atuação do direito substancial e, como tal, deve estar sempre atento às suas necessidades e às mudanças que se operam no quadro social, revestindo-se de efetividade. Ademais, o processo é apenas uma ferramenta cujo valor é medido conforme os resultados que possa produzir no ordenamento jurídico material.

Barbosa Moreira assevera:

Toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário

³⁸ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 159.

progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer, universal, com o rendimento do mecanismo da justiça processual.³⁹

Situações que num certo momento não tinham a menor importância, tornaram-se preocupantes na sociedade moderna e provocaram novas demandas, o que implica exigir do processo uma atuação efetiva e adequada às realidades sociais.

O direito processual como instrumento destinado a assegurar a realização do direito material, deve oferecer ao magistrado a técnica apropriada a cada situação específica para que este possa prestar uma tutela jurisdicional efetiva. De que adianta ser concedido ao indivíduo um direito, se não lhe forem assegurados meios com que possa exigí-lo, ou o que é pior, se o juiz não dispuser de mecanismos aptos a garantir a realização da pretensão daquele que possui o direito.

Não se pode, apenas, assegurar um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sem que o processo, posto à disposição do juiz seja instrumentalizado com técnicas capazes de permitir a inviolabilidade desse direito.

Cabe ressaltar que os cidadãos, amparados por um direito fundamental, podem exigir do Estado o seu direito à efetiva proteção do bem jurídico fundamental.

Outrossim, diante de eventual lacuna na legislação processual, constatada a ausência de técnicas idôneas para cumprir o papel do direito fundamental de imperativo de tutela, compete ao magistrado suprir a omissão do legislador, buscando o método mais eficaz de conceder a tutela jurisdicional efetiva.

A sociedade tem avançado de forma desenfreada, gerando cada vez mais relações jurídicas a serem protegidas pelo ordenamento, assim, também, a técnica fica obrigada a modificar-se para que haja uma maior adaptação do processo à nova realidade e à tutela das diversas situações de direito material.

Se existem vários direitos com diversas particularidades, ficando o processo obrigado a fornecer mecanismos adequados para a defesa de cada um deles, é impossível pensar que apenas um procedimento, com uma única técnica de tutela, tenha capacidade de atender, de forma efetiva, às diferentes situações do direito material.

³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tendências contemporâneas do direito processual civil.** Temas de direito processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 03.

É sob essa perspectiva que a doutrina vem afirmando a importância dos denominados procedimentos diferenciados. Tais procedimentos possuem ritos especiais, adequados de maneira específica para atender determinadas situações de direito substancial que, pela sua natureza, não encontrariam o amparo necessário no procedimento comum ordinário. Portanto, o principal objetivo destes procedimentos é possibilitar a proteção de certos tipos de direitos que necessitam de um tratamento apropriado.

O meio ambiente, por ser um direito difuso, está incluído nessas situações que demandam um procedimento diferenciado. A tutela do meio ambiente deve ser prestada através de um processo coletivo, estruturado de modo a garantir o direito fundamental à sua inviolabilidade. “Portanto, para se falar em tutela jurisdicional efetiva do meio ambiente, exige-se técnica processual adequada e procedimento compatível.”⁴⁰

Assim, infere-se que o direito de acesso aos órgãos jurisdicionais abarca os direitos à predisposição de técnica processual adequada e o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Em vista disto, o aplicador do direito está diretamente subordinado aos direitos fundamentais, não podendo deixar de observá-los. Isso equivale a dizer que o julgador não apenas terá a obrigação de proteger o direito fundamental ao meio ambiente, como também o dever de concretizar o correlato direito fundamental à efetividade do processo.

Importante ressaltar que, para consagração do direito à tutela jurisdicional, não é suficiente o fato de o direito de proteção normativa do Estado ser concedido através de um procedimento adequadamente instituído. Para sua realização, é imprescindível que seja prestada uma tutela jurisdicional efetiva, a qual reúne o direito à técnica processual adequada, o direito à participação no procedimento e o direito à resposta jurisdicional.⁴¹

Nesse sentido, Marinoni conclui:

Não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da

⁴⁰ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 163.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. Op. cit., p. 188-189.

relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo.⁴²

Dessa forma, o direito de ação, por ser um meio tendente a assegurar a garantia do direito material, não se restringe ao direito de acesso aos órgãos jurisdicionais; abrange, também, o direito à técnica processual adequada, abrindo, assim, o caminho para o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

3.2 O PROCESSO CIVIL CLÁSSICO FRENTE ÀS NECESSIDADES DO DIREITO AMBIENTAL

Como já demonstrado anteriormente, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está incluído no rol dos direitos difusos, não ficando, portanto, limitado ao patrimônio de indivíduos determinados. Assim, se o meio ambiente sadio é um direito transindividual de natureza indivisível, ou seja, pertencente a toda a coletividade, não pode ser admitida a sua apropriação, tampouco sua violação, pois isso pode gerar omissão à integridade do direito garantido aos demais indivíduos, também titulares do direito.

Conferido pelo direito material o caráter de inviolabilidade do bem jurídico ambiental, fica o processo com o encargo de protegê-lo. Contudo, “o processo civil clássico, da forma como foi estruturado, não se apresenta preparado para prestar as respostas adequadas às necessidades decorrentes das peculiaridades do direito ao meio ambiente”.⁴³

É inegável que o processo tradicional, inspirado pelos ideais do Estado Liberal, carece de mecanismos adequados para a tutela dos litígios ambientais. Isso decorre do fato de que a função e estrutura do processo foram moldadas em uma época quando se tinha outros valores como a segurança jurídica, a liberdade e a patrimonialidade dos direitos; enfim, a finalidade que se pretendia alcançar com o processo era outra, muito diferente dos anseios atuais.

Sabe-se que o processo serve a um fim. Logo, sua função e estrutura dependem do objetivo que se pretende atingir. Torna-se impossível, em

⁴² Ibidem, p. 185.

⁴³ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 165.

conseqüência, pensar que o processo civil clássico, inspirado em valores de outros tempos, seja capaz de prestar uma tutela jurisdicional adequada ao bem jurídico ambiental. Torna-se premente, pois, que a sociedade atual busque desvencilhar-se dos paradigmas de antanho.

Um dos valores que precisa, urgentemente, ser revisto é o da patrimonialidade dos direitos. No direito liberal clássico, o bem jurídico que se pretendia proteger era tido como uma mercadoria, assim, toda lesão causada a um direito poderia ser substituída pelo equivalente em pecúnia.

Todavia, o ressarcimento em dinheiro utilizado no liberalismo clássico como forma de reparar os danos sofridos é completamente inidôneo quando se está diante do direito ao meio ambiente, pois os prejuízos que lhe forem causados serão muito difíceis, quando não impossíveis de serem reparados.

Quando se fala em reparar o dano, busca-se o retorno das coisas ao *status quo ante*. Como fazer para restabelecer uma floresta que sucumbiu sob a violência do desmatamento? Como trazer de volta uma espécie que desapareceu? Como limpar um lençol freático que foi contaminado por agrotóxicos?

Diante desses exemplos, pode-se concluir que a indenização pecuniária jamais será capaz de compensar o dano sofrido pelo bem jurídico ambiental. A degradação do bem ambiental, em regra, é irreparável. Como a natureza do meio ambiente não é monetária, e como ele não pode ser substituído pelo equivalente em dinheiro, a modalidade tradicional de tutela na forma reparatória ou ressarcitória não garante à coletividade uma efetiva proteção do seu direito.

Dessa forma, já que o pagamento de indenização pelo dano causado ao meio ambiente, determinado pela sentença condenatória, é incapaz de garantir a integridade do direito, é preciso que o juiz disponha de técnicas idôneas para atingir este propósito.

Se o Estado concedeu ao cidadão o direito ao meio ambiente sadio e se este não encontra a devida proteção na tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, cabe ao processo buscar as técnicas adequadas para prestar a tutela jurisdicional efetiva a esse direito.

O outro dogma enraizado no processo civil clássico que deve ser rechaçado é o da liberdade do cidadão. No Estado Liberal, os direitos protegidos eram de cunho patrimonial. Dessa forma, tais direitos pertenciam a uma determinada pessoa, pois se encontravam inseridos no seu patrimônio, sendo que apenas ela poderia

reclamar em juízo a proteção do seu direito. A tutela do direito era extremamente patrimonialista e individualista. Com essa concepção individualista, pregava-se que apenas o titular de um determinado direito poderia ir a juízo para defendê-lo – art. 6º do CPC.

Como os direitos diziam respeito tão-somente ao indivíduo, direitos divisíveis, quem sofreria a lesão seria ele, por isso, é que apenas o próprio titular do direito lesado poderia manifestar interesse em defendê-lo. Tendo em vista, que tais direitos eram desfrutados de forma independente pelos indivíduos, caso um dos titulares se descuidasse não acarretaria dano aos demais.

Em sendo o cidadão livre para dispor do seu direito da maneira que bem entendesse, o Estado assume uma postura minimalista, não interferindo na sua vida privada. A lei passou a garantir a liberdade do indivíduo perante o poder estatal. Marinoni afirma que a preocupação do direito liberal era “com a defesa liberdade do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais do grupo”.⁴⁴ Para que os cidadãos pudessem agir livremente, sem a presença estatal nas relações jurídicas para obter o equilíbrio necessário, o Estado não poderia interferir na ordem social e econômica. Dessa forma, uma possível intervenção estatal na esfera privada dos particulares era tida como afronta ao ideal de liberdade. Naquela época, não se pensava em direitos que pudessem interessar à sociedade.

Com o crescimento da sociedade, surgiram novos interesses, que não permitiam mais pensar da maneira individualista do direito, o social ganhou relevo, obrigando o Estado a deixar a neutralidade e assumir uma postura de proteção.

A partir daí, o Estado Liberal Clássico entrou em crise cedendo espaço ao Estado Social, surgindo novos direitos que não mais pertencem a uma única pessoa, mas sim a toda a sociedade, como é o caso do meio ambiente. Por serem direitos da coletividade não podem ser violados, pois os resultados da lesão atingirão toda sociedade. Logo, em se tratando desses direitos, não é possível protegê-los com a mesma técnica utilizada nos direitos individuais.

Defende Arenhart:

Tais direitos não se contentam, de forma alguma, com a reparação do dano ocorrido. Carecem eles de tutela preventiva, que não se consegue usando

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. Op. cit., p. 61.

apenas os institutos processuais disponíveis segundo os esquemas tradicionais concebidos secularmente por nosso Direito.⁴⁵

Portanto, precisava-se de uma tutela preventiva para atender aos novos anseios do corpo social. Como no século XIX os direitos a serem protegidos eram de cunho patrimonial, não se tinha interesse que o juiz agisse de forma preventiva, até porque isso acarretaria na ampliação do poder de controle estatal e, por conseqüência, afetaria a liberdade do indivíduo. Diante disso, a doutrina processual daquela época só conseguia visualizar o direito de ação se o direito subjetivo houvesse sido violado. Ou seja, o exercício da jurisdição somente poderia ocorrer depois da violação do direito. Vislumbra-se, desta forma, que a função da jurisdição era apenas a de reparar os direitos violados.

Atualmente, a tutela preventiva é prioritária para atender aos novos interesses surgidos com a sociedade de massa. Direitos difusos e coletivos, como é o caso do meio ambiente, não são adequadamente tutelados através da via ressarcitória. Nesse sentido, Tessler assim se refere: “a tutela jurisdicional do meio ambiente nunca será efetiva sem o abandono dos axiomas individualistas. O direito material difuso merece técnicas compatíveis com sua índole coletiva.”⁴⁶ Daí é que advém a importância de se conceber novos mecanismos processuais que possam efetivamente garantir a defesa dos direitos não patrimoniais pertencentes à sociedade.

O processo civil clássico, estruturado sobre as sentenças da classificação trinária – declaratórias, condenatórias e constitutivas –, mostra-se ineficaz para prestar a proteção adequada ao meio ambiente. A sentença declaratória limita-se a verificar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, não determina um fazer ou não fazer, o que a torna incapaz de impedir a violação do direito. A sentença constitutiva, por sua vez, como visa a criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, também é inadequada para tutelar efetivamente o bem jurídico ambiental. Por fim, a sentença condenatória igualmente não se mostra idônea à proteção integral e efetiva desses novos direitos. Nesse sentido, Marinoni questiona:

Se a sentença declaratória não é hábil para permitir a prevenção, e se a sentença condenatória tem um nítido escopo repressivo, não há possibilidade de se encontrar, dentro da classificação trinária das

⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35.

⁴⁶ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 169.

sentenças, uma via adequada para a tutela dos direitos não patrimoniais, o que revela uma total incapacidade do processo civil clássico para lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea.⁴⁷

Imaginava-se que a norma ao determinar a conduta já estaria determinando o cumprimento da obrigação. Dessa forma, bastava à sentença declaratória reconhecer a existência da obrigação para que o autor pudesse requerer seu cumprimento. E se mesmo assim a obrigação não fosse cumprida, o autor poderia postular a condenação do devedor a uma indenização, para que seu direito fosse ressarcido. Todavia, esse sistema não tem o condão de prestar a proteção adequada aos direitos que não estão inseridos no patrimônio.

Ademais, para que o autor consiga satisfazer seu direito, é preciso, primeiro, que tenha sido declarada a imposição de sanção ao devedor por meio de sentença condenatória; depois disso, o autor, nos próprios autos do processo de conhecimento, poderá requerer a execução da obrigação. Esse “conceito de sentença condenatória está comprometido com as doutrinas que inspiraram o *Code Napoléon*, pelo qual “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor””.⁴⁸

Porém, o binômio sentença condenatória e execução é incompatível com as necessidades da sociedade moderna. Como a sentença condenatória não fornece elemento de coerção próprio, não impõe o imediato cumprimento da obrigação, ficando sempre na dependência da execução. Logo, a sentença condenatória, por si só, não trará benefícios para o credor, sua eficácia irá, pois, depender do resultado da futura execução.

Quando se está diante de direitos não patrimoniais que pertencem à coletividade, não basta, apenas, que a decisão reconheça que o autor tem direito. É imprescindível que a sentença produza resultados imediatos para proteção desse direito. Uma das imperfeições presentes na sentença condenatória para a tutela efetiva do meio ambiente é a sua interdependência com a execução.

Neste contexto, ensina Tessler:

A sistemática da sentença condenatória justifica-se diante dos valores da época em que foi proposta. Como se deveria preservar a liberdade

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 31.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 342.

individual, era inconcebível que o juiz ordenasse ao demandado o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer.⁴⁹

O ideal de segurança jurídica é mais uma das máximas do Estado Liberal que precisa ser superado para que os novos direitos obtenham uma tutela adequada. Como naquela época a principal preocupação era com a segurança jurídica, limitaram-se rigidamente os poderes de interferência do Estado na vida privada dos particulares. É por isso que no sistema atual primeiro o juiz tem de reconhecer a existência da relação jurídica entre as partes, para que depois, caso o devedor condenado não cumpra voluntariamente a obrigação, o credor possa executá-lo para conseguir de volta o seu bem. Assim, com o fim de garantir a proteção do indivíduo em face do Estado, a decisão do processo de conhecimento foi separada da execução.

O outro obstáculo na utilização da sentença condenatória para a tutela de direitos não patrimoniais é que ela reduz os direitos à pecúnia. A sentença condenatória serve para permitir a reparação da lesão causada ao direito ou para forçar o cumprimento da obrigação. Por agir somente após a violação da norma, condenando o réu a indenizar o dano causado, mostra-se ineficaz à tutela do bem jurídico ambiental. Os direitos de conteúdo não patrimonial, por não poderem converter-se em perdas e danos, não encontram na sentença condenatória o amparo adequado. Portanto, é imperioso para a defesa desses direitos que o processo disponha de uma tutela preventiva.

Como bem salientado por Arenhart:

Absolutamente inútil é tal espécie de provimento, que apenas exorta o devedor a cumprir uma obrigação, e que, acaso não espontaneamente adimplido, abre caminho a um novo processo, que tende a desaguar, geralmente, na conversão da prestação esperada em perdas e danos.⁵⁰

Ainda que as obrigações impostas sejam de fazer ou de não-fazer, a sentença condenatória será inadequada para prestar-lhes a devida tutela, principalmente quando se referem às obrigações infungíveis.

⁴⁹ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 172.

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 83-84. É importante ressaltar, que com a recente reforma do processo de execução desapareceu o processo de execução forçada de sentença, dando lugar à execução nos próprios autos do processo, como fase subsequente à de conhecimento. Portanto, para títulos executivos judiciais, fundados em sentença condenatória, não mais tem lugar falar-se de processo de execução autônomo.

A obrigação de não-fazer, por possuir índole infungível, torna a sentença inadequada para a proteção do meio ambiente, pois esta apenas irá vedar a prática de um ato por determinada pessoa, ficando na dependência da vontade do indivíduo praticá-lo ou não.

Quanto às obrigações de fazer, estas podem ser fungíveis ou infungíveis. Em se tratando de obrigações fungíveis, como vimos, a condenação é ineficaz. Isto se deve ao fato de a sentença condenatória apenas reconhecer o direito à execução. Assim, por não impedir a violação do direito, a obrigação irá se converter em perdas e danos. Se o fazer for fungível a sentença condenatória poderá ser idônea, desde que a parte consiga com a execução obter do devedor o cumprimento da obrigação. Todavia, salienta Tessler que, “se a obrigação de fazer – ainda que fungível – era necessária para a proteção do meio ambiente, há que se considerar que provavelmente, depois de tanto tempo, já ocorreu a sua violação”.⁵¹

Dessa forma, percebe-se que a grande dificuldade de se operar com as sentenças da classificação trinária reside no fato de que nenhuma delas produz efeitos no plano concreto. São limitadas a declarar a existência de um direito, o que irá alterar apenas o mundo jurídico, necessitando a parte respeitar a ordem lógica e cronológica entre conhecimento/execução para obter a almejada modificação no mundo dos fatos.

Nessa esteira, salienta Marinoni:

As sentenças da classificação trinária, em outras palavras, não tutelam de forma adequada os direitos que não podem ser violados, seja porque têm conteúdo não-patrimonial, seja porque, tendo natureza patrimonial, não podem ser adequadamente tutelados pela via ressarcitória. Pior do que isso, a classificação trinária, por sua inefetividade, permite a qualquer um expropriar direitos não-patrimoniais, como o direito à higidez do meio ambiente, transformando o direito em pecúnia.⁵²

Se o processo civil clássico, com a tradicional classificação das sentenças, não é capaz de garantir o direito à inviolabilidade do meio ambiente, é preciso que se pense em novas técnicas que possam produzir efeitos concretos.

⁵¹ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 175.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 39.

3.3 AS TÉCNICAS MANDAMENTAL E EXECUTIVA E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Em vista da fragilidade da classificação trinária, defendida por Enrico Tullio Liebman para proteger a ampla gama de interesses da sociedade moderna, Pontes de Miranda – após ter desenvolvido estudos aprofundados na Alemanha acerca da eficácia das decisões – trouxe para o Brasil a teoria quinária da sentença. Tal orientação foi posteriormente desenvolvida e aprimorada pela doutrina brasileira contemporânea, tendo em Ovídio Baptista da Silva um de seus mais ilustres seguidores.

Na visão destes autores – seguidos, atualmente, por grande parte da doutrina processual⁵³ - além dos provimentos clássicos, declaratório, constitutivo e condenatório, também existiriam no nosso ordenamento jurídico, outras duas espécies de provimentos jurisdicionais: o mandamental e o executivo *lato sensu*.

No entanto, os adeptos da classificação trinária durante muito tempo recusaram-se a aceitar as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* como classes autônomas. Para os defensores da teoria trinária, as modalidades de tutela jurisdicional mandamental e executiva eram subespécies da sentença condenatória. Ou seja, seriam apenas efeitos derivados da própria condenação e não uma categoria autônoma.

Não é o propósito deste trabalho questionar ou mesmo polemizar as teorias sobre a classificação das sentenças, até mesmo porque, como bem assevera Tessler, “seja como sentença autônoma, seja como eficácia do provimento, é inquestionável a admissão pelo nosso sistema das técnicas mandamental e executiva *lato sensu*”.⁵⁴ No ordenamento jurídico brasileiro podemos encontrar no art. 84 do Código de Defesa do Consumido e no art. 461 do Código de Processo Civil a previsão expressa dessas sentenças. Além disso, a Lei 10.358/2001 reforçou a existência de provimentos de natureza mandamental no nosso sistema jurídico ao acrescentar no art. 14 do Código de Processo Civil o inciso V.

Na sentença mandamental, o juiz irá emitir uma ordem ao demandado. Essa determinação sempre será acompanhada de um elemento de coerção para que o

⁵³ Como por exemplo, ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. Op. cit.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit.

destinatário se sinta na obrigação de cumpri-la. O objetivo da decisão mandamental é atuar sobre a vontade do réu, para forçá-lo a obedecer à ordem emanada. Ensina Marinoni que: “a mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir.”⁵⁵ Em razão da medida coercitiva, o próprio demandado, por se sentir coagido, prestará a obrigação.

Assim, para que a decisão não se transforme num simples comando carente de autoridade, o juiz, ao dar a ordem, já aplica a coerção adequada para ensejar o cumprimento da obrigação. Dessa forma, a decisão mandamental protege, por si só, o direito do autor. Isso a difere da sentença condenatória, pois esta depende de um processo de execução, ou, ao menos, de atos executórios, para que a parte possa obter o resultado almejado. Nesse sentido, Marinoni afirma que “na sentença mandamental há tutela jurisdicional integral, enquanto a sentença condenatória constitui uma ‘tutela pela metade’, já que depende da execução”.⁵⁶

Portanto, como as obrigações de fazer infungível e as de não fazer dependem da colaboração do demandado para a satisfação do interesse, o provimento que será mais apropriado nestas situações é o de natureza mandamental.

A sentença executiva *lato sensu*, assim como a mandamental, possui o condão de satisfazer a pretensão do autor de maneira imediata, ou seja, não depende de um novo processo.

Nas duas sentenças, o juízo expedirá uma ordem, porém, essa ordem não se confunde, uma vez que as conseqüências jurídicas serão diferentes. A decisão mandamental, quando descumprida pelo demandado, importa na aplicação de uma medida de coerção; já no provimento executivo, se o réu não observar o comando, o juiz poderá aplicar, desde já, as medidas executivas. Logo, a principal diferença destas decisões é que na executiva *lato sensu*, o juiz já irá fixar o procedimento executivo para obter a realização do interesse do autor, independente de qualquer manifestação da parte, sendo indiferente, de outra parte, a colaboração do réu. A sentença de eficácia executiva caracteriza-se por permitir que atos de execução sejam praticados antes da formação do título executivo pelo seu trânsito em julgado,

⁵⁴ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 177-178.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 401.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. Op. cit., p. 396.

podendo haver atos de execução no próprio curso da etapa de conhecimento do processo.

Por conseguinte, tanto as decisões mandamentais quanto às executivas são efetivamente capazes de produzir alterações no mundo concreto. Ao observar o campo de atuação das prestações jurisdicionais, Arenhart dividiu-as formando dois grandes grupos. Dentro do primeiro grupo estão inseridas as tutelas que visam a operar, exclusivamente, no plano jurídico – declaratórias, constitutivas e condenatórias. Já no segundo grupo, estão as denominadas tutelas de prestação, ou seja, aquelas que por si só tendem a alterar o mundo dos fatos – mandamental e executiva *lato sensu*.⁵⁷

Arenhart, ao perceber que as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* possuem o mesmo objetivo de satisfazer a pretensão do autor, considerou irrelevante a diferença existente entre as duas categorias. Assevera o autor: “Nesse diapasão, seria mesmo dispensável a separação das duas espécies de provimentos, pois, em ambos, encontra-se a finalidade de realizar o direito, atingindo a prestação devida.”⁵⁸

De tudo isso, infere-se que os provimentos mandamentais e executivos, por produzirem efeitos no plano concreto, são os mais apropriados para prestar a efetiva proteção do meio ambiente, garantindo a sua inviolabilidade. Em se tratando de bem jurídico ambiental, precisa-se de uma tutela jurisdicional preventiva que possa produzir resultados antes da violação da norma.

3.4 A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO COLETIVO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Em razão de o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estar inserido no rol dos direitos difusos, é indispensável para efetividade de sua tutela que lhe seja aplicado um procedimento diferenciado.

O processo civil clássico, estruturado de maneira a solucionar controvérsias entre dois indivíduos acerca de seus interesses individuais, é incapaz de ensejar uma proteção adequada ao meio ambiente. O bem jurídico ambiental pertence a

⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 92.

⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 98.

todos, sua natureza é indivisível, e, muitas vezes, os danos que lhe são causados são irreversíveis, por isso a importância de um regime diverso para protegê-lo.

Como o meio ambiente sadio é um direito da coletividade, a regra individualista em que só o titular do direito pode defendê-lo, proibindo a defesa em nome próprio de direito alheio, prevista no art. 6º do CPC, torna-se incompatível com a tutela deste direito. Também o é a norma que submete apenas as partes do processo aos efeitos da coisa julgada, sem prejudicar ou beneficiar terceiros (art. 472 do CPC).

Ora, se o bem ambiental é pertencente a todos, não há como prestar proteção apenas para uns indivíduos sem atingir os outros. Assim, como é impossível fazer com que uma comunidade inteira ingresse em juízo junto, inevitavelmente aquele que não participou do processo seria beneficiado com o resultado. Ademais, também não se pode acreditar que um indivíduo sozinho entraria com uma ação, arcando com todas as suas despesas, para defender um direito de todos. Dessa forma, o sistema individualista do processo civil clássico se tornou um obstáculo de acesso à justiça para defender direitos difusos.

Cappelletti e Garth, preocupados com a insuficiência do modelo tradicional do processo civil para a proteção dos interesses difusos, defenderam, como segunda onda renovatória de acesso à justiça, a criação de um sistema de representação jurídica dos interesses de massa.⁵⁹ Válido trazer a lume as palavras que inspiraram o processo civil mundial:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa região – é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de serem ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.⁶⁰

Indubitavelmente, direitos difusos como o meio ambiente não poderiam ser efetivamente tutelados sem que antes fossem resolvidas as questões da legitimidade, da coisa julgada, das despesas processuais e da preventividade.

Em razão da necessidade de se dispor de um instrumento capaz de defender em juízo os direitos difusos, surgiu a Lei 7.347/85, que institui a ação civil pública. A

⁵⁹ CAPPELLETTI e GARTH. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49.

partir da sua entrada em vigor, o ordenamento jurídico brasileiro passou a ter uma tutela jurisdicional dos direitos e interesses massificados. O objetivo da edição da Lei da Ação Civil Pública era reprimir ou impedir os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético e paisagístico.

A ação civil pública foi vista como a solução dos problemas relacionados à efetiva tutela ambiental. Afinal, a lei substituiu a legitimação processual conferindo a defesa dos direitos difusos ao Ministério Público, às pessoas jurídicas de direito público interno e às associações; dispensou o adiantamento das custas e das despesas processuais e, também, isentou das verbas de sucumbência as associações autoras, desde que não comprovada a má-fé. Ademais, trouxe mecanismos para a tutela de urgência, ampliou os efeitos da coisa julgada, bem como possibilitou ao juiz determinar, nas ações de fazer ou não fazer, o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária (art. 11), o que demonstra que essa ação pode ser utilizada preventivamente.

O advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), com vários dispositivos no título III que possibilitam a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, uniu-se às regras da Lei de Ação Civil Pública, formando o sistema processual coletivo brasileiro.⁶¹

A conjunção da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor ampliou o rol de legitimados ativos para as ações ambientais. Assim, possuem legitimidade para defender o ambiente em juízo o Ministério Público, a Defensoria Pública⁶², a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista, as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, destinadas à defesa do meio ambiente e, ainda, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa ambiental.⁶³ Essa legitimação, segundo a melhor doutrina, é autônoma, concorrente e disjuntiva, pois qualquer um dos legitimados

⁶⁰ Ibidem, p.50.

⁶¹ De acordo com o art. 90 do CDC, às ações fundadas neste Título, são aplicadas as regras da Lei de Ação Civil Pública. No mesmo sentido, prevê o art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, que o disposto no Título III do CDC aplica-se a tutela dos direitos que nela estão previstos.

⁶² A Defensoria Pública só passou a ter legitimidade a partir da alteração feita no art. 5º da Lei 7.347/85 pela Lei 11.448/07.

⁶³ Art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

pode ajuizar a ação, sozinho ou em conjunto com outro ente legitimado, sem depender da autorização ou anuência dos demais. Nessa linha, Mazzilli esclarece:

É concorrente e disjuntiva a legitimação para a propositura de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos co-legitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É concorrente, porque todos os co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais; é disjuntiva porque não precisam comparecer em litisconsórcio.⁶⁴

Com o propósito de evitar que as ações coletivas fossem manejadas por entes que, embora legalmente legitimados, não se encontram preparados para expor a pretensão de toda a comunidade em juízo, como medida de precaução, foi exigido para alguns desses legitimados a demonstração da 'representatividade adequada'.⁶⁵

É por isso que, para propositura de ações coletivas por associações, exige-se que comprovem a pré-constituição de no mínimo um ano e, que esteja incluso em suas finalidades institucionais a proteção do interesse que pretende tutelar judicialmente. Esse requisito denominado pertinência temática é exigido, também, às entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta. Existem algumas situações que o magistrado poderá dispensar o prazo da pré-constituição da associação⁶⁶, porém, ao que concerne ao requisito da pertinência temática este não poderá ser dispensado.

O parágrafo único do art. 2º-A da Lei 9.494/94, adicionou mais um requisito para propositura de demanda coletiva, sendo este totalmente inoportuno para tutela de interesses difusos. O parágrafo único dispõe: "Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços." Acerca do referido dispositivo Tessler assevera:

⁶⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004. p. 289.

⁶⁵ VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.37.

⁶⁶ Lei 7.347/85. Art. 5º, § 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.

Em se tratando de direitos difusos, tal exigência é, no mínimo, bizarra. A intenção do aludido dispositivo é a de restringir os efeitos da decisão àqueles cujos nomes e endereços constem da relação que acompanharia a inicial. O bem jurídico ambiental é indivisível, de natureza transindividual, não sendo possível identificar seus titulares. É flagrante a inconstitucionalidade do dispositivo para direitos difusos; aplicar-se absurdo requisito configuraria evidente cerceamento ao direito de ação.⁶⁷

Realmente, o parágrafo único do art. 2º-A desta lei é totalmente descabido, pois além de ferir a legitimidade ativa das associações civis⁶⁸, o indigitado dispositivo mostra-se como uma verdadeira afronta ao princípio do livre acesso à justiça, pois dificulta a defesa dos interesses transindividuais.

De tudo isso, pode-se perceber que, apesar dos significativos avanços trazidos pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor ao instituto da legitimidade nas ações coletivas, este não está sendo utilizado de acordo com o princípio da participação, o que enfraquece o modelo de Estado Democrático de Direito.

O princípio que garante a participação do cidadão na defesa do bem ambiental é de suma importância para o Estado Democrático para a questão do acesso à justiça. Tal princípio é encontrado tanto no art. 225 da Constituição Federal como, também, no Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992. Cabe indagar se no nosso sistema o cidadão realmente possui uma participação efetiva na proteção do meio ambiente.

Ao analisar o sistema brasileiro, Tessler afirmou que este não garante ao cidadão uma participação efetiva à defesa do seu direito. A autora assevera que: “se, por um lado, o cidadão dispõe de iniciativa legislativa e pode manifestar-se nas audiências públicas, de outro, seus instrumentos de controle perante o judiciário são bastante limitados.”⁶⁹

Sabe-se que, em se tratando da inviolabilidade do bem jurídico ambiental para se alcançar uma tutela jurisdicional efetiva precisa-se dispor de mecanismos que hajam de forma preventiva. Dessa forma, a participação do indivíduo na defesa judicial do meio ambiente tornou-se restrita, pois este não dispõe de um instrumento preventivo para defender o seu direito. É por isso que a autora entende que o sistema jurídico brasileiro não permite ao cidadão uma participação efetiva.

⁶⁷ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 190.

⁶⁸ Nessa esteira, importante frisar que o art. 82, IV, do CDC estabelece de forma clara a legitimidade, para propor ação coletiva, das associações “que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear”.

Válido transcrever as palavras de Tessler:

Qual o instrumento processual de que o cidadão dispõe para autonomamente defender e preservar o meio ambiente, direito que, além de ser de todos, também é seu? A Ação Popular, na qual o cidadão teria legitimidade de agir, tem por fim anular ato lesivo ao meio ambiente. A Ação Civil Pública, por sua vez, apresenta mecanismos de prevenção,⁷⁰ mas não confere ao cidadão a legitimidade para propô-la autonomamente.

É mesmo difícil de acreditar que se tenha uma participação popular verdadeiramente efetiva quando o cidadão, ao ter seu direito ameaçado, nada pode fazer, dependendo de uma associação, da ação do Ministério Público ou da Defensoria Pública para defendê-lo.

Se o Estado conferiu a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é preciso, também, que coloque à disposição dos cidadãos instrumentos hábeis para a tutela de seu direito, propiciando um efetivo acesso à Justiça nas ações ambientais.

A legitimidade, para a propositura de ações preventivas, atribuída a entes dotados de representatividade na sociedade é de suma importância; porém, é preciso que se confira, também, ao cidadão um direito de agir subsidiário, decorrente de uma legitimidade supletiva, que pudesse ser invocado sempre que os órgãos encarregados de defender o meio ambiente quedassem inertes, tal como ocorre, simetricamente, com a ação penal privada subsidiária da pública, pois só assim se será completamente executado o princípio da participação.

Na concepção de Marinoni, a participação popular é um dos resultados da superação do liberalismo pela democracia social. Defende o doutrinador que esta participação no Estado Democrático de Direito tem como requisito a ampliação da legitimidade de agir. Afirma o professor que “a relação se dá, portanto, entre legitimidade de agir e democracia participativa. A ampliação da legitimação pode ser vista como corolário do Estado Democrático de Direito, que deve abrir caminhos para a participação do povo na gestão do bem comum”.⁷¹

É inquestionável a importância da prevenção do meio ambiente, pois, como já demonstrado, os danos que lhe forem causados são de difícil quando não impossível reparação. Assim, torna-se imprescindível para o cidadão obter a tutela

⁶⁹ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 131.

⁷⁰ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 192.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. Op. cit., p. 201.

jurisdicional efetiva do meio ambiente que lhe seja garantida legitimidade para propor demanda preventiva.

Ressalta Tessler: “realizando uma interpretação sistemática, infere-se que nosso ordenamento ampara tal pretensão, desde que deduzida em Ação Popular, sustentada pela conjunção dos arts. 5º, XXXV, e 225 da CF, do art. 84 do CDC e do art. 1º da Lei 4.717/65.”⁷²

Outra questão interessante e de importância fundamental nas ações coletivas é o regime da coisa julgada. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu as diretrizes básicas sobre coisa julgada coletiva. Nele, o legislador consagrou, de modo diferenciado, a extensão dos efeitos do julgado em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em se tratando de direito difuso, como o bem ambiental o art. 103, I, do CDC, prevê que a coisa julgada terá efeitos “*erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova”. Quando o legislador se refere que a sentença produzirá, relativamente à coisa julgada, efeitos *erga omnes*, está querendo dizer que a decisão irá atingir a todos. Desta forma, não será mais possível a repositura do mesmo processo coletivo, exceto se a decisão for de improcedência do pedido fundamentada na insuficiência de provas. Nesta hipótese qualquer um dos legitimados pode propor novamente a mesma demanda com novas provas.

O Código de Defesa do Consumidor, no que concerne aos direitos difusos, não trouxe nenhuma inovação no regime da coisa julgada, pois os efeitos *erga omnes* e *secundum eventum litis* – pelo qual a coisa julgada depende do resultado da lide – já estavam previstos na Lei de Ação Civil Pública.

Todavia, para os interesses coletivos, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que a decisão fará coisa julgada *ultra partes*, limitando-se ao grupo, categoria ou classe, salvo se a improcedência se der por falta de provas (art. 103, II), ocasião em que qualquer dos legitimados coletivos poderá ingressar com nova ação desde que apresente novas provas. E em caso de direito individual homogêneo prevê que a coisa julgada terá efeitos *erga omnes* somente quando procedente o pedido, com a finalidade de beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

⁷² TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p.197.

O autor da ação individual, a partir do aludido código, passa a ter a possibilidade de ser beneficiado com a decisão favorável da demanda coletiva, para que isso ocorra é preciso que tenha requerido a suspensão da sua ação, no prazo de 30 dias, contados da ciência da ação coletiva. Além disso, o referido diploma, também, permite que a ação coletiva e a individual, desde que fulcradas no mesmo suporte fático e no mesmo fundamento, sejam propostas concomitantemente, sem que isso se caracteriza litispendência (art. 104).

Muitos doutrinadores⁷³ sustentam que o instituto da coisa julgada nas ações coletivas passou a ter problemas após o advento da Lei 9.494/97, que alterou o art. 16 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), limitando os efeitos *erga omnes* da sentença à esfera da competência territorial do órgão julgador, assim dispondo: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Como bem salientam, Nelson Nery e Rosa Nery:

De conseqüência, não há limitação territorial para a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em ação coletiva, quer esteja fundada na LACP, quer no CDC. De outra parte, o *Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência*, como se, v.g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! O que importa é quem foi atingido pela coisa julgada material. [...] Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STF.⁷⁴ Assim, as partes entre as quais foi dada a sentença estrangeira são atingidas por seus efeitos onde quer que estejam no planeta Terra. *Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito.* (grifo nosso)⁷⁵

É perceptível a confusão feita entre os limites de extensão da eficácia da sentença e a competência territorial do magistrado. A decisão do juiz que está

⁷³ Dentre outros, adotam tal pensamento ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 415-416; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores** (Lei 7.347/85 e legislação complementar), p. 269; MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 249; TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 200; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 118-119.

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1349.

⁷⁵ Com a implementação da Emenda Constitucional n. 45/2004, passou a ser de competência do Superior Tribunal de Justiça realização de homologação de sentenças estrangeiras (art. 105, inciso I, alínea "i" da Constituição Federal de 1988).

investido do poder jurisdicional não pode, ao cruzar as fronteiras do Estado, perder o seu atributo de coisa julgada, até porque tal decisão é dotada de imperatividade e inafastabilidade.

Válido, também, transcrever as pertinentes críticas de Arenhart a respeito do dispositivo:

(...) a previsão é, em essência, absurda, seja por ser ilógica, seja por ser incompatível com a regência da coisa julgada. Como já se viu inúmeras vezes, a coisa julgada representa a qualidade de indiscutibilidade de que se reveste o efeito declaratório da sentença de mérito. Não se trata de um *efeito* da sentença, mas de uma qualidade que se agrega a certo efeito. Ora, pensar que uma qualidade de um efeito só existe em determinada porção do território, seria o mesmo que dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do país; ou a fruta é vermelha, ou não é, da mesma forma que só se pode pensar em uma sentença imutável perante a jurisdição nacional, e *nunca em face de parcela desta jurisdição*.⁷⁶

Não tem como consentir que os efeitos da decisão sejam limitados a um determinado território, isso atentaria contra o princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum, pelo qual se procura resolver um grande conflito social ou diversos conflitos individuais, que possuam características idênticas, em uma mesma demanda. Ademais, também se estaria ferindo o princípio da máxima efetividade do processo coletivo. “De que adianta ao cidadão obter decisão jurisdicional favorável ao meio ambiente se tal decisão não tiver o condão de produzir os efeitos necessários para protegê-lo? Como evitar a poluição do ar ou de um rio se a decisão do juiz só produzirá efeitos no limite de sua competência?”⁷⁷

Apesar de não ter sido declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do aludido dispositivo, o juiz poderá deixar de aplicá-lo no caso concreto, pronunciando essa inconstitucionalidade por meio do controle difuso. Como a Lei 9.494/97 alterou somente a Lei de Ação Civil Pública, sem modificar o Código de Defesa do Consumidor, o juiz poderá, para tanto, fundamentar-se no art. 103 do código consumerista.⁷⁸

⁷⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 415.

⁷⁷ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 202.

⁷⁸ Como bem coloca Arenhart: “mesmo em relação às ações civis públicas que não versem sobre relação de consumo, a regra de regência da coisa julgada permanece sendo aquela inculpada no art. 103 do CDC. Isso porque, tirante a previsão teratológica do art. 16 (imposta pela Lei 9.494/97), no mais, a disciplina desse artigo é completamente compatível com a daquele.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 415).

4 TUTELA INIBITÓRIA AMBIENTAL: PREVENÇÃO DO ILÍCITO

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TUTELA INIBITÓRIA

Como vimos anteriormente, de nada adianta o direito material reconhecer o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental à sadia qualidade de vida se o modelo processual não dispõe de instrumentos capazes de garantir esse direito. Nesse sentido, salienta Luiz Guilherme Marinoni: “a tutela jurisdicional apenas será adequada se puder realizar efetivamente o direito material.”

79

Para que as normas de direito fundamental sejam cumpridas, é imprescindível uma mudança nas antiquadas e arcaicas estruturas do processo tradicional, de modo que este se torne um instrumento célere e eficiente na sua atuação. Os conceitos da tutela jurisdicional, também, devem ser revistos e adaptados às novas características da sociedade moderna.

Dessa forma, surge o entendimento de que o processo não pode mais ficar restrito à obtenção do ressarcimento do dano, devendo, também, e principalmente, objetivar a sua prevenção, pois somente assim será possível prestar uma efetiva tutela jurisdicional.

Durante muito tempo, sob a influência do dogma emanado do Direito Romano, acreditava-se que o papel da jurisdição consistia em buscar a reparação dos danos causados ao direito da parte. Essa atuação voltada para o ressarcimento acabou por influenciar na conceituação de ato ilícito, passando o dano a ser considerado como seu elemento constitutivo. Ensina Marinoni:

A confusão entre ilícito e dano é o reflexo de um árduo processo de evolução histórico que culminou por fazer pensar – através da suposição de que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, isto é, a *res* dotada de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão.⁸⁰

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 431.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 37.

Não se conseguia pensar em ilícito civil sem ver como conseqüência deste, um fato danoso, afinal, os dois estavam intimamente ligados, pertenciam ao mesmo instituto, pois dano e ilícito eram tratados como sinônimos.⁸¹

Bonasi Benucci afirmou, em ensaio publicado na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* de 1957, que a estrutura do ilícito não teve, por parte da doutrina, uma elaboração adequada à importância do tema. A razão disto estaria no fato de que a atenção dos estudiosos ficou concentrada sobre a responsabilidade pelos danos conseqüentes ao ilícito, e não sobre o ato ilícito considerado em si.⁸²

Vejamos, por exemplo, o ensinamento de Orlando Gomes: “Não interessa ao direito a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. (...) O ilícito civil só adquire substancialidade se é fato danoso.”⁸³

Comunga, também, dessa afirmação Sílvio de Salvo Venosa quando afirma:

No campo civil, importa conhecer os atos contrários ao Direito, à medida que ocasionam dano a outrem. Só neste sentido o ato ilícito interessa ao direito privado. (...) *Só há interesse em conhecer um ato ilícito, para tal conceituado como ilícito civil, quando há dano ocasionado a alguém e este é indenizável.*⁸⁴ (grifo nosso)

Percebe-se nitidamente que estes doutrinadores não conseguem visualizar o ilícito sem que dele decorra um resultado danoso. A confusão feita entre essas duas categorias se deve ao fato de que os direitos possuíam, somente, caráter patrimonial, assim, eventual lesão ao direito da parte poderia ser ressarcida.

Nos dias atuais, não se pode mais concordar com esse pensamento extremamente patrimonialista, que norteava o Direito Civil, no qual todo bem poderia ser reduzido à pecúnia. Quando se estava diante de direitos que correspondiam, apenas, ao patrimônio de um indivíduo era desnecessário separar o ilícito do dano, mas com a evolução da sociedade fazendo surgir novos anseios, passa-se a exigir que essas duas categorias não sejam mais consideradas como parte integrante de

⁸¹ Nesse sentido, Arenhart afirma “o novo Código Civil insiste no equívoco de equiparar tais noções, mantendo, inexplicavelmente, vestuta orientação já ultrapassada (...) o novo art. 186, que trata do ‘ato ilícito’, define-o dizendo que ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e *causar dano a outrem*, comete ato ilícito’. Verifica-se aí ter o código eleito, como um dos elementos do ato ilícito, o dano, o que, evidentemente, não corresponde à realidade”. (ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 101).

⁸² BENUCCI, Eduardo Bonasi. **Atto illecito e concorrenza sleale** apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 38.

⁸³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 313-314.

⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Parte geral. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 368.

um mesmo instituto. Dessa forma, foi preciso repensar o vínculo existente entre dano e ilícito.

Sabemos que nem toda conduta ilícita resultará em um dano. Este, por seu turno, representa apenas uma mera conseqüência da violação da norma, que pode vir a ocorrer ou não. Nessa esteira, Tessler ensina: “ilícito e dano não se confundem: nem sempre do ilícito decorre o dever de reparar, visto que nem todo ato contrário ao direito produz dano.”⁸⁵ Ademais, o dano é um resultado prejudicial que se revela no mundo concreto, podendo decorrer tanto de uma conduta ilícita quanto de uma conduta lícita. Para um fato ser considerado como ilícito faz-se necessário tão-somente que uma regra jurídica o qualifique como tal, sendo insignificante para caracterizá-lo os resultados que a conduta possa produzir no mundo sensível.

É impossível, na sociedade atual, continuar aceitando o modelo da teoria tradicional dos ilícitos civis, em que a culpa, o dano e o dever de indenizar são elementos que compõem a ilicitude. Tanto o dano como também a culpa não são pressupostos para que o ato ilícito se configure. Pontes de Miranda já demonstrava, ao classificar as categorias de ilícitos civis em culposos e não culposos, que o ilícito poderia ocorrer mesmo quando não houvesse culpa.⁸⁶

Talvez, a doutrina civilista não tenha demonstrado interesse no distanciamento entre ilícito e dano porque, em muitos casos, os dois acontecem no mesmo momento, sendo o dano à prova da ocorrência do ilícito. Contudo, como assevera Arenhart: “no presente estágio da evolução doutrinária, mostra-se leviana a identificação entre dano e ilícito, embora, normalmente o ilícito se exteriorize pelo dano gerado.”⁸⁷

Na medida em que é feita a distinção entre esses dois institutos, começa-se a pensar em outras formas de tutela que possam ser dirigidas para impedir não só a prática do dano, mas, também, o cometimento do ato ilícito.

A superação da perspectiva, inspirada pelos ideais do Estado Liberal, adveio do reconhecimento dos novos direitos, como por exemplo o meio ambiente. Essas situações de direito substancial fizeram surgir normas que impunham deveres que, por sua vez, precisavam ser cumpridos para que esses novos direitos fossem consagrados. Como bem salienta Marinoni, “isto é obtido não só através de normas

⁸⁵ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 205.

⁸⁶ A respeito do tema ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Op. cit., p. 154.

que consagram um não fazer, mas também por meio de normas que determinam uma ação positiva. Tais normas partem da premissa de que determinados atos devem ser vedados ou necessariamente praticados, pouco importando os efeitos concretos da sua violação, se danosos ou não”.⁸⁸ Devendo o ordenamento jurídico agir sempre que houver uma violação da norma⁸⁹, mesmo que dessa violação possa não ocorrer um dano.

O legislador constituinte, ao garantir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, criou uma norma geral de proteção a esse bem. Já vimos que o direito ao meio ambiente é inviolável, pois os danos que lhe forem causados são de difícil e, muitas vezes, até de impossível reparação. Nessa esteira, Tessler assevera: “direitos desta estirpe, de natureza absoluta, necessitam de tutela preventiva. Em se tratando de direito ambiental, não se pode permitir a violação da norma, já que, dificilmente, conseguir-se-á restabelecer a situação anterior.”⁹⁰

O mero reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental e de soluções substanciais não seriam, por si só, capazes de alcançar tal prevenção se não estiverem acompanhadas de mecanismos judiciais que possibilitem a aplicação de maneira concreta das normas de proteção.

Portanto, da necessidade de o cidadão dispor de um instrumento com o condão de agir antes da violação do direito, com o fim de prestar-lhe uma proteção adequada nos casos em que a norma sozinha se tornasse insuficiente para lhe alcançar essa garantia, abriu-se caminho para a denominada tutela inibitória.

A importância dessa tutela reside não só na garantia da integridade de direitos que não podem ser ressarcidos ou daqueles que não serão bem amparados com a tutela ressarcitória, mas, também, e principalmente porque a prevenção é sempre melhor que o ressarcimento, até mesmo porque este causaria uma troca injusta do direito originário por um direito de crédito. Portanto, quando houver confronto entre tutela preventiva e tutela ressarcitória, é de importância fundamental que se dê preferência à primeira, pois o ressarcimento jamais conseguirá fazer com que o bem lesado volte ao status anterior.⁹¹

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 63.

⁸⁹ Vale lembrar que no conceito de norma estão inseridos os princípios e as regras, assim, quando se fala em prática de um ilícito pode ser que tenha sido violada uma regra ou um princípio, não importando se o agente tinha ou não vontade de causar dano.

⁹⁰ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 230.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 38.

A tutela inibitória, introduzida na doutrina brasileira por Luiz Guilherme Marinoni, trata-se de uma modalidade de tutela jurisdicional específica, requerida via ação de conhecimento. Isto equivale a dizer que ela não está vinculada a nenhuma outra ação que possa ser considerada como principal. A ação inibitória tem por escopo a preservação de um determinado direito, alvo de provável lesão.

Diferencia-se da tutela ressarcitória, pois se preocupa com a preservação do próprio direito material, impedindo que este venha a ser lesionado, enquanto a ressarcitória objetiva, apenas, garantir a integridade patrimonial dos direitos, nada fazendo para protegê-los.

Assim, pode-se afirmar que a inibitória dirige-se para o futuro, sendo sua essência, eminentemente, preventiva. Caracteriza-se por prevenir a prática, a continuação ou a repetição de um ato contrário ao direito, independente da ocorrência de dano, pois este, como visto anteriormente, é apenas condição *sine quo non* para que ocorra a obrigação de ressarcir e não para constituição do ilícito.

Cabe ressaltar que a tutela inibitória terá natureza preventiva até mesmo quando for utilizada para acabar com a prática do ilícito ou para impedir a sua repetição, já que o seu objetivo não é reparar ou reintegrar o direito violado, mas, sim, preservar a sua integralidade, o que não impede, se o dano já houver ocorrido, que se postule a reparação através de uma ação ressarcitória.

Para uma melhor elucidação da utilização desses dois institutos, colhe-se, a título de ilustração, julgado proferido pelo Tribunal do Estado do Rio de Janeiro sobre uma demanda em que familiares de um falecido pediam indenização por danos morais e abstenção da veiculação de um filme cinematográfico que ofenderia o direito à imagem e à honra. O órgão colegiado determinou que os réus parassem, definitivamente, de exibir o filme condenando-os ao pagamento de ressarcimento por danos morais, sendo, também, cominada multa para inibir novas práticas no que tange a exibição do filme. No entanto, o que há de maior valia na decisão é a dissociação feita entre o ressarcimento, e por conseguinte, do dano e a utilização da multa como forma preventiva de repetição do ato ilícito. Acentuou o Tribunal, na ementa do acórdão, que a indenização por danos morais não deveria ter por parâmetro o valor da multa que tem função inibidora, e não de ressarcimento.⁹²

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 49.

Restou clara, neste julgado, a autonomia da tutela inibitória gerando o rompimento da visão dogmática advinda do direito romano de que a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória, é a única e verdadeira tutela contra o ato ilícito.

4.2 PRESSUPOSTOS DA TUTELA INIBITÓRIA

A tutela inibitória tem como alvo a possibilidade da prática de um ato ilícito, de sua continuação ou repetição. Como está voltada para o futuro, nem o dano e nem a culpa estão entre seus pressupostos.

É simples entender os elementos da ação inibitória quando se pensa nela como tutela da norma. Se o juiz tem o dever de proteger a integridade do ordenamento, cabe a ele impedir que se consuma a lesão ao direito, pouco importando se quem está prestes a praticar a conduta ilícita está agindo com ou sem culpa. Ademais, o fato da violação da norma não ter imediatamente provocado um dano, não significa que a prática do ilícito será permitida. Pelo contrário, o juiz deve zelar pela observância da norma. O objetivo da tutela inibitória não é evitar que o dano se torne concreto, embora, em muitos casos isso venha acontecer, mas sim impedir que a própria regra seja violada. Ensina Tessler que: “a tutela da norma pode até evitar a concretização dos 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.”⁹³

Isso significa que todo cidadão que se achar em situação de iminência de ver o seu direito transgredido poderá postular ao magistrado que determine o cumprimento da obrigação imposta pela norma, objetivando, com isso, impedir que seu direito venha a ser violado.

Ademais, para requerer a tutela inibitória não é preciso, sequer, que haja a probabilidade de ocorrer um dano; basta, apenas, que exista a possibilidade de ser praticado um ato contrário ao direito. Como bem elucida Marinoni: “imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o dano implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil.”⁹⁴

Como a inibitória não é uma tutela contra o dano. O elemento subjetivo, culpa ou dolo, também não é exigido para sua configuração, pois somente tem lugar a

⁹³ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 233.

perquirição da culpa nos casos em que se pretenda atribuir a responsabilidade do evento danoso a alguém. A violação de uma regra jurídica, para configurar-se, prescinde da intenção do agente no momento em que praticou a conduta.

No entanto, Arenhart observa que a regra de dispensabilidade do exame da culpa nas ações inibitórias possui uma exceção. Naqueles casos em que o elemento subjetivo intencional estiver integrado na descrição da tipificação da conduta faz-se necessário que esteja presente para que seja possível postular a tutela inibitória. Esclarece o referido autor: “pode ocorrer que a regra jurídica somente considere ilícita uma conduta se ela vier acompanhada do elemento volitivo (culpa). Se isso 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-lo, assim.”⁹⁵ Somente será preciso, portanto, analisar a culpa nos casos em que a regra jurídica mencionar a indispensabilidade desse elemento para caracterizar o ilícito civil.

Pode-se dizer que, para a configuração do ilícito, não é preciso que se faça um exame da culpabilidade, uma vez que a presença da culpa interessa, apenas, para o ressarcimento do dano. A importância de se indagar a respeito da culpa encontra-se na necessidade de se saber a quem atribuir a responsabilidade do dano e conseqüentemente a indenização pelo prejuízo que foi causado. Até porque, nas hipóteses em que a lei já estipulou, anteriormente, de quem é a obrigação da reparação do dano, fica dispensada a investigação da culpa.

Além disso, analisar a culpa na tutela inibitória é praticamente impossível, pois como o objetivo desta ação é o futuro, ou seja, impedir que a norma venha a ser violada, torna-se difícil saber qual a intenção que se tem em um comportamento que ainda sequer ocorreu. Nesse sentido, Tessler assevera: “Não há como se avaliar – muito menos demonstrar – a intenção que o sujeito terá no momento da prática de um ato futuro. Na tutela inibitória, em que se busca evitar prática que ainda não ocorreu, não há como provar que, em momento futuro, o réu terá a intenção de praticá-lo.”⁹⁶

Portanto, para a utilização da tutela inibitória não é necessário que se comprove a existência de dano, e tampouco, que se demonstre a culpa do agente;

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direito**. Op. cit., p. 255.

⁹⁵ ARENHART. Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 112.

⁹⁶ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 235.

importa, apenas que haja probabilidade da norma vir a ser lesionada. Por não serem discutidas essas questões, o procedimento da inibitória tende a ser mais célere, o que conseqüentemente torna mais rápida e efetiva a resposta aos direitos ameaçados.

4.3 A PREVENTIVIDADE OBJETIVA AMBIENTAL E A AÇÃO INIBITÓRIA

A Constituição Federal, ao estabelecer em seu art. 225 que todos têm direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, criou um preceito geral de garantia que deve ser respeitado, para que seja assegurada a inviolabilidade do direito fundamental ao ambiente. Quando esta norma de proteção sofre violação temos, independentemente da comprovação da culpa ou da voluntariedade, um ilícito ambiental. Em sendo, a tutela inibitória a única tutela capaz de evitar a prática do ilícito ambiental, deve-se lançar mão desta para que se consiga impedir a lesão ao direito.

A todos pertence à obrigação de impedir que ilícitos ambientais sejam praticados, bem como, serão submetidos à tutela inibitória ambiental todos aqueles que, de alguma forma, ameaçarem a higidez do meio ambiente, mesmo que não tenham agido com essa intenção. Em vista disso, pode-se dizer que a imposição de preventividade ambiental é tanto genérica quanto objetiva.

Conforme anteriormente demonstrado, é desnecessária, para o manejo da tutela inibitória ambiental, a averiguação do *animus* do agente na realização de conduta oposta à norma (voluntariedade), tampouco cabe questionar se o propósito do réu era causar lesão ao meio ambiente (culpabilidade).

Para melhor entender a preventividade objetiva do meio ambiente, importante ressaltar que o ilícito ambiental compreende atos e fatos jurídicos. O ato se concretiza no momento em que o sujeito exterioriza sua vontade de realizar uma determinada conduta ou quando este deixa de realizá-la em virtude de um dever imposto por lei. Já o fato é um acontecimento da natureza que independe da vontade do indivíduo. O que diferencia estes dois elementos é que, para a configuração do ato jurídico, o sujeito deverá ter expressado a sua vontade.

Na maioria dos casos, para que o ilícito seja caracterizado, exige-se a presença da manifestação da vontade em praticar a conduta. Todavia, no que

concerne ao ilícito ambiental este se configura tanto através de atos como também de eventos alheios à vontade do sujeito. Sobre a importância de se considerar a ocorrência de um fato jurídico, também, como ilícito, vale transcrever a exemplificação de Tessler:

Imagine-se o rompimento da válvula de um oleoduto. Esse rompimento pode ser compreendido como fato e não como ato. Não obstante, consiste em fato que pode causar portentosos danos ambientais. Poder-se-ia afirmar que o agente não possuía o dever de evitar o ilícito porque o rompimento da válvula foi um fato (sem voluntariedade) e não um ato? Obviamente que, em matéria ambiental, tal raciocínio não teria cabimento. Isto porque, quando o agente opta por desenvolver atividade que ofereça risco ao ambiente, assume o risco da atividade.⁹⁷

Com isso, é possível afirmar que o sujeito no instante em que expõe o ambiente ao risco avoca para si o dever de preventividade objetiva – responsabilidade pelo risco criado – que inclui, também, os fatos que independem de sua manifestação de vontade. O indivíduo quando opta por realizar uma atividade considerada perigosa ao meio ambiente, está se comprometendo em tomar todas as cautelas que forem necessárias para evitar que o equilíbrio ecológico seja ameaçado, mesmo que por fatos estranhos a sua vontade, sob pena de violar o dever de preventividade, e conseqüentemente configurar o ilícito.

Claro que seria impossível obrigar o agente a antever todos os fatos que podem vir a ocorrer. No entanto, este terá o encargo de empregar todos os métodos para evitar que o risco da atividade se transforme em ilícito. A ação executada pelo indivíduo só será lícita se os riscos produzidos forem toleráveis.

Dessa forma, é extremamente importante ter em mente a natureza objetiva da preventividade para a solução dos casos em que os riscos intoleráveis ao meio ambiente foram acarretados por fatos que sobrevieram.⁹⁸

É, também, de profunda relevância naquelas circunstâncias em que se têm sujeitos indeterminados ameaçando a incolumidade ambiental, por fazer com que o ônus da prova seja invertido. Existem certas situações, em que é muito difícil apontar qual o agente que deixou de observar o dever de preventividade. Vejamos, o caso de uma determinada região que vem sofrendo elevado aumento na poluição do ar,

⁹⁷ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 214.

⁹⁸ Quando se está frente a um dever de preventividade objetiva, a ocorrência de uma tempestade, a abertura de uma válvula e tantos outros acontecimentos que independem da vontade humana, serão considerados ilícitos a não ser que o agente consiga demonstrar que tomou as cautelas cabíveis para evitar que o risco tolerável de sua atividade se tornasse intolerável com o advento de um fato.

onde estão instaladas várias fábricas, seria praticamente impossível identificar, logo de início, qual delas é que está descumprindo a obrigação de preventividade, assumida. Se este dever não existisse quem iria figurar no pólo passivo da demanda inibitória, nas hipóteses em que não se consegue visualizar qual o sujeito que não está cumprindo com ele? Através do dever de preventividade objetiva todas as indústrias, por terem manifestado a sua vontade em praticar atividade que gera riscos ao meio ambiente assumindo a obrigação de preventividade, farão parte do pólo passivo da ação inibitória, ficando ao encargo destas a prova da licitude de sua atividade.

Infere-se que, nos ilícitos que ocorrem em virtude do surgimento de fatos jurídicos e para aqueles que não se consegue de plano determinar qual o sujeito que praticou a violação da regra o dever de preventividade objetiva tem enorme valor, pois facilita a utilização da tutela inibitória.

4.4 FUNDAMENTOS DA TUTELA INIBITÓRIA

Em se tratando de meio ambiente, os fundamentos da tutela inibitória, previstos em lei, são de índole material e processual. A Constituição Federal, ao prever em seu art. 225, *caput*, que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, deixando ao encargo do poder público e da coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, gerou um direito a higidez do bem ambiental. Da análise deste artigo percebe-se que o constituinte além de conferir aos cidadãos o direito de usufruir de um meio ambiente saudável e equilibrado, assegurou, também, o direito fundamental à proteção deste bem. Logo, é possível declarar que a tutela inibitória ambiental tem como fundamento material o direito fundamental, contido no art. 225 da Lei Maior, à inviolabilidade do meio ambiente.

Quando a norma de caráter material, por si só, não conseguir garantir a higidez do ambiente, direito fundamental que ela mesma confere, é preciso que se recorra às normas processuais para fazer valer a garantia de inviolabilidade do bem ambiental.

Para as normas de direito material serem efetivamente observadas dependem do processo, e se o constituinte reconheceu certos bens como fundamentais e

assegurou sua inviolabilidade, exige-se, portanto, uma tutela jurisdicional capaz de agir de maneira preventiva com o fim de impedir que estes direitos sejam violados.

Ademais, o próprio art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, já fundamenta as tutelas preventivas ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Segundo Marinoni este é o fundamento maior da tutela inibitória, ou seja, é o que garante a utilização de uma tutela preventiva geral,⁹⁹ pois autoriza o cidadão a requerer em juízo à proteção do seu direito antes mesmo que ele sofra violação.

O fundamento normativo-processual da tutela inibitória, por sua vez, encontra-se nos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰⁰ Estes dispositivos, apesar de terem redação idêntica, sendo que ambos tratam da tutela de obrigações de fazer e de não-fazer, gozam de diferentes funções. A norma contida no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor aplica-se à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Pela razão do meio ambiente possuir caráter difuso, em regra, a tutela inibitória deverá ser postulada através de uma ação coletiva que, naturalmente, será fundamentada no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Como se pode perceber o Código de Defesa do Consumidor não se aplica apenas para direitos dos consumidores, sua função vai mais além, serve para tutelar todos os interesses que forem difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isso deve-se ao fato da conjunção do Título III do Código de Defesa do Consumidor com a Lei de Ação Civil Pública, formando um sistema organizado para tutelar este tipo de interesses.

Os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor por prestarem tutela a relações obrigacionais de fazer e não-fazer, possibilitam o cumprimento específico da obrigação trazida pela lei, o que os transforma no fundamento processual da tutela inibitória. Assim, com base em tais dispositivos sempre que alguém deixar de cumprir uma obrigação de fazer ou de não-fazer, poderá ser postulado em juízo a tutela inibitória – positiva ou negativa dependendo da ordem que se pretende obter, se é um fazer ou uma abstenção – para que a obrigação seja observada.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 39.

¹⁰⁰ Prevêem, estes artigos, que: “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.”

A tutela inibitória por ter natureza preventiva é imprescindível para a proteção do meio ambiente. Através de uma ação inibitória pode-se postular ao juiz que este ordene, sob pena de medida coercitiva, que não se construa uma determinada obra em local proibido, impedindo, assim, a prática do ilícito. Essa ação, também, pode ser utilizada para impor um fazer, por exemplo, se uma fábrica para não causar poluição ao meio ambiente precisa instalar certo equipamento, é cabível a tutela inibitória, para obrigá-la a fazer a instalação, sob pena de ser aplicada medida coercitiva, o que irá evitar a violação da norma de direito material que assegura a todos um meio ambiente saudável e equilibrado.

4.5 AS MODALIDADES DE TUTELA INIBITÓRIA

A demanda inibitória pode ser utilizada para obstar a prática de um ato ilícito, sua continuação ou repetição. Sobre o tema, ensina Marinoni: “A tutela inibitória, configurando-se como uma tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado.”¹⁰¹ Por ser uma ação específica de cunho eminentemente preventivo, a inibitória, é capaz de conservar na íntegra um direito que está na iminência de ser lesionado.

A tutela inibitória pode evitar que um ilícito seja praticado, até mesmo quando nenhum outro, anteriormente, tenha acontecido. Este tipo de atuação da inibitória foi o que mais encontrou dificuldade para ser aceito.¹⁰² Explica Marinoni que tal resistência a essa modalidade de ação inibitória advém do fato de ela “atuar antes de qualquer ilícito ter sido praticado pelo réu, o que torna mais árdua a tarefa do juiz, uma vez que é muito difícil constatar a probabilidade do ilícito sem poder considerar qualquer ato anterior”.¹⁰³

É claro que nas outras duas formas de atuação da inibitória será muito mais fácil demonstrar a probabilidade da prática do ilícito, pois, apesar das tutelas que visam a inibir sua repetição e continuação estarem voltadas para o futuro, estas

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 36.

¹⁰² Marinoni assevera que atualmente vários países, por estarem preocupados com a efetividade da tutela dos direitos, já utilizam essa modalidade de inibitória. O autor cita como exemplo o direito alemão e o direito anglo-americano. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. Op. cit., p 85).

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. Op. cit., p 256-257.

poderão buscar o passado para demonstrar que determinada conduta já produziu um ilícito antes.

A dificuldade que se tem em provar que uma determinada atividade poderá provocar um ilícito, sem que já tenha ocorrido algum outro que possa ser tomado por base, não deve ser considerada como um obstáculo à ação inibitória. Essa modalidade de tutela que visa a inibir a prática do ilícito, e não só a sua continuação ou repetição, é de suma importância, principalmente, quando se está diante da violação de uma norma de direito não-patrimonial. Dificultar a sua utilização implicaria na expropriação desses direitos. Ademais, como bem ensina Marinoni: “a modalidade mais pura de inibitória, é justamente aquela que se dá com a interferência judicial antes da prática de qualquer ilícito.”¹⁰⁴

No entanto, se o ilícito já tiver sido praticado é preciso verificar se o seu efeito, ainda, subsiste no tempo, ou não. Se os efeitos da ação ilícita perduram, caberá tutela de remoção. Se, no entanto, esses efeitos já estiverem cessados, mas o dano ocorreu, será caso de tutela ressarcitória. Porém, existem, também, situações em que a eficácia do ilícito persiste na medida em que a ação ilícita continua. Ou seja, na primeira hipótese temos uma única ação cujo efeito ilícito se estende no tempo, ao passo que na segunda, a duração do ilícito irá depender da continuidade da ação. Como nessa última hipótese a ação ilícita permanece não cabe tutela de remoção, mas sim tutela inibitória para impedir a sua continuação.

Para melhor entender a diferença entre essas duas tutelas, pensamos, por exemplo, na exposição do meio ambiente com despejo de lixo tóxico em local inapropriado. Praticou-se apenas uma ação ilícita, porém de eficácia continuada. Neste tipo de caso, não caberia a inibitória, pois o agir ilícito já ocorreu, não há como impedir que continue, pois o que persiste no tempo são só os efeitos da ação ilícita, portanto, a tutela adequada será a de remoção do ilícito para que os efeitos do ato já praticado cessem.

Porém, se uma fábrica está funcionando sem instalar determinado equipamento que impede a poluição do meio ambiente, caberá ação inibitória para interromper o prosseguimento desta atividade ilícita. Apesar da norma já ter sido violada, nesta situação, há interesse em buscar a tutela inibitória para evitar a continuidade da ação ilícita.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. Op. cit., p 85.

Portanto, não obstante, o caráter eminentemente preventivo da tutela inibitória sua utilização faz-se, também, necessária quando se está diante de ações reiteradas que causam continuadas violações à norma. Mesmo porque, nestas situações a inibitória não estará perdendo a natureza preventiva, pois impede que aquela ação ilícita prossiga.¹⁰⁵

4.6 TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E AS TÉCNICAS PROCESSUAIS ADEQUADAS

Não se pode negar o valor do direito de acesso à justiça, todavia, a possibilidade do titular de um direito ameaçado ingressar em juízo pedindo a sua proteção é tão importante quanto o juiz possuir mecanismos adequados para prestar-lhe a efetiva tutela do direito. Ou seja, para que se conceda efetivamente a tutela jurisdicional ao direito postulado é preciso que o juiz disponha de técnicas processuais aptas a garanti-la. Marinoni assevera:

Não basta, como é evidente, que o ordenamento jurídico afirme um direito, mas é necessário que ele lhe confira tutela, ou seja, que ele lhe dê proteção. Entretanto, em um ordenamento jurídico marcado pela proibição da autotutela, a jurisdição deve estar aberta à tutela dos direitos. A consagração de direitos faz surgir, por consequência lógica, o direito à tutela jurisdicional. (...) Quem tem direito material, tem direito de pedir tutela jurisdicional.¹⁰⁶

O direito à tutela jurisdicional nasce com o próprio direito material, não se tratando somente de um direito de acesso ao Judiciário, mas também, e principalmente, do direito as técnicas processuais que efetivamente possibilitem a sua proteção. Nessa esteira, bem lembra, Tessler: “a técnica processual não se limita ao procedimento adequado, mas compreende também a técnica antecipatória, as sentenças e os meios executivos adequados.”¹⁰⁷

Quando o direito material reconhece proteção a diferentes situações fáticas torna-se imprescindível, também, novas técnicas processuais que se amoldem às necessidades de cada uma dessas situações. Isso equivale dizer que o direito de se

¹⁰⁵ Nesse sentido, cita Marinoni, o ensinamento de Cristina Rapisarda: “a ligação da tutela inibitória a um ilícito em parte já praticado, não influi, de modo algum, sobre a sua natureza preventiva, uma vez que a tutela possui eficácia somente em face do possível ilícito futuro”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 153).

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 82.

¹⁰⁷ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 262.

obter através do processo a tutela inibitória abrange o direito a mecanismos processuais que sejam realmente capazes de proporcionar a proteção do direito material consagrado.

Se inexistirem técnicas processuais pré-ordenadas para tanto, ficará ao encargo do juiz procurar a melhor maneira de prestar a tutela ao direito, pois, caso contrário, estará deixando de observar a norma constitucional que consagra o direito de acesso à justiça. Assim, sempre que houver lacunas deixadas pelo legislador, o magistrado terá o dever de supri-las, buscando a técnica que mais se adapta ao caso concreto para garantir a efetiva tutela jurisdicional do direito.

Sabe-se que o legislador não consegue, *a priori*, prever técnicas processuais próprias às situações conflitivas, mesmo porque a sociedade e o direito material sofrem transformações constantes que, conseqüentemente, se traduzem em novas necessidades carentes de tutela. Ciente de suas limitações, o legislador passou a editar normas processuais mais flexíveis, o que pode ser observado nos arts 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil, nos quais conferiu discricionariedade ao magistrado permitindo-lhe adequar o processo às peculiaridades de cada caso concreto.

A rigidez das formas foi deixada de lado, mas em compensação criou-se para o juiz o dever de buscar a técnica que se revele mais efetiva para atender às necessidades do direito a ser tutelado.

A tutela jurisdicional inibitória, por exemplo, em sendo a resposta processual ao direito à tutela inibitória, tem a obrigação de estabelecer uma tutela jurisdicional que realmente consiga impedir a prática, a continuação ou a repetição do ato ilícito. Por isso, é que se pode conceder a tutela jurisdicional inibitória de forma antecipada, através de sentenças e de meios de execução apropriados.

Lapidar é o ensinamento de Marinoni ao asseverar que o cidadão pelo simples fato de ter um direito, como o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, já lhe é assegurado o direito à tutela inibitória. “Sendo inegável que o direito constitucional de acesso à justiça tem como corolário o direito à técnica processual adequada à prestação da tutela do direito, o direito à tutela inibitória depende da efetividade do direito de acesso à justiça.” Ademais, afirma o autor: “o ordenamento jurídico que, por exemplo, desconhece a técnica antecipatória e a

sentença mandamental, e que assim não está adequado à prestação da tutela inibitória, está em desacordo com a Constituição Federal.”¹⁰⁸

No que tange ao direito fundamental ao meio ambiente, como já se pode perceber, é de suma importância ter a disposição técnicas processuais idôneas que possam garantir-lhe a tutela adequada. Por conseguinte, sendo a técnica mandamental e a técnica executiva, as únicas capazes de produzir efeitos no plano material, são estas indispensáveis para prestar a tutela jurisdicional efetiva ao meio ambiente.

É importante destacar, também, que a tutela inibitória não fica subordinada à essência da técnica que a concede. Isso porque a tutela é qualificada de acordo com a situação do direito material sendo a técnica apenas a via pela qual ela será prestada. Assim, mesmo que a técnica venha a ser modificada ou substituída por outra que seja mais indicada ao caso, à natureza da tutela manter-se-á intacta.

4.6.1 Técnica para atuação da inibitória

A tutela inibitória poderá ser prestada por meio de técnica mandamental ou até mesmo através da técnica executiva.

Se o que se pretende é uma tutela inibitória negativa – imposição de um não fazer – ou o cumprimento de uma obrigação de fazer infungível a técnica adequada será a mandamental, pois, nestes casos, tão-somente o titular da obrigação é que poderá praticar ou deixar de praticar determinada conduta. O juiz, então, deverá agir sobre a sua vontade utilizando a coerção indireta, para convencê-lo a observar “voluntariamente” a ordem.¹⁰⁹

A ordem sob pena de multa é admitida, também, nos casos em que a obrigação que deve ser cumprida possui caráter fungível. No entanto, como nessas situações o convencimento do indivíduo não é exigido, o juiz tem permissão para substituir a vontade do demandado pela atuação de seus auxiliares ou de terceiros. Para exemplificar como é aplicada a coerção direta (técnica executiva), vale transcrever o ensinamento de Marinoni: “o juiz objetivando tutelar contra o ilícito

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 84-85.

¹⁰⁹ Leciona, Marinoni: “a mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 401).

continuado, impõe a interdição de fábrica que está poluindo o meio ambiente, determinando que o oficial de justiça realize o lacre dos seus portões de entrada.”

110

Embora, na maioria dos casos, a técnica mandamental seja a mais adequada para prestar a tutela inibitória, existem determinadas situações em que, como se pode perceber, a utilização da técnica executiva – execução direta – será mais apropriada para impedir a prática de ato contrário ao direito.

Nessa esteira, ensina Marinoni:

Não há dúvida de que, em uma perspectiva unicamente de funcionalidade técnica desses meios, há como pensar em admitir uma tutela preventiva que tenha um conteúdo executivo, porque atrelada a meios que permitem a tutela do direito independente da vontade do demandado. O problema, porém, é o de que tal forma de tutela, em vista do seu modo de atuação, merece mais cuidados do que aquela que se realiza mediante o uso da coerção indireta, vale dizer, da ordem atrelada à multa. Considerando-se a legítima preocupação de não permitir o uso arbitrário dos meios de tutela jurisdicional, notadamente nos casos em que o cidadão ainda não praticou algum ilícito, mas está apenas em via de praticá-lo, parece ser mais adequado o uso da coerção indireta para se convencer o réu a não praticar o ilícito, uma vez que deste modo confere-se a ele a possibilidade de, voluntariamente, não praticar o ato que se deseja evitar. Isto não quer dizer, entretanto, que não seja legítima, quando necessária, a intervenção judicial na forma executiva, evitando-se a prática ou a repetição do ilícito independentemente da vontade daquele que pode praticá-lo.¹¹¹

Apesar de Marinoni ter tratado a técnica mandamental e a técnica executiva de maneira distinta, isso não modificou em nada a natureza da tutela inibitória. Pode-se perceber que a preocupação do autor em distinguir essas técnicas advém da possibilidade delas serem inadequadamente aplicadas.

Para a escolha da técnica capaz de obter de modo eficaz o cumprimento de uma determinada obrigação, importa saber apenas, se é o demandado que deverá satisfazê-la diretamente ou se a vontade deste será substituída, cabendo a um terceiro realizar a obrigação. No primeiro caso, a técnica adequada será a mandamental, enquanto que, no segundo, deverá ser aplicada a técnica executiva.

Dessa forma, infere-se que qualquer uma dessas técnicas – que opera no mundo concreto – poderá ser utilizada em consonância com a situação fática para garantir a inviolabilidade do bem jurídico ambiental.

¹¹⁰ Ibidem, p. 231.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. Op. cit., p. 122.

Ademais, os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor conferiram ao magistrado a possibilidade de conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Com isso, o juiz ficou autorizado a utilizar as técnicas mandamental e executiva de acordo com o caso concreto que lhe foi apresentado, demonstrando, assim, ser possível à fungibilidade entre estes dois provimentos.

Nessa acepção, é o ensinamento de Tessler: “nada impede que após a ordem, sob pena de multa, a uma empresa para que pare de emitir seus dejetos tóxicos no rio, sem o cumprimento imediato, determine o juiz o fechamento da indústria.”¹¹² Vislumbra-se, dessa forma, que foi assegurada ao magistrado não apenas a possibilidade de eleger a técnica mais adequada ao caso concreto, mas também de poder modificá-la a qualquer tempo,¹¹³ desde que haja necessidade.

Cabe ressaltar que a sentença mandamental e a executiva não estão adstritas aos limites do pedido, constituindo exceções à regra geral de que a decisão do juiz não poderá dissociar-se do pedido (art. 460 do CPC).¹¹⁴

Nada mais correto, em se tratando de tutela inibitória não ser preciso estabelecer uma congruência entre o pedido e a sentença. Nesse sentido, lapidar é o ensinamento de Marinoni:

Se o objetivo que preside a “tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer” é proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final, que constitui objeto de uma obrigação, precisamente aquela situação final que ele tem o direito de obter, parece correto admitir que o juiz pode deixar de atender ao pedido formulado para – convertendo uma “obrigação” em outra – conferir ao autor a tutela específica da obrigação originária ou um resultado prático equivalente. Ora, se os arts. 461 do CPC e 84 do CDC excepcionam expressamente a regra da congruência entre o pedido e a sentença, e ainda afirmam que o juiz “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, eles conferem ao juiz o poder necessário para que ele – mediante a conversão de uma obrigação em outra – possa conceder um resultado prático equivalente ao do adimplemento, deixando de atender ao pedido formulado

¹¹² TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 270.

¹¹³ Quando empregamos a expressão “a qualquer tempo” queremos dizer que até mesmo depois da decisão ter transitado em julgado é possível que os meios sejam substituídos. A coisa julgada não irá incidir sobre o meio executivo e sobre a medida coercitiva. Até porque, a imutabilidade da decisão diz respeito tão somente ao reconhecimento daquele direito (ex.: direito à proteção ambiental) e não aos meios que serão utilizados para alcançar o fim pretendido.

¹¹⁴ Além desse dispositivo, o Código de Processo Civil prevê, também, no seu art. 128, a necessidade do juiz ficar limitado ao pedido do autor. Dispõe o referido artigo: “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

pelo autor, que pode ser de tutela específica da obrigação originária ou de um outro resultado prático equivalente ao do adimplemento.¹¹⁵

Quando é proposta, por exemplo, uma ação inibitória ambiental, pretende-se com ela preservar a integridade do meio ambiente. Se o autor está pleiteando a proteção da higidez ambiental e do equilíbrio ecológico, a técnica não se inclui no seu pedido, até porque ela é apenas um instrumento que o magistrado utiliza para prestar a tutela jurisdicional. Portanto, pouco importa se o juiz lançará mão da técnica mandamental ou da executiva para prestar a proteção pretendida ao direito, desde que reste demonstrado que se valeu da mais efetiva para satisfazer a pretensão do autor.

4.6.2 Tutela inibitória antecipada

A tutela inibitória, diante de seu caráter eminentemente preventivo, depende de um procedimento estruturado com a técnica antecipatória para ser prestada de maneira eficaz. “Quando se pensa em tutela inibitória ambiental, a importância de um provimento célere, que imediatamente afaste o perigo de violação da norma ambiental, mostra-se ainda mais evidente.”¹¹⁶

É que, em se tratando de ilícito ambiental, mais ainda se intensifica a necessidade de tutelar tempestivamente o direito ameaçado de violação, uma vez que, do contrário, a prestação jurisdicional tardia pode significar a própria supressão do direito. A prestação jurisdicional nesta seara, portanto, com muito mais razão deve ser entregue em tempo hábil a evitar-se o perecimento do direito, e o será antes mesmo da sentença acaso necessário para a preservação da integridade ambiental.

Levando em consideração que a violação da norma ambiental na maioria dos casos produz resultados irreversíveis, o legislador, sabendo que a espera por todo o andamento processual ao final poderia acarretar no comprometimento do bem jurídico, previu, no artigo 461 do Código de Processo Civil,¹¹⁷ praticamente repetindo

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 159.

¹¹⁶ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 275.

¹¹⁷ Ensina Marinoni: “A ação inibitória, por tomar em consideração uma ‘obrigação’, caminha sobre os trilhos do art. 461 e, portanto, a tutela inibitória antecipada individual funda-se no próprio § 3º do art. 461. Por sua vez, a tutela inibitória coletiva pode ser antecipada com base no § 3º do art. 84 do CDC, que tem o mesmo teor do § 3º do art. 461 do CPC.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 190).

a orientação anteriormente adotada no § 3º do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de o juiz outorgar a tutela inibitória antecipadamente.

De acordo com a doutrina dominante, a novel legislação emprestou considerável prestígio à chamada tutela específica, ou seja, aquela em que se busca entregar ao autor exatamente aquilo que pretendia ao ingressar em juízo com a ação, mediante a obtenção de um resultado o mais próximo daquele que obteria através do cumprimento natural e espontâneo da norma jurídica pelo obrigado.

Referidos dispositivos inquestionavelmente conferiram ao juiz brasileiro uma espécie de “poder executório genérico”, uma vez que, como assentado anteriormente, não ficará o magistrado adstrito aos estreitos limites do pedido formulado na petição inicial (exceção ao princípio da congruência), podendo lançar mão de expedientes que garantam a satisfação *in natura* do direito ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Dispõe o artigo 461 do CPC, *in verbis*:

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.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível à tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º 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.

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

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Avulta em importância o disposto no § 3º do dispositivo supra-referido, que, como assentado anteriormente, praticamente repetiu a disciplina da legislação consumerista neste aspecto.

Pois bem, a norma em comento não se afasta muito da “tutela antecipada genérica” prevista para a universalidade de ações do procedimento comum ordinário, disposta no artigo 273 do CPC, sendo, inclusive, muito semelhantes os seus fundamentos. No entanto, justifica-se a regulação em apartado no sentido de pôr-se em relevo esse importante instrumento de salvaguarda da denominada “prestação específica” nas obrigações de fazer e não-fazer, especialmente em relação a estas últimas, que não contavam, no regime codificado anterior, com mecanismos dotados de efetividade à tutela das obrigações negativas ameaçadas de lesão. Tais modalidades obrigacionais têm em mira um comportamento omissivo do obrigado, razão por que a sua tutela específica terá sempre em vista o futuro, sendo, destarte, essencialmente preventiva. Pressupõe, por conseguinte, que a lesão ainda não tenha se concretizado, ou, na hipótese de violação em curso, que se possa obter a sua cessação, através de comando que iniba a repetição do ilícito. Supérfluo, como visto, tecer outros comentários para encarecer a sua indispensabilidade na seara do direito ambiental, mormente se tivermos em vista o tempo necessário, em geral, para que o magistrado se capacite de elementos de convicção para proferir a decisão definitiva de mérito, não podendo ficar direito desta magnitude ao desamparo de uma pronta e tempestiva tutela, posto que, sob este ponto de vista, tutelar tardiamente equivale a não tutelar.

Para que o magistrado permita a antecipação da tutela inibitória, o autor deve, apenas, comprovar a presença de dois requisitos: (a) probabilidade da prática de ato ilícito e (b) justificado receio de que o provimento final já não produza mais o resultado almejado, ou seja, a prova de haver possibilidade de o ato contrário ao direito restar configurado no curso do processo. Tais requisitos, aliás, guardam identidade com aqueles previstos para a concessão da tutela antecipada genérica do art. 273 e, de certo modo, com aqueles exigidos na liminar do mandado de segurança.

Sobre o tema, leciona Arenhart:

Pode parecer estranho que se equipare a noção de *fumus boni iuris* ao requisito da relevância do fundamento, ou ainda à noção de prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Os termos, entretanto, embora possam aparentar significar pressupostos diferentes, mesmo em razão de suas acepções comuns distintas, revelam, para o processo, o mesmo requisito, não merecendo qualquer diferenciação. Indicam, todos eles, a necessidade de avaliação da probabilidade de existência do direito. Exige-se, então, que o autor seja capaz de convencer o juiz, ainda que com

elementos mínimos, para o reconhecimento (ainda que sem força declarativa suficiente) da plausibilidade de existência do direito afirmado.¹¹⁸

Não obstante a doutrina de Arenhart aproximar os requisitos da antecipação da tutela nas obrigações de fazer e não fazer aos da ação cautelar, dita comparação não tem razão de ser, na medida que o *fumus boni iuris* exigido para a concessão da tutela cautelar corresponde a um **grau de verossimilhança de baixa intensidade**, sendo, para tanto, suficiente a possibilidade de existência do direito alegado, amparada em juízo de cognição sumário do magistrado acerca dos elementos de convicção disponíveis. Noutro giro, à concessão da tutela antecipada na hipótese tratada pelo artigo 461, § 3º, exige-se, da mesma forma que para a concessão da liminar do mandado de segurança ou para a tutela antecipada genérica do artigo 273, um **grau acentuado de verossimilhança**, fundada em prova robusta sobre os fatos da lide, que possa ensejar, tanto quanto for possível, um juízo mais próximo possível da certeza. Requerer-se mais que mera *plausibilidade*: exige-se a *probabilidade* da existência do direito alegado.

Nesse sentido, mostra-se mais adequada a doutrina esposada por Teori Zavascki:

Trata o § 3º do art. 461 do Código de Processo Civil da concessão da tutela por liminar ou mediante justificação prévia, citado o réu. Para que tal ocorra, supõe a lei dois requisitos: (a) relevância dos fundamentos e (b) risco de ineficácia do provimento final. São os mesmos previstos no art. 7º, II, da Lei nº. 1.533, de 1951, que dão ensejo à concessão de medida liminar em mandado de segurança. E, conforme se fará ver quando do exame da antecipação de tutela naquela ação, há, ali, apesar da diferença terminológica, reprodução dos requisitos para antecipação de tutela na hipótese do inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil. Com efeito, 'fundamento relevante' é enunciado de conteúdo equivalente a 'verossimilhança da alegação'; e 'justificado receio de ineficácia do provimento final' é expressão que traduz fenômeno semelhante a 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação'. Ademais, embora o § 3º, em exame, não faça referência a 'prova inequívoca', como ocorre no art. 273, é evidente que a qualidade da prova constitui elemento integrante e decisivo do juízo a respeito da 'relevância dos fundamentos'.¹¹⁹

No que concerne à tutela antecipada na ação inibitória, a relevância do fundamento da demanda está representada pela probabilidade de o direito vir a ser violado, ao passo que o *receio de ineficácia do provimento final* funda-se na fundada desconfiança de que, em vista da demora do provimento final, o ilícito seja praticado no curso do processo.

¹¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 299.

Resta evidente que interessa para a concessão da tutela antecipada, apenas, a possível ocorrência de ato ilícito e não de dano. O principal objetivo do provimento antecipado é evitar que o ato ilícito que se pretende prevenir com a tutela inibitória venha a ser praticado antes da sentença. Logo, basta ao autor, para a obtenção da medida antecipatória, a mera demonstração do fundado receio de concretização do ilícito, não se exigindo, de outro modo, prova acerca do dano, desnecessário ao desencadeamento da proteção inibitória, conforme premissa anteriormente assentada.

Necessário sinalar que, de acordo com a doutrina majoritária sobre o tema, a “tutela antecipada genérica” do artigo 273 do Código de Processo Civil pode ser invocada subsidiariamente para amparar a antecipação no terreno das obrigações de fazer e não fazer.

Exatamente nesse rumo aponta a doutrina de Arenhart:

Há autores que sustentam serem distintos os instrumentos concedidos pelo art. 273 do CPC e pelos arts. 461, § 3º, do CPC e 84 do CDC. Isso porque esses dois últimos dispositivos seriam menos exigentes que o primeiro, por exigirem apenas a relevância do fundamento – em oposição à prova inequívoca da verossimilhança – além de não admitirem a antecipação de tutela fundada no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Não parece que a distinção tenha fundamento. Os três dispositivos tratam da mesma figura, contendo regulamentação que deve ser considerada complementar e simbiótica, exigindo-se o mesmo grau de plausibilidade, em todos os dispositivos, para a concessão da tutela antecipada.¹²⁰

Sendo assim, impende investigar as hipóteses em que a tutela inibitória ambiental é prestada antecipadamente com supedâneo no art. 273 (“tutela antecipada genérica”).

Não se há de perder de vista que os requisitos desta são semelhantes aos da tutela antecipada do art. 461, conforme salientado. Quanto ao primeiro requisito, que obrigatoriamente deve estar presente em todas as hipóteses de antecipação, tem-se que *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.* a verossimilhança. É possível perceber certa contradição no art. 273 do Código de Processo Civil quando

¹¹⁹ ZAVASCK, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000. p. 152.

¹²⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 296.

este menciona que a parte interessada deve demonstrar a existência de **prova inequívoca** que convença o juiz da **verossimilhança** do direito alegado.

A verossimilhança nada mais é do que um mero juízo de aparência, ou seja, aquilo que provavelmente é verdadeiro, no qual o magistrado irá se basear para decidir. Quanto à prova inequívoca, indubitavelmente, esta não passa de mera verossimilhança, até porque seria impossível de se pensar nela como algo revelador de uma certeza absoluta da verdade. É sob essa perspectiva que Marinoni assevera: “‘prova inequívoca’, somente pode significar a prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida (para que o direito não seja frustrado)”.¹²¹ Há que se buscar, destarte, a compatibilização entre tais elementos, aparentemente antagônicos. Assim, da conjugação entre *prova inequívoca* e *verossimilhança* das alegações, chega-se a um meio termo, qual seja, a *probabilidade* do direito alegado, que nada mais representa que um juízo de verossimilhança em grau acentuado, mais próximo da certeza, por exemplo, que a mera aparência do direito exigida para a concessão da medida cautelar (*fumus boni iuris*). Nesse sentido, a doutrina de Teori Zavascki: “*dir-se-á que é um paradoxo a exigência de ‘fato certo’ e juízo de ‘verossimilhança’: se o fato é certo, o direito existe ou não existe, em razão de que ‘jura novit curia’, ou seja, ‘da mihi factum, dabo tibi jus’. Na verdade, a referência a ‘prova inequívoca’ deve ser interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas. (...) Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta -, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução – mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade*”.¹²²

Em vista disto, infere-se que o art. 273 do Código de Processo Civil possui o mesmo nível de exigência para a concessão da antecipação da tutela que os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, a prova da **probabilidade** de existência do direito afirmado.

Assim, verificada a possibilidade de se chegar a um juízo de verossimilhança do direito alegado, resta, então, saber quais as hipóteses de cabimento da tutela antecipada, conferidas pelo art. 273 do Código de Processo Civil. De acordo com a disciplina do aludido dispositivo, tem-se que, a par da verossimilhança, deve

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 191.

¹²² ZAVASCK, Teori Albino Op. cit., p. 76.

concorrer ao menos um de dois requisitos, quais sejam: a) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou b) a caracterização de ato que configure abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Diante dessas hipóteses poderia se pensar que a inibitória antecipada, por ser voltada contra o ilícito, não encontraria amparo nesse dispositivo pelo fato dele se reportar ao fundado receio de **dano** irreparável ou de difícil reparação; todavia, o que se pretende com essa expressão é demonstrar que a demora no processo geraria uma lesão jurídica, vez que, se a decisão final não for mais capaz de impedir a prática do ato ilícito, ela será um provimento sem qualquer utilidade prática, ineficaz, como também o será a tutela jurisdicional para a defesa do direito.

Sob este aspecto, enfatiza 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).¹²³

Ademais, a aplicação subsidiária da regra contida no inc. II, do art. 273 do Código de Processo Civil, a qual prevê a antecipação dos efeitos da tutela caso se caracterize o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, é de grande valia para as ações que versam sobre questões ambientais, isso porque, não raras vezes, esse tipo de demanda possui pedidos cumulados. Ou seja, em uma mesma demanda inibitória pode haver pedidos de prevenção da prática de ato contrário ao direito, remoção do ilícito e de ressarcimento de danos que já foram causados.

Em sendo bem mais simples demonstrar a probabilidade do ato ilícito do que provar a ocorrência do dano, a tutela inibitória, para ser prestada conjuntamente com a ressarcitória, teria que esperar, desnecessariamente, até que se conseguisse provar o dano. É evidente que submeter o pedido inibitório a todo desenrolar de um procedimento ressarcitório seria abuso de direito de defesa. Marinoni, em 1998, já se reportava à importância da demanda processual com pedidos cumulativos dispor de técnica antecipada capaz de viabilizar a imediata tutela do direito que estivesse pronto para ser julgado. Asseverava o autor:

¹²³ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 279.

Se o processo deve prosseguir, não obstante a evidência de um direito, a tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC é o único instrumento, dentro do atual sistema processual, que permite que o procedimento comum atenda ao direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional, *evitando que o autor seja obrigado a esperar indevidamente a tutela de um direito incontroverso*. Na verdade, *a defesa que diz respeito a um pedido não pode postergar a tutela adequada dos demais pedidos cumulados, sob pena de atentar indevida e abusivamente contra o direito do autor à tempestividade da tutela jurisdicional.*¹²⁴ (grifo nosso)

Essa tese foi confirmada com o advento do § 6º no art. 273 do Código de Processo Civil, inserido pela Lei 10.444/2002, que prevê: “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Portanto, sempre que qualquer um dos pedidos cumulados estiver pronto para ser julgado no curso do processo, o magistrado deve prestar a tutela antecipada a esse direito incontroverso, deixando para depois a decisão dos demais pedidos.

A tutela inibitória antecipada, desde que presentes os requisitos indispensáveis, pode ser concedida em qualquer tempo, até mesmo antes do réu ser citado.¹²⁵ Não teria como pensar diferente já que a técnica antecipatória é uma via destinada a garantir a efetividade do provimento final. Logo, seria insensato negar a possibilidade de seu deferimento antes da oitiva do demandado quando não se pode esperar o tempo necessário para tanto. Se o magistrado está autorizado a prestar tutela inibitória antecipada sem a oitiva do réu, é óbvio que poderá, também, concedê-la depois da contestação, durante a instrução do processo, na sentença e, até mesmo, depois de prolatada a decisão. Ressalva-se apenas a hipótese cogitada no inciso II do artigo 273, em que seria impensável a concessão da medida provisória satisfativa antes da citação do réu, pois a antecipação, nestes casos, depende da conduta processual ímproba deste.

A outorga da tutela inibitória antecipada é feita através de decisão interlocutória, mesmo nos casos em que sua concessão ocorrer junto com a sentença. Nessa acepção, válido transcrever o ensinamento de Marinoni: “tutela antecipatória será concedida por meio de decisão interlocutória, e não através de sentença, ainda que possa constar no mesmo instrumento dessa última. Ou seja, a

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 176.

¹²⁵ Como acentua Marinoni: “o Estado, ao conceber a tutela antecipatória, conferiu ao cidadão uma via destinada a permitir a efetiva tutela do direito que ainda não teve condições de ser *evidenciado*, sem se importar com o momento que a necessidade de tutela pode surgir, até porque seria ilógico imaginar que o autor só tem direito à adequada tutela jurisdicional após o réu ter sido ouvido” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 194).

tutela antecipatória e a sentença poderão ser proferidas na mesma folha de papel.”

¹²⁶Na hipótese de o recurso de apelação ser dotado apenas de eficácia devolutiva, não haverá necessidade de concessão da medida em sentença, porquanto o provimento poderá, desde logo, ser executado através do regime previsto para as execuções provisórias de sentença.

Foi levantada por Arenhart uma outra questão quanto ao momento de concessão da antecipação da tutela inibitória: a possibilidade de se requerer a tutela inibitória antecipada antes da propositura da ação. Sustenta, para tanto, que a urgência em determinada situação perigosa pode ser tamanha que requer a tutela imediata, não dando nem tempo ao autor de instruir sua petição inicial, com argumentos, provas e especificações de que gostaria ou precisaria. Em casos como este, poderia se pensar na fungibilidade entre a cautelar e a antecipatória, ou seja, o autor se utilizaria de uma medida cautelar preparatória, seguida posteriormente pela ação inibitória (ação principal). Arenhart aponta os arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil como sendo a solução para esse tipo de situação que a tutela precisa ser urgente. Os referidos dispositivos possibilitam ao autor a modificação do pedido ou da causa de pedir, ou ainda o aditamento da petição inicial, antes do réu ser citado. Com isso, o requerente poderia formular a sua petição inicial com o mínimo necessário para obter a liminar pretendida, dispondo posteriormente de lapso temporal – até a citação do réu – para modificá-la ou aditá-la.¹²⁷

Importante, também, assinalar que a tutela inibitória antecipada, assim como o provimento final, possui ampla fungibilidade. Ou seja, o juiz não está vinculado ao pedido do autor, podendo utilizar à medida que entenda ser mais eficiente para satisfazer a pretensão postulada. Marinoni exemplifica esta situação:

Se o autor requer, mediante tutela antecipatória, que o juiz ordene, sob pena de multa, a cessação das atividades da empresa ré – que estariam causando danos ao meio ambiente –, nada impede que o juiz ordene, também sob pena de multa, a instalação de um equipamento capaz de neutralizar a poluição.¹²⁸

Da mesma forma é permitido, também, ao magistrado valer-se de uma determinada técnica para conceder a inibitória antecipada e utilizar uma outra de caráter distinto para prestar a tutela inibitória final.

¹²⁶ Ibidem, p. 195.

¹²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 309-310.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 200.

Por fim, cabe ressaltar que os efeitos da liminar podem durar até que essa tutela provisória seja substituída por uma outra de caráter definitivo. Isso não impede que o provimento antecipatório seja modificado, substituído ou revogado no curso do processo, por decisão fundamentada, caso a situação fática venha a ser alterada.¹²⁹ Portanto, é perfeitamente possível dar outro direcionamento à tutela inibitória antecipada a fim de que ela possa atender às novas peculiaridades do caso.

4.6.3 A prova na ação inibitória

Sabe-se que para o autor da demanda obter a tutela do direito, inevitavelmente terá de provar o fato constitutivo do direito que afirma possuir. Se pretender a obtenção de uma tutela ressarcitória deverá fazer prova do dano e do nexo de causalidade. Já, se sua pretensão é uma tutela preventiva, inibitória, deverá provar a probabilidade de ocorrência de um ato contrário ao direito.

A tutela inibitória busca evitar a prática de um ato ilícito, sua continuação ou repetição, logo, a matéria probatória neste tipo de ação é a da probabilidade de vir ocorrer uma conduta contrária à norma. Conforme assevera Marinoni: “Na ação inibitória é necessário verificar não só a probabilidade da prática de ato, mas também se tal ato configura ilícito.”¹³⁰ Em outras palavras, para a obtenção da tutela preventiva não basta o autor provar a superveniência de uma conduta qualquer, é preciso que demonstre a possibilidade da ocorrência de uma conduta que o ordenamento jurídico considera como ilícita.

Como se pode perceber o *thema probandum* na ação inibitória é restrito¹³¹, não é exigida a prova do dano, muito menos do dolo ou da culpa, é preciso tão somente que seja demonstrada a possibilidade da prática de uma conduta e da ilicitude desta.

¹²⁹ O art. 273, § 4º, do CPC, prevê expressamente essa possibilidade, ao referir que: “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 57.

¹³¹ Gerhard Walter, pensando na falta de proteção das situações que eram difíceis de serem provadas, propôs a teoria da redução do módulo de prova. Segundo o processualista alemão, “esse *módulo de prova* pode variar, para mais ou para menos, conforme o tipo de processo em questão e a espécie de controvérsia tratada, de forma que o magistrado não poderá exigir, em todas as espécies de ações judiciais, das provas apresentadas, o mesmo grau de certeza.” (WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba** apud ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 271).

Quanto à ilicitude do ato não se enfrentará maiores dificuldades para provar, uma vez que basta demonstrar que a prática daquela determinada conduta afronta um dever legal.

Em se tratando de bem jurídico ambiental, qualquer comportamento que viole regra ou princípio de proteção ao ambiente representa ilicitude. A grande dificuldade está em demonstrar que provavelmente o ato ilícito será realizado.

Cabe esclarecer que, para a concessão da tutela do direito nas ações inibitórias, exige-se apenas a prova da probabilidade do ilícito ser praticado, porque jamais se conseguirá nessas demandas a certeza de que a conduta ilícita realmente irá ocorrer.¹³²

Nessa esteira, válida a observação de Tessler:

Lembre-se que, em se tratando de fato que ainda não aconteceu, mesmo que, aparentemente, tudo indique que o demandado irá praticá-lo, ninguém garante que, em um último momento, aquele não desista da violação. Se o juiz exigir a “pressuposta certeza” da afirmação do autor para a concessão da tutela inibitória, esta nunca será concedida.¹³³

Em razão disso, muitos doutrinadores afirmam que a ação inibitória tem como objeto de prova a ameaça de violação. Todavia, a utilização da expressão “ameaça” significa muito mais do que uma simples intimidação do sujeito em ter seu direito violado, a ameaça que precisa estar presente para a outorga da tutela inibitória deve ser efetivamente idônea para tornar concreta a violação, não uma mera suposição. Ao alegar a ameaça, o autor terá de demonstrar a existência de justo receio, capaz de comprovar que o temor em ver seu direito lesionado se justifica no plano concreto. Como bem coloca Arenhart:

(...) se deve exigir que a parte que propõe a demanda possa apontar dados concretos, específicos e objetivos capazes de tornar plausível sua suposição de futura lesão. Deverá o autor indicar razoáveis elementos (ainda que indiciários) da ameaça efetiva de violação que seu direito está sofrendo.¹³⁴

Embora, não se exija na inibitória a demonstração robusta da ameaça, o magistrado não pode dispensar a prova, prestando a tutela ao arbítrio do autor.

¹³² Sobre o tema, ressalta Arenhart: “exigir certeza como requisito para a concessão da tutela inibitória é condenar à morte essa medida, pois é totalmente impossível ao magistrado prever aquilo que ocorrerá no futuro.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 261).

¹³³ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 302.

¹³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 254.

Cabe ao juiz, através do princípio da proporcionalidade, estipular o grau de probabilidade da lesão exigido, para a tutela jurisdicional no caso concreto. Para encontrar o grau de probabilidade que será necessário a uma determinada situação, o juiz deve levar em consideração os bens jurídicos postos em litígio e sopesar as dificuldades do autor em provar o fato constitutivo do seu direito.

Dessa forma, “quanto mais relevante é, para o ordenamento jurídico, o interesse a ser tutelado (em oposição ao interesse a ser sacrificado), mais flexível será o padrão de prova que se deve buscar para sensibilizar o convencimento judicial”.¹³⁵

Em relação à ação inibitória que visa a impedir a continuação ou a repetição de ato ilícito, a ameaça poderá ser mais facilmente provada, visto que nestes casos já houve anteriormente lesão ao direito, podendo o próprio ilícito ocorrido servir como um forte indício da futura possibilidade de violação. É evidente, que a demonstração de um fato passado (prova indiciária), traz mais facilidade ao juiz no momento em que precisar estabelecer um raciocínio (presumível) para chegar a um juízo de probabilidade da prática de futuro ilícito.

Se já é difícil de demonstrar a probabilidade da continuação e da repetição de conduta ilícita, em se tratando de situações em que não foi cometido nenhum ilícito antes, a prova do perigo de vir a ser praticado ato contrário ao direito será muito mais trabalhosa, principalmente quando ainda se está atrelado às noções clássicas a respeito da prova. Ora, diante de novos direitos, como o meio ambiente, que jamais serão adequadamente tutelados pela ressarcitória, não se pode mais permitir que a prova seja compreendida como forma de reconstituir o passado, para protegê-los é preciso ter em mente que ela é um mecanismo de argumentação, empregado para convencer o magistrado. Por isso, como se verá a seguir, quando não houver possibilidade de demonstrar diretamente o fato constitutivo do direito alegado, deve-se admitir a prova indiciária.

4.6.3.1 A prova indiciária

Pretende-se, com a demanda inibitória, que o juiz profira uma ordem ao réu para que faça ou deixe de fazer determinada atividade (pedido). Por conseguinte, a

¹³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 258.

causa de pedir dessa ação será a probabilidade da prática de conduta contrária ao direito. Como, raramente, a probabilidade da ocorrência de ilícito pode ser provada de modo direto, imprescindível à admissão da prova indireta para alcançar a efetiva tutela do direito.

É importante destacar que na prova direta, a existência ou inexistência do direito é extraída do próprio fato. Na prova indireta, o fato provado não constitui o direito, mas pode tornar um outro fato evidente, este, sim, capaz de demonstrar a existência do direito alegado.

Como a ação inibitória é voltada para o futuro, torna-se praticamente impossível a obtenção da prova direta acerca do fato objeto da discussão. Na verdade, se conseguirá obter apenas elementos indicativos (indícios) de ameaça para, com a realização de uma presunção judicial, se chegar à demonstração da ameaça alegada. Logo, na grande maioria das vezes, a demonstração de um fato futuro só será alcançada por meio de prova indireta.¹³⁶

O indício dá origem à presunção não tem ele o condão de demonstrar ao juiz o direito afirmado, mas por ser uma circunstância conhecida e provada que está associada ao fato essencial, constitutivo do direito, servindo para conduzi-lo à prova. Em vista disso, pode-se afirmar que a prova indireta do fato constitutivo será produzida através de indícios.

Como bem salientado por Arenhart: “O conhecimento do fato probando resulta de uma interferência lógica, formulada pelo magistrado a quem é submetida à causa, a partir do conhecimento de outro fato – que se prova nos autos – e ao qual, normalmente, a ocorrência daquele primeiro está ligada.”¹³⁷ Em outras palavras, para que o juiz conheça o fato primário – pertencente à causa de pedir, constitutivo do direito alegado pelo autor – deverá relacioná-lo com o fato secundário, provado nos autos, do qual se extrairá a existência ou inexistência daquele cuja prova se tem, efetivamente, interesse.¹³⁸

Nesse sentido, elucidativa é a lição de Barbosa Moreira:

¹³⁶ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 319.

¹³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 265.

¹³⁸ “Verificando o legislador ou o magistrado que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servir-se da idéia de presunção para montar um raciocínio capaz de conduzi-lo à conclusão da ocorrência do fato, pela verificação do contexto em que normalmente incidiria aquele fato. Este poderoso instrumento, como se observa, é importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação ou de incerta ocorrência (como os fatos futuros, no caso de ações inibitórias)” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 135).

(...) a relação entre dois fatos – o conhecido e o desconhecido – é tal, suponhamos, que da existência do primeiro se possa logicamente inferir, senão com absoluta certeza, ao menos com forte dose de probabilidade, a existência (ou inexistência) do segundo. (...) O resultado deste raciocínio é o que configura propriamente, a presunção judicial: o juiz presume que ocorreu o fato Y porque sabe que ocorreu o fato X, e sabe também que a ocorrência de um implica, necessária e normalmente a do outro.¹³⁹

A presunção judicial nada mais é do que um raciocínio dedutivo, que parte de um processo mental do juiz baseado em regras da experiência comum, ou até mesmo em um conhecimento especializado, para chegar ao valor probatório do indício.

Portanto, a prova do indício será o ponto de partida do processo mental do magistrado para desenvolver um raciocínio presuntivo e, através deste, chegar a uma conclusão (presunção) a respeito daquele fato principal.

Na verdade, o que se discute é se este raciocínio que leva à conclusão (presunção) da existência ou inexistência do fato constitutivo do direito, serviria como um meio de prova. Grande parte da doutrina discorda da teoria que considera a presunção uma forma de prova, por conduzir ao conhecimento do fato que se pretende provar. Marinoni foi bastante enfático ao afirmar que a presunção não constitui um objeto de prova, e sim um juízo que somado a outros “juízos menores” conduz à elaboração de um “juízo-resultado” ou “juízo-presunção”.¹⁴⁰ Neste mesmo sentido, é o ensinamento de Barbosa Moreira:

Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio “se ocorreu X, deve ter ocorrido Y”, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente.¹⁴¹

De fato, a presunção judicial resulta do raciocínio do processo mental acerca de um determinado fato provado nos autos (indício) que se liga a outro desconhecido. Todavia, essa operação mental não pode ser considerada, por si só, como meio de prova. A presunção não é um fato e muito menos uma modalidade de prova.

¹³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **As presunções e a prova**. Temas de direito processual. Primeira série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988. p. 57.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 60.

¹⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **As presunções e a prova**. Temas de direito processual. Primeira série. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988. p.57.

4.6.3.2 Modificação do ônus da prova

Em regra, o autor precisa provar o fato constitutivo do seu direito e o réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil). Todavia, quando se está diante de situações em que é extremamente difícil o sujeito conseguir demonstrar seu direito em juízo, a regra geral deve ser substituída por técnicas processuais que possibilitem a inversão do ônus da prova ou a chamada prova indiciária, para que seja prestada a tutela jurisdicional efetiva ao direito.

A utilização da prova indiciária (presunção judicial) no processo é uma das formas de modificação do regime normal do ônus da prova. Como já vimos antes, admite-se, assim, a presunção no processo, no momento em que o sujeito consegue fazer com que o magistrado presuma a probabilidade da ocorrência de um fato através da prova de outro (indício) que é ligado ao primeiro por raciocínio lógico, não precisando provar o fato constitutivo do seu direito. Na prova indiciária, fica ao encargo da parte contrária a prova de que a ligação entre os fatos (indício e fato probando) não é forte o suficiente para que o juiz considere o fato desconhecido como existente. É essa a acepção de Arenhart:

Vai daí que, por meio das presunções judiciais o sistema positivo novamente opera deslocando do regime normal de atribuição do ônus da prova, já que permite a alguém, mediante mera demonstração de *probabilidade* da ocorrência de um fato (pela comprovação da existência de outro que àquele se liga por vínculo lógico), liberar-se da carga da prova do fato, atribuindo ao adversário à demonstração de que o fato probando não ocorreu ou, pelo menos, de que a probabilidade de que ele não tenha ocorrido seja mais forte do que a possibilidade resultante do raciocínio de interferência formado inicialmente.¹⁴²

É importante ressaltar que o autor da demanda não precisa alegar o fato indiciário, uma vez que este é apenas um fato que visa a demonstrar a existência de outro fato, o principal. Esse sim, por ser a própria causa de pedir, precisa, necessariamente, ser alegado. É ônus do autor da ação alegar e provar os fatos que compõem a sua causa de pedir, como o indício está fora da causa de pedir, não precisa ser alegado.

¹⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 284.

O que não impede o magistrado de conhecer um determinado indício que as partes não tenham alegado, desde que o fixe como fato controvertido, para que as partes possam contestá-lo.

A inversão do ônus da prova é permitida, também, naquelas situações em que esta for à única possibilidade de se conseguir demonstrar em juízo o fato constitutivo do direito. Fato esse que, muitas vezes, acontece nas ações voltadas para o futuro (inibitória).

Na ação inibitória ambiental, o ônus da prova se modifica em consequência do dever de preventividade. Dessa forma, o autor terá apenas que demonstrar a ameaça de lesão ao seu direito, ou seja, a violação ao dever de preventividade ambiental. Cabe ao réu o ônus de provar que sua conduta não representa riscos e se, todavia representar deve demonstrar que estes são toleráveis, precisando, para tanto, provar que adotou todas as medidas de precaução necessárias.

4.6.4 A multa e a tutela inibitória

Para que a tutela antecipatória ou a sentença sejam realmente capazes de conceber uma tutela inibitória efetiva, é imprescindível que o magistrado possa impor a ordem sob pena de multa com o fim de coagir o sujeito do comando a adimpli-lo. Como bem lembra Marinoni, “a multa objetiva pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, visando à prevenção do ilícito mediante o impedimento de sua prática, de sua repetição ou de sua continuação.”¹⁴³

A multa também denominada de *astreinte* imposta com fundamento nos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor têm caráter coercitivo sendo aplicada como meio de pressionar o demandado a cumprir, de forma voluntária, com obrigação que lhe foi determinada. Acerca da finalidade da multa, Arenhart ressalta:

A idéia, portanto, é ameaçar o “devedor” ao pagamento de uma prestação pecuniária que, por seu elevado montante, representaria grave prejuízo a este. Assim, diante da opção entre cumprir a ordem judicial ou sofrer o gravame imposto com a ameaça, o “devedor”, ciente da desvantagem que representa o pagamento da prestação pecuniária, voluntariamente opta pela

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 217.

primeira conduta (adimplemento da ordem). “Se agride a carteira para forçar a vontade”.¹⁴⁴

Como se pode perceber, a medida coercitiva, neste caso, não se trata de mecanismo de repressão pela prática de ilícito civil ou sanção administrativa, tampouco deve ser confundida como uma forma de ressarcimento do dano. A multa imposta na ação inibitória tem caráter eminentemente mandamental, ou seja, o objetivo da multa é um mandamento, uma imposição, não guardando qualquer relação com a indenização do dano.

Nesse sentido, ensina Marinoni: “Importa perceber que a *astreinte* tem por fim forçar o réu a adimplir, enquanto o ressarcimento diz respeito ao dano. É evidente que a multa não tem qualquer relação com o dano, até porque, como acontece na tutela inibitória, pode não haver dano a ser indenizado.”¹⁴⁵ O § 2º do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, assim como o do art. 461 do Código de Processo Civil, reforçam nitidamente o entendimento do autor, ao afirmarem expressamente que: “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa.” Vislumbra-se que o legislador com essa afirmação está pretendendo dizer que o descumprimento da ordem judicial pelo demandado torna possível a cobrança da multa, independentemente de estar presente ou não o dever de indenizar.

A fim de confirmar essa possibilidade, trouxemos um julgado do Tribunal Regional da 4ª Região, no qual o relator, com pertinência, asseverou: “não obstante o fato de não haver notícia de efetivo prejuízo ao meio ambiente em decorrência do atraso no cumprimento da ordem judicial, o risco existiu, o que por si só autoriza a fixação da multa.”¹⁴⁶

A multa é o instrumento do qual se vale o magistrado para convencer o titular da obrigação a cumprir voluntariamente a ordem imposta (fazer ou abster-se de fazer), dentro de um determinado período. Caso o demandado não cumpra a determinação judicial no prazo que lhe foi concedido, desde que não fique caracterizada hipótese de caso fortuito ou força maior, a multa passará a incidir, permanecendo até que a ordem venha a ser observada. Tal prazo deve ser fixado pelo juiz de acordo com o caso concreto, para que o tempo determinado seja compatível com a conduta que o sujeito terá que praticar.

¹⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Op. cit., p. 193.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva) op. cit., p. 216.

¹⁴⁶ TRF 4ª Região, Apelação Cível 1999.71.01.002222-3, 3ª Turma, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia, julgado em 29.10.2002, publicado no DJ em 13.11.2002.

No entanto, se o juiz não tiver estabelecido prazo, a multa começará a incidir a partir da ordem que a impôs. Assim, fixada a multa na tutela antecipatória, não sendo interposto recurso de agravo ou caso interposto seja negado pelo tribunal o efeito suspensivo, essa imediatamente passa a operar. Se aplicada na própria sentença de ação coletiva, a multa terá incidência neste mesmo instante, pois caso se recorra da decisão a apelação será recebida apenas no seu efeito devolutivo, em vista do que dispõe o art. 14 da Lei 7.347/85.

Cabe ressaltar que a multa pode ser imposta de ofício pelo juiz, na tutela antecipatória, na sentença e na fase de execução, aliás, este poderá aplicar a medida coercitiva mesmo quando não houver nenhum pedido expresso do autor.¹⁴⁷ Isso porque, na ação inibitória a multa é apenas mais um mecanismo à disposição do magistrado, para que ele possa prestar ao autor a tutela jurisdicional almejada.

4.6.4.1 Cobrança da multa

Será que a multa pode ser exigida de imediato quando já tiverem surtido os efeitos da decisão que a concebeu, ou será que é preciso esperar que os recursos cabíveis para a decisão se esgotem, para somente depois poder cobrá-la?

O momento em que pode ser efetuada a cobrança da multa tem gerado inúmeras discussões doutrinárias. Para Dinamarco e Grinover¹⁴⁸ a multa só poderia ser exigível depois de a sentença definitiva ter transitado em julgado. Já, Talamini¹⁴⁹ defende que se a pretensão da multa é assegurar de imediato à tutela antecipada, poderia, então, desde logo ser exigida, não havendo necessidade de se esperar o trânsito em julgado da sentença para poder cobrá-la.

Vejamos o disposto no art. 12, §2º, da Lei de Ação Civil Pública: “A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.” Portanto, a multa imposta pelo juiz em ação coletiva, como forma

¹⁴⁷ Dispõe o § 4º do art. 84 do CDC: “ o juiz poderá, na hipótese do § 3º 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.” (grifo nosso)

¹⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini apud, THEODORO JR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. In: Revista de Direito Civil e Processual Civil. v. 3. nº. 15. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 32.

¹⁴⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 252.

de coerção, só poderá ser cobrada depois da sentença favorável ao autor ter transitado em julgado.

Da leitura deste dispositivo, poder-se-ia dizer que, ao que concerne ao meio ambiente, por ser um bem tutelado por meio de ações coletivas, não haveria mais o que ser discutido a respeito do momento em que a multa pode ser cobrada. No entanto, Talamini também torna polêmica a questão da exigibilidade da multa nos casos de ações coletivas. O autor acredita que está norma por impedir a aplicação imediata da multa retira parte de sua eficácia. Talamini chegou até mesmo a “indagar se ainda está em vigor o dispositivo em face da inexistência de semelhante limitação à exigibilidade da multa no art. 84 do CDC, que lhe é posterior e aplica-se à Ação Civil Pública, nos termos do art. 21 da Lei 7.347/85”.¹⁵⁰

Sabe-se que a multa só conseguirá, de fato, intimidar o demandado se puder ser aplicada de imediato. De que adianta o juiz servir-se, por exemplo, da multa diária para coagir o réu a obedecer uma determinada ordem imposta através de tutela antecipada, se caso esta venha a ser descumprida o montante não pode ser imediatamente cobrado. Como bem coloca Arenhart:

Se é verdade que a multa vale pelo seu mero potencial intimidatório, também é certo que sua incidência concreta aumenta esse caráter; aliás, se não fosse a possibilidade de incidência e cobrança imediata da multa – inclusive de forma paulatina, à medida que se vai verificando o descumprimento da ordem –, nem haveria sentido em prever multa diária, bastando a consignação de uma multa única, em montante elevado, a ser exigido pelo descumprimento. Se a lei contempla a continuidade da multa, é porque entende que a demora no cumprimento da determinação aumenta o valor da multa e permite, desde logo, a cobrança dos valores já devidos, de forma a ampliar a condição intimidatória do meio coercitivo, pela realização concreta do mal prometido.¹⁵¹

Em que pese, ter sido a intenção do legislador – ao não reconhecer a aplicação imediata da multa – evitar a invasão indevida no patrimônio do réu, sem antes ter certeza de que realmente ele deve cumprir a obrigação imposta, não se pode ter rigorosamente essa cautela. Ora, seria injusto que bens de cunho não patrimonial, pertencentes à coletividade como é o caso do meio ambiente, tivessem seu valor diminuído diante do direito patrimonial do indivíduo. Mesmo porque, “enquanto o prejuízo decorrente da antecipada exigibilidade indevida da multa – por

¹⁵⁰ Ibidem, p. 254.

¹⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 377.

se tratar de dano patrimonial – pode ser perfeitamente indenizável, nem sempre o mesmo ocorre depois de se ter configurado o dano ambiental”.¹⁵²

Outro tema que merece ser examinado é a possibilidade da multa imposta na sentença ou na tutela antecipada ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão, caso a obrigação não tenha sido cumprida, mesmo se restar demonstrado que o réu tinha razão.

A doutrina majoritária entende que a multa fixada perderá a sua eficácia se o provimento final da demanda for de improcedência.¹⁵³ Ou seja, se a decisão da qual não cabe mais recurso é desfavorável para o autor da ação, o réu, que desde o início tinha razão, não tem de pagar o valor da multa por ter desobedecido a ordem do juiz. Sobre o tema, salienta Marinoni: “Não parece correto admitir que aquele que resultou vitorioso no processo deva pagar por não ter cumprido decisão que ao final não prevaleceu, já que o processo não pode prejudicar a parte que tem razão (seja ela autora ou ré).”¹⁵⁴

Quanto se pensa na multa fixada em tutela antecipada, mais ainda se justifica o seu não pagamento pelo réu vencedor da demanda. Sabe-se que a medida liminar concedida pelo magistrado passa por um juízo de verossimilhança, ou seja, o juiz irá decidir com base na probabilidade da existência do direito alegado pelo autor, podendo reverter a decisão proferida se entender que esse direito, na verdade, não existe. Logo, seria insensato manter a cobrança da multa quando ela incidiu, porque o juízo provisório foi falho. Também, não há razão para se cobrar a multa fixada em sentença que foi reformada.

Portanto, se o demandado deixou de obedecer uma decisão que, ao final, foi considerada injusta, não pode sofrer penalização, só porque essa ordem foi emanada pelo Poder Judiciário.

¹⁵² TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 294.

¹⁵³ Arenhart contrário à doutrina majoritária, afirma: “A função da multa é garantir a obediência à ordem judicial. Pouco importa se a ordem se justifica ou não; após a sua preclusão temporal, ou eventualmente, a análise do recurso contra ela interposto junto ao tribunal, só resta o seu cumprimento, sem qualquer ulterior questionamento. Se, no futuro, aquela decisão será ou não confirmada pela decisão final da causa, isto pouco importa para a efetividade daquela decisão. Está em jogo, afinal, a própria autoridade do Estado.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Op. cit., p. 201). No entanto, o próprio autor considerando o disposto no § 2º do art. 12 da Lei 7.347/85 reconhece que, “no plano coletivo, as observações anteriormente feitas não têm pertinência, exatamente em razão da presença de regra própria a impor outra solução. A multa cominada, pois, vale apenas como ameaça de sanção, pois esta somente poderá concretizar-se com o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor.” (Idem. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 377).

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. Op. cit., p. 110.

Importante também assinalar que diferente do que ocorre nos processos individuais no âmbito das ações coletivas, o valor da multa não se reverte em benefício do autor da demanda. O montante auferido, nestes casos, será encaminhado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, de Ação Civil Pública, e regulamentado pelo Decreto 1.306/94.

4.6.4.2 Valor da multa

Como a multa tem a função de convencer o réu a adimplir de forma voluntária a ordem judicial, o montante deve ser imposto na dosagem certa para que a medida possa alcançar o seu objetivo, ou seja, o valor estabelecido tem que ser suficientemente capaz de fazer com que o réu prefira realizar a conduta do que desconsiderar o comando judicial.

Para aplicar adequadamente a multa é preciso tomar por base a capacidade econômica do sujeito que terá de suportá-la, a fim de que o montante fixado não seja insignificante e nem excessivo.¹⁵⁵

Se a quantia cominada pelo juiz for inexpressiva, muito pequena, a multa perderá sua função intimidatória, pois o réu, provavelmente, achará mais rentável transgredir a ordem e arcar com a multa. Indubitavelmente, dependendo do montante fixado, a atividade ilícita pode ser muito mais compensatória do que desembolsar o valor da multa.

Nesse sentido, lapidar é o ensinamento de Marinoni:

A multa, para cumprir função intimidadora, não pode ser imposta em valor que não seja suficiente para convencer o réu a adimplir. Isso porque, dependendo do valor estabelecido para a multa, pode ser conveniente ao réu suportá-la, para, livremente, praticar o ato que se deseja ver inibido.¹⁵⁶

Em vista disso, a mensuração da multa não pode ficar limitada a quantia apontada pelo autor, tampouco deve cingir-se ao valor da obrigação, principalmente quando o que está em jogo é um direito de cunho não patrimonial. Ademais, se a multa pode ser fixada em montante superior ao da prestação, nada impede que o

¹⁵⁵ Marinoni assevera: “o juiz, ao considerar a capacidade econômica do réu, não deve limitar-se a analisar seu patrimônio imobilizado, mas tudo que indique sua verdadeira situação financeira, como, por exemplo, o salário que é por ele auferido.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 220).

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. Op. cit., p.106-107.

juiz aplique a cifra que achar mais adequada ao caso. Assim, para garantir a inviolabilidade desses bens que não podem ser traduzidos em pecúnia, o magistrado tem que ter ampliados os seus instrumentos e não restritos.

Por outro lado, se o valor da multa for extremamente alto, a medida também ficará inviabilizada; primeiro, porque o devedor nunca conseguirá pagá-la e segundo, porque poderá pensar que, por ser um valor muito elevado, jamais irão exigí-lo.

É imprescindível que a importância seja mensurada num parâmetro apropriado para que a multa consiga atingir a sua finalidade. Levando em conta a dificuldade do magistrado ao ter que aplicar, de imediato, a multa sem muitas vezes dispor de informações necessárias para verificar o montante adequado a ser fixado, criou-se a possibilidade dela ser modificada a qualquer tempo. Tal possibilidade se tornou expressa no art. 461 do Código de Processo Civil, com o advento do § 6º introduzido pela Lei 10.444/2002. O referido dispositivo prevê: § 6º “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.” Portanto, mesmo que o magistrado já tenha fixado determinado valor à multa, este poderá ser aumentado ou diminuindo de acordo com as necessidades da situação concreta, para se chegar ao propósito da medida.

Também, é possível que a multa seja fixada em montantes progressivos de forma que seu valor aumente a cada dia de descumprimento.¹⁵⁷

Sendo a multa um elemento da técnica processual, suscetível de ser alterado a qualquer tempo, não se submete à preclusão e muito menos, à coisa julgada. Afirma Marinoni: “o valor da multa, contudo, não fica petrificado pela coisa julgada material, tanto é que pode ser aumentado pelo juiz, sem que nova circunstância apareça. É que a multa em virtude de sua função, tem uma conformação essencialmente provisória.”¹⁵⁸

Comunga desse pensamento Talamini quando assevera:

A imutabilidade da coisa julgada recai sobre a pretensão que foi acolhida – ou seja, sobre a determinação de que se obtenha o resultado específico a que tenderia a prestação a que foi descumprida. Não abrange o valor da multa, nem mesmo sua imposição. A multa é elemento acessório,

¹⁵⁷ TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit., p. 290. Nesse sentido, com propriedade, ensina Marinoni: “Dada a finalidade da multa e a possibilidade de o devedor resistir à pressão que ela tem por fim exercer, é até mesmo aconselhável que o juiz fixe uma multa que aumente progressivamente com o passar do tempo. O fluir do tempo sem o adimplemento do réu evidencia sua capacidade de resistência, e se o objetivo da multa é justamente quebrar esse poder de resistir, nada mais natural do que sua fixação em caráter progressivo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 220).

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. Op. cit., p. 112.

instrumento auxiliador da “efetivação” do comando revestido pela coisa julgada.¹⁵⁹

Alguns doutrinadores¹⁶⁰ admitem a modificação do valor da multa depois da decisão ter trânsito em julgado, mas com uma ressalva desde que tenha ocorrido alguma alteração nas circunstâncias de fato (cláusula rebus sic stantibus). Entendemos ser despropositada essa condição, uma vez que a multa, como já foi dito, serve apenas para garantir a efetividade da decisão do juiz.

Outra questão interessante que deve ser abordada é a imposição de multa diária estabelecida no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil. Não obstante o legislador ter feito referência unicamente a essa medida, tem-se entendido que a multa também pode incidir em um único momento.¹⁶¹ No que se refere à tutela inibitória, a multa diária só será apropriada para inibir violações continuadas, ou seja, para fazer cessar a prática ilícita reiterada, não se mostrando adequada nos casos em que o ato ilícito tem eficácia instantânea. Nessas situações, a multa só conseguirá atingir seu objetivo – inibir a prática ou a repetição do ilícito – se o montante apropriado para impedir a conduta contrária ao direito for fixado em uma única vez.¹⁶²

4.6.5 A execução direta

A medida coercitiva não é o único mecanismo previsto no direito brasileiro para auxiliar o magistrado na busca da tutela jurisdicional efetiva. De acordo com o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, “na ação que tenha por objetivo o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, o juiz concederá a tutela específica

¹⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**. Op. cit., p. 245.

¹⁶⁰ Dentre eles, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer**, Reforma do Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 266; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit.

¹⁶¹ Carreira Alvim defende “a multa imposta será necessariamente diária, o que afasta a possibilidade da multa em valor fixo (R\$ 1.000,00 se não cumprir a ordem) ou por período diverso de tempo (semanal, quinzenal mensal etc.)”. (CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual** apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). Op. cit., p. 221).

¹⁶² Afirma Marinoni: “quando se teme, por exemplo, que alguém pratique um ato ilícito ou mesmo volte a praticá-lo, não é adequado pensar em uma multa que passará a ter o seu valor aumentado após a prática do ato contrário ao direito. A incidência da multa em momento posterior ao do ilícito de eficácia instantânea não tem, como é evidente, o poder de inibir a sua prática.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. Op. cit., p. 107). No mesmo sentido, é o ensinamento de ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit. ; TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit.

da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Percebe-se que para alcançar esse resultado prático equivalente à satisfação do direito, que orienta a tutela executiva, o legislador possibilitou ao juiz a utilização de medidas coercitivas e sub-rogatórias. Por isso, diz-se que a execução, dependendo do meio executivo empregado, pode ser direta (medidas sub-rogatórias) ou indireta (medidas coercitivas).

O § 5º deste mesmo artigo, ampliou ainda mais a possibilidade de atuação do magistrado, ao afirmar: “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como (...)” Como se vê, esse dispositivo confere ao juiz não apenas a escolha da técnica que acredita ser mais apropriada para o caso concreto, como também a possibilidade de optar pela medida que achar necessária. Assim, se o magistrado entender que, naquela situação fática, a técnica mandamental não será capaz de prestar a efetiva tutela ao direito, ele poderá utilizar meios sub-rogatórios para efetivar o cumprimento da obrigação.

Nessa esteira, ensina Arenhart:

As medidas sub-rogatórias são mecanismos de cumprimento da ordem judicial que dispensam a colaboração do ordenado, já que a prestação imposta pode ser atribuída a terceiro, de forma a realizar exatamente o resultado idêntico àquele que seria operado pelo sujeito passivo.¹⁶³

Através das medidas de sub-rogação, a tutela executiva é prestada sem nenhum tipo de colaboração do obrigado, ou seja, realiza-se exclusivamente pela ação de órgãos jurisdicionais. Encontra-se aí a vantagem da técnica executiva, vez que esse instrumento não condiciona o cumprimento da prestação à vontade do obrigado, podendo o juiz valer-se de meios sub-rogatórios para substituir a conduta do demandado.

Pretende-se neste item não uma abordagem ampla do tema, mas apenas ressaltar que é possível se obter, também, uma prestação concreta através de meios sub-rogatórios. Portanto, fica a critério do magistrado, após a análise do caso concreto, aplicar a medida que lhe parecer mais idônea à preservação do direito.

¹⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 396.

4.7 A COISA JULGADA NAS AÇÕES INIBITÓRIAS

A questão da coisa julgada¹⁶⁴ no que diz respeito à ação inibitória ambiental sobressai, especialmente nos seus limites objetivos e subjetivos, bem como no limite temporal da imutabilidade da decisão inibitória.

Desde já cabe esclarecer que as sentenças proferidas em ações inibitórias, embora, na maioria vezes por serem voltadas para o futuro, não tragam um juízo de certeza, podem produzir coisa julgada material. Considerar de maneira diferente significaria comparar a ação inibitória com a ação cautelar (não atingida pelos efeitos da coisa julgada), o que não se poderia permitir.

Sabe-se que a coisa julgada material¹⁶⁵ consiste na impossibilidade de modificação do efeito declaratório da decisão. Com isso, a demanda que tem as mesmas partes litigando e a mesma causa de pedir não poderá ser novamente examinada, nem naquele processo nem em outro, por estar coberta pelo manto da coisa julgada material. É fundamental, sob esse aspecto, mencionar o ensinamento de Arenhart:

De fato, a coisa julgada nada mais é do que o reflexo da ordem jurídica abstrata no caso concreto; se a regra abstrata é (ao menos em princípio, e enquanto a necessidade estiver acorde com ela) imutável, também a regra concreta assim deve ser. E, considerando que na sentença o juiz “concretiza” a norma abstrata, fazendo a *lei do caso concreto*, nada mais normal que esta lei também se torne imutável.

Tem-se, então, que a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional; declaração esta de existência ou inexistência daquela relação jurídica deduzida em juízo. Portanto, para que possa ocorrer coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito.¹⁶⁶

Dessa forma, para que haja a imutabilidade da sentença judicial derivada da coisa julgada material, o instrumento processual precisa conferir ao magistrado as condições necessárias para que possa proferir uma decisão, ou seja, uma declaração com juízo de certeza (cognição exauriente) acerca da existência ou inexistência do direito afirmado.

¹⁶⁴ Sobre o tema da coisa julgada nas ações coletivas, ver item 3.4.

¹⁶⁵ Conforme disposto no art. 461, do CPC, “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

¹⁶⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Op. cit., p. 219.

O que ocorre na ação inibitória é que – apesar do provimento final, em grande parte dos casos, não ser uma declaração de certeza – o processo no qual a decisão foi formada possui nítida cognição exauriente. Daí a razão pela qual a decisão inibitória deve ficar submetida aos efeitos da coisa julgada material.

Quanto aos limites da coisa julgada, ao que concerne as partes do processo inibitório, estes se operam normalmente.¹⁶⁷ Porém, quando se fala em tutela do bem jurídico ambiental, a coisa julgada produzirá efeitos *erga omnes* e *ultra partes*,¹⁶⁸ por se tratar de ação coletiva. A coisa julgada em matéria ambiental (bem de natureza difusa) não fica restrita somente às partes envolvidas no litígio, atinge a toda coletividade.

No que se refere aos limites objetivos da coisa julgada na sentença inibitória, enquanto perdurarem as circunstâncias de fato e de direito que embasaram o provimento, seus efeitos permaneceram, ou seja, serão transportados para um futuro indeterminado. Nessa acepção, é a lição de Arenhart:

A relação jurídica travada entre os sujeitos da prevenção do ilícito também merece ser considerada como una. Derivada que é de um princípio geral de prevenção, não se pode negar a esta relação jurídica o caráter uno e indivisível, donde resultará que a mesma solução apontada para a questão do mandado de segurança preventivo será também aplicável em tema de inibitória, fazendo com que a imutabilidade da coisa julgada se projete para o futuro indeterminado (ao menos enquanto perdurarem a situação fática e jurídica que embasaram a decisão judicial).¹⁶⁹

Indiscutivelmente, em matéria ambiental, o entendimento não poderia ser diferente, tendo em vista a importância fundamental do bem jurídico em questão. Não se pode permitir que num dado momento seja proibida a prática do ilícito ambiental e em outro (futuro) seja autorizada a conduta ilícita. Se o magistrado impõe uma ordem para que o demandado deixe de praticar determinada atividade por haver riscos de lesão ao meio ambiente, ele não poderá no futuro praticá-la, a não ser que consiga comprovar que o perigo da lesão cessou. Portanto, para a preservação da higidez ambiental é necessário que os efeitos da coisa julgada

¹⁶⁷ Sobre os limites da coisa julgada, Arenhart explica: “em relação à tutela inibitória, nenhuma particularidade guarda esse tema em face da tutela repressiva tradicional (...) Deveras, no plano inibitório, a coisa julgada opera-se de forma idêntica à maneira como age nas demais espécies de ação, aplicando-se-lhe integralmente as lições relativas à tutela a posteriori. Dessa forma, apenas as partes ficam vinculadas pela coisa julgada na ação preventiva.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Op. cit., p. 417).

¹⁶⁸ Art. 103, do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Op. cit., p. 227.

perdurem *ad aeternum*, ao menos, durante o tempo em que subsistirem os motivos que ensejaram aquele julgamento.

5 CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, é possível afirmar que o ordenamento jurídico pátrio dispõe de mecanismos suficientes para conceder uma tutela adequada ao bem jurídico ambiental, atendendo, assim, o disposto na Constituição Federal, que assegura a todos o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Há que se ter presente que o direito fundamental ao meio ambiente hígido e sadio somente poderá ser concretamente preservado na medida em que o sistema jurídico autorize o manejo de ações preventivas, vez que a lesão causada ao bem ambiental dificilmente poderá ser revertida, recompondo-se o *status quo ante*, não sendo idônea, como visto, à efetiva preservação do meio ambiente, a tutela ressarcitória.

A tutela inibitória tornou-se essencial para sociedade moderna, na qual os indivíduos estão cada vez mais preocupados com a efetiva tutela dos direitos não-patrimoniais proclamados em lei.

No instante em que se começa a compreender que a verdadeira função do processo é consagrar-se um instrumento hábil a concretizar o direito conferido pela norma material e que o Estado, ao avocar para si a jurisdição, criou para o cidadão a possibilidade de exigir uma tutela efetiva ao seu direito, passa-se a refletir a respeito de técnicas processuais idôneas a amparar os novos direitos surgidos com a massificação da sociedade – entre os quais o meio ambiente está incluído –, já que os meios até então disponíveis não conseguiam cumprir de modo satisfatório este papel.

Como resposta à necessidade de proteção a estes “novos direitos”, introduziu-se no ordenamento jurídico pátrio os arts. 84 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 461 do Código de Processo Civil, ficando ao encargo dos operadores do direito a aplicação e compreensão destes dispositivos sob a perspectiva da efetividade do processo civil, devendo estes sempre ter em mente que o processo somente alcançará os seus escopos se conseguir atender de modo eficaz às diversas situações de direito substancial. Daí a importância da ação inibitória na atualidade.

Tendo em vista os artigos acima mencionados, infere-se que o sistema jurídico brasileiro já dispõe de fundamentos normativo-processuais que permitem a

intervenção Estatal para evitar a prática, a repetição ou a continuação de ato contrário ao direito (tutela inibitória).

Portanto, é garantido aos cidadãos o direito de exigir do Estado uma ação judicial autônoma com procedimento célere, dotada de técnica antecipatória e meios executivos próprios que autorizem a utilização da prova indiciária quando não houver possibilidade de ser produzida prova direta. Enfim, uma técnica processual que realmente seja capaz de dotar o Poder Judiciário de instrumentos hábeis à efetiva tutela dos direitos, entendida esta como a preservação da sua integridade, principalmente aqueles que não podem ser reduzidos à pecúnia, dando consecução à verdadeira instrumentalidade processual, no sentido de propiciar ao jurisdicionado aquilo e exatamente aquilo que alcançaria pelo cumprimento voluntário da norma jurídica substancial.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Fábio Bonomo de. **Tutela de urgência ambiental na ação civil pública**. São Paulo: Editora Jurídica JH Mizuno, 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Curitiba: Juruá, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tendências contemporâneas do direito processual civil**. Temas de direito processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **As presunções e a prova**. Temas de direito processual. Primeira série. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. **O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo**: privatismo, associacionismo e publicismo no direito do ambiente ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público. *In Siddamb*. On-line. Disponível em: <<http://www.diramb.gov.pt>.> Acesso em 24/10/2007.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____ **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer**. Reforma do Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 7ª ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____ **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____ **Tutela específica:** arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____ **Tutela inibitória** (individual e coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ e ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 5. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ **Manual do Processo de Conhecimento:** a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente:** direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Aluisio de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado:** e legislação extravagante. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Meio ambiente no direito brasileiro atual.** Curitiba: Juruá, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil.** Porto Alegre: Fabris, 1996.

_____ **Do processo cautelar.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental:** a prevenção do ilícito. Curitiba: Juruá, 2007.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente:** tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.** In: Revista de Direito Civil e Processual Civil. v. 3. nº. 15. Porto Alegre: Síntese, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** Parte geral. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva.** São Paulo: Malheiros, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública.** 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.