

Tutela Inibitória Ambiental: Considerações Iniciais sobre a Prevenção do Ilícito Ambiental

Leonardo Papp*

Sumário. 1) Introdução. 2) Responsabilidade civil e o papel das normas jurídico-administrativas ambientais. 2.1) A responsabilidade civil tradicional (subjetiva). 2.2) A responsabilidade civil objetiva. 2.3) Atuação preventiva/precaucional e insuficiência da responsabilidade civil. 2.4) Normas jurídico-administrativas em matéria ambiental: bases para a atuação preventiva e precaucional. 3) Tutela inibitória ambiental: uma tutela voltada contra o ilícito. 3.1) Noções introdutórias. 3.2) Questão de ordem: a confusão conceitual entre dano e ilícito. 3.3) Fundamentos da tutela inibitória ambiental. 3.4) Pressupostos da tutela inibitória ambiental. 4) Tutela inibitória ambiental: um modelo em teste. 5) Considerações Finais. Referências.

1) Introdução

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço na proteção jurídica do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com um capítulo inteiramente dedicado ao tema, a partir do Carta Magna de 1988 a importância do bem ambiental definitivamente transcendeu a perspectiva meramente econômica (ou seja, recursos a serem livremente utilizados nos processos produtivos), sendo o meio ambiente sadio alçado à condição de direito fundamental do homem do presente e das futuras gerações.

Contudo, juntamente com o alargamento da tutela jurídica do meio ambiente, surgem novas demandas a reclamar a atuação do Estado, pois de nada adianta tão-somente prever a existência de direitos, mas não fornecer instrumentos necessários e suficientes para a sua implementação fática. Assim sendo, assume especial relevância a atuação do Poder Judiciário, devendo o exercício da função jurisdicional realmente assumir seu papel de palco privilegiado para a consecução dos direitos constitucionalmente assegurados. Para fazer frente a esses novos desafios, o direito processual não pode perder de vista sua ineliminável conexão com o direito material.

* O autor é bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professor da Faculdade Metropolitana de Guaramirim (FAMEG) e do Centro Universitário de Jaraguá do Sul (UNERJ).

É dentro desse contexto que emerge a importância da tutela jurisdicional do ilícito ambiental. Ou seja, para além da preocupação com os danos causados ao meio ambiente, também é missão da atividade jurisdicional combater a mera violação às normas jurídicas de proteção ao meio ambiente, despontando a chamada tutela inibitória ambiental.

A partir desse cenário, o presente estudo visa a delinear as bases do regime jurídico-processual que orienta a chamada tutela inibitória ambiental, quando aplicada especificamente à garantia de cumprimento das normas jurídico-administrativas ambientais. Para tanto, inicialmente faz-se necessário analisar, ainda que brevemente, a tutela jurisdicional do dano ambiental, fulcrada no sistema da responsabilidade civil (desde a sua vertente tradicional, até a adoção da teoria objetiva pelo ordenamento jurídico pátrio). Após apresentar as suas principais características, verificar-se-á a insuficiência do sistema da responsabilidade civil para a efetiva tutela do bem ambiental.

Passa-se, então, a apresentar as bases da chamada tutela jurisdicional do ilícito (que atua paralelamente à tutela jurisdicional do dano) ambiental, como instrumento de garantia da observância das normas jurídico-administrativas que atuam na gestão dos riscos ambientais, na perspectiva de um macrocenário espacial e temporalmente considerado. Para tanto, procede-se à distinção entre as categorias do ilícito e do dano ambiental (e, por conseguinte, da ilicitude e da responsabilidade civil), passando pela definição dos fundamentos e dos pressupostos da tutela inibitória ambiental. Ao final, questiona-se a utilidade prática desse sistema de tutela jurisdicional do ilícito ambiental, a partir da aplicação dos postulados da tutela inibitória a uma situação corriqueiramente verificada na atuação prática do Direito Ambiental.

Com este trabalho, longe de ter a pretensão de esgotar o tema, pretende-se promover o debate acerca da atuação da chamada tutela inibitória ambiental, em busca da construção de instrumentos jurídico-processuais que possam atuar preventivamente, a fim de garantir a eficácia da implementação fática dos cânones consagrados no texto constitucional no que pertine a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2) Responsabilidade Civil e o Papel das Normas Jurídico-Administrativas Ambientais

2.1) A responsabilidade civil tradicional (subjettiva)

Na estrutura de um Estado Democrático de Direito a função jurisdicional assume papel fundamental para a própria legitimidade do ente público. Isso porque, ao mesmo tempo em que há vedação à autotutela, através da atividade jurisdicional o Estado assume o compromisso, perante toda a sociedade, de garantir a fruição dos direitos (materiais) assegurados pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, deve-se ter em mente que a noção de prestar a tutela jurisdicional não se resume a meramente responder os pleitos levados à apreciação do Poder Judiciário, mas engloba tarefa mais complexa, qual seja, responder às lides de forma adequada e tempestiva, garantindo-se efetivamente a proteção aos direitos materiais positivados. Ou seja, “(...) se o processo é instrumento de realização do direito material, o resultado do seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquela que produziria a atuação espontânea das normas substanciais” (BARBOSA MOREIRA, 1994).

Paradoxalmente, porém, desde há muito se tem apontado que o direito processual é acometido por uma espécie de dupla defasagem, posto enfrentar constantemente a necessidade de se adequar ao direito material, o qual, por sua vez, também encerra importante grau de desconexão em relação à realidade, ou seja, ao mundo dos fatos (ARENHART, 2000, p. 17).

A situação descrita pode ser evidenciada com a análise do sistema tradicional da responsabilidade civil. Em razão de seu caráter eminentemente patrimonialista, a responsabilidade civil em seu viés tradicional conduziu à “suposição de que os bens podem ser adequadamente tutelados através da via ressarcitória, exatamente porque podem ser reduzidos a pecúnia” (MARINONI, 2001, p. 23).

Ou seja, tendo em vista um espectro de bens jurídicos com forte caráter econômico, ressoava com inquestionável naturalidade a proteção dos direitos materiais (apenas) através de técnicas indenizatórias, mensurando-se monetariamente o dano causado em razão de uma conduta (ilícita) repelida pelo ordenamento jurídico e atribuindo-se ao seu causador a obrigação/condenação de pagar a quantia determinada. Não bastasse isso, tal monetarização dos direitos ocorria em bases bastante estritas, eis que, como bem salienta BENJAMIN (1998, p. 12), “o paradigma tradicional da responsabilidade civil pressupõe a possibilidade do autor definir de maneira clara e precisa, quase matemática, a estrutura quadrangular dano-nexo causal-causador-vítima”.

Assim sendo, como requisitos para o pleito judicial de responsabilidade civil exigia-se a clara demonstração (I) da atitude culposa de agente(s) determinado(s), (II) repudiada pelo Direito (portanto, ilícita), (III) cuja consequência tenha sido a ocorrência de um dano (que sempre seria patrimonialmente avaliável) (IV) causado a pessoa(s) determinada(s).

Tais cânones também ressoaram no campo do direito processual. É dizer, fundado no dogma da certeza jurídica, para a responsabilização por danos causados em virtude de atos praticados em dissonância com o direito material, afigurava-se necessário enfrentar um processo (de conhecimento) voltado à certificação da verdade, o qual abriria ensejo ao manuseio de outro processo (de execução), este objetivando a realização prática do direito anteriormente afirmado. Trata-se da consagração da técnica processual fundada no binômio

sentença condenatória/execução forçada, tendo matiz eminentemente repressivo, na medida em que

(...) era necessário, pois, dentro desta concepção, haver primeiramente a violação ao direito, para somente após isto, haver espaço para a intervenção da jurisdição. A função preventiva, dentro deste paradigma, era excluída da jurisdição, 'porque a essa liga-se, em termos estruturais, a uma ampliação dos poderes de controle do Estado-juiz, que tende a comprimir a liberdade de autônoma regulamentação das relações jurídicas privadas' (ARENHART, 2000, p. 99).¹

Não tardou, porém, para a dinamicidade do mundo dos fatos revelar a insuficiência do sistema tradicional da responsabilidade civil, conforme se passa a destacar.

2.2) A responsabilidade civil objetiva

A consolidação do sistema de responsabilidade civil deixou transparecer cada vez mais claramente a "(...) constatação de que a concepção tradicional, subjetiva, é insuficiente para resolver problemas de setores específicos da vida contemporânea, onde a atividade econômica cria o risco de dano, que deve ser indenizado pelos beneficiários dessa atividade" (AMARAL, 1998, p. 554).

Notadamente no que pertine à proteção jurídica do meio ambiente, a concepção tradicional da responsabilidade civil deixa transparecer de forma patente a sua ineficácia quando analisada à luz das peculiaridades do dano ambiental. Isso porque, no mais das vezes, os elementos definidores da responsabilidade civil tradicional não se coadunam com as especificidades do dano ambiental, entre as quais se destacam: (I) dificuldade de valorar economicamente (pelo menos de forma satisfatória) os danos causados; (II) dificuldade em determinar claramente as suas fontes, eis que pode surgir não de uma atividade determinada, mas sim da cumulação e da sinergia entre várias atividades degradantes; (III) a dificuldade na tarefa de determinar adequadamente todas as vítimas; e (IV) dificuldade para definir a extensão da conduta lesiva, seja espacial, seja temporalmente.

Razões para a inadequação da responsabilidade civil tradicional na proteção do meio ambiente também podem ser identificadas sob o prisma do direito processual. É dizer, o esquema fundado no binômio sentença condenatória/execução forçada também não se coaduna com as singularidades

¹ De mais a mais, pode-se constatar outras influências dos postulados liberais na atuação do processo civil clássico. Tanto é assim que facilmente encontrar-se-á relação entre as premissas básicas desse movimento (entre outras, a igualdade formal, a autonomia da vontade, a não-ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do *facere*) e os rumos tomados pelo processo civil em sua fase autonomista (a neutralidade do juiz, a ordinarização, a separação entre função cognitiva e função executiva, o dogma da *nulla executio sine titulo* e ainda a tipicidade dos meios de execução).

do dano ambiental, especialmente no que toca (I) ao tempo do processo, que pode acarretar a impossibilidade de restituição do *status quo ante*; e (II) à inocuidade de definir um valor em dinheiro para a condenação, que, longe de tutelar adequadamente o bem ambiental lesado, tão-somente atribui ao agente causador o direito de degradar o meio ambiente desde que esteja disposto a pagar (ainda assim, apenas após um moroso processo judicial) uma indenização para tanto.²

Em suma, pode-se concluir que, uma vez que “projetada para funcionar num cenário com uma ou poucas vítimas, regulando o relacionamento indivíduo-indivíduo, salvaguardando as relações homem-homem, de caráter essencialmente patrimonial, e não as relações homem-natureza, não teria mesmo essa responsabilidade civil grande utilidade na tutela do meio ambiente” (BENJAMIN, 1998, p. 8).

Visando a superar essas dificuldades, buscou-se reformular o sistema da responsabilidade civil em matéria ambiental, culminando na consagração da chamada teoria objetiva, o que se depreende do art. 14, § 1º, da Lei Federal 6.938/81, tendo como principais conseqüências: (I) irrelevância da intenção danosa; (II) irrelevância da mensuração do subjetivismo; (IV) irrelevância da licitude da atividade; (V) atenuação do relevo donexo causal, sendo suficiente que a atividade possa acarretar danos ecológicos para que se inverta o ônus da prova e se estabeleça a presunção (*iuris tantum*) de responsabilidade (SILVA, 1994, p. 215-216).

A essa nova feição da responsabilidade civil agregam-se instrumentos postos à disposição do direito processual, a fim de conferir maior efetividade, adequação e tempestividade à tutela jurisdicional (do meio ambiente), tais como a previsão das tutelas de urgência e a paulatina aceitação da classificação quínária dos provimentos judiciais (englobando as sentenças mandamentais e as executivas *lato sensu*), conjugada à propagação das técnicas específicas nas obrigações de fazer e de não fazer.

2.3) Atuação preventiva/precaucional e insuficiência da responsabilidade civil

Com a adoção da teoria objetiva, certamente conferiu-se novo fôlego ao regime da responsabilidade civil em matéria ambiental, aproximando-o das

² Diga-se de passagem, aliás, que com o surgimento de direitos insuscetíveis de serem (verdadeiramente) compensados monetariamente, quebrou-se a espinha dorsal do sistema que concebeu a classificação trinária das sentenças, tal como denuncia MARONONI (2001, p. 38-39): “na verdade, por incrível que possa parecer, um sistema que trabalha exclusivamente com as três sentenças clássicas está dizendo que todos têm direito a lesar direitos desde que se disponham a pagar por eles [pois] (...) sabe o demandado que a única sanção que sofrerá, diante da prática de um ilícito, é a ressarcitória, o que lhe permite transformar, livremente, o direito do autor em tutela ressarcitória, que na maioria das vezes será prestada pelo equivalente em pecúnia.”

peculiaridades inerentes à tutela do bem ambiental. Contudo, não se pode ter a ilusão de que “(...) a utilização pelo Direito Ambiental de uma responsabilidade civil revitalizada resolverá, de vez, a degradação do planeta” (BENJAMIN, 1998, p. 10). Isso porque, muito embora tenha potencializado sua eficácia, a adoção da teoria objetiva e a inclusão de novas técnicas processuais não têm o condão de extirpar completamente a inadequação entre o sistema da responsabilidade civil e as peculiaridades do dano ambiental, especialmente no que pertine à demonstração do preenchimento dos requisitos causador-vítima-dano-nexo causal.

Aliás, não parece ser infundado afirmar que o regime de responsabilidade civil não ocupa papel de primazia no sistema constitucional de proteção ambiental, sendo que a necessidade de seu manuseio indica, em certa medida, o fracasso de outros mecanismos de tutela ambiental que, se atuassem de forma adequada no caso concreto, apresentariam mais condições de cumprir a tarefa de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações.

Tal assertiva encontra fundamento quando se tem em mente que a sociedade atual está fortemente marcada pela existência de riscos. Conseqüentemente, a proteção efetiva do meio ambiente reclama a constante “gestão de riscos”, o que somente se atinge de forma adequada por meio da implementação de instrumentos de viés preventivo.³ Dentro desse contexto, assumem especial importância os chamados Princípio da Precaução e Princípio da Prevenção, cujos conteúdos estão conectados às noções de perigo abstrato e de perigo concreto, respectivamente, tal como anotam LEITE e AYALA (2002, p. 62): “(...) se pretendermos unificar semanticamente as categorias de risco e de perigo, pode-se considerar para a compreensão de nosso raciocínio que 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”.⁴

Destinado aos casos em que se verificarem perigos abstratos, o Princípio da Precaução atuará diante de situações em que se constate a existência de uma atividade abstrata e supostamente capaz de causar dano grave ou irreversível ao meio ambiente, muito embora não haja comprovação científica acerca desses

³ Pode-se afirmar que os mecanismos preventivos constituem a principal forma de atuação do Direito Ambiental na busca de seus objetivos, tal como indica MARTÍN MATEO (p. 93): *aunque el Derecho ambiental se apoye a la postre en un dispositivo sancionador, sin embargo, sus objetivos son fundamentalmente preventivos. (...) en el Derecho ambiental la coacción a posteriori resulta particularmente ineficaz, por un lado en cuanto que de haberse producido ya las consecuencias, biológica y también socialmente nocivas, la podrá tener una transcendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables, lo que es válido también para las compensaciones impuestas imperativamente.*

⁴ A diferenciação entre precaução e prevenção, todavia, não é unânime na doutrina pátria, havendo quem defenda a aglutinação dos dois termos, tal como MILARÉ (2000, p. 118), que prefere “(...) adotar *princípio da prevenção* como forma simplificadora, uma vez que *prevenção*, pelo seu caráter genérico, engloba *precaução*, de caráter possivelmente específico”.

danos. Já o Princípio da Prevenção está diretamente relacionado a situações que envolvem perigos concretos; é dizer, constatando-se que dada atividade possível ou previsivelmente trará conseqüências danosas ao meio ambiente, devem ser adotadas as medidas aptas a evitar e/ou minimizar tais danos. Note-se que, na seara do Princípio da Prevenção, há conhecimento científico suficiente para determinar que a atividade é potencial ou efetivamente lesiva para o meio ambiente, atuando-se justamente para evitar a consumação dos resultados indesejados da atividade que já se sabe perigosa (LEITE, 2000, p. 48).

Saliente-se que a distinção entre as situações de precaução e de prevenção afigura-se deveras relevante, havendo na definição do campo de atuação autônoma do Princípio da Precaução, “mais do que um jogo de palavras, [pois] a assertiva é norteadada por uma política diversa da prevenção, porque se privilegia a intenção de não se correr riscos, até porque a precaução é tomada mesmo sem saber se existem os riscos [concretos]. Se já são conhecidos, trata-se de preveni-los”. (RODRIGUES, 2003, p. 150).

Ora, não se está olvidando que o regime da responsabilidade civil (com sua nova roupagem) possa (e deva!) se valer dos Princípios da Precaução e da Prevenção para atuar de forma preventiva/precaucional na tutela jurídica do meio ambiente. Contudo, certamente esta não é o instrumento mais adequado para veicular pretensões preventivas (em sentido amplo), tendo em vista que está indissociavelmente conectada à necessidade de demonstração de dano ou risco (abstrato ou concreto) de dano ao meio ambiente. É dizer, é ínsita à responsabilidade civil (inclusive com o sistema da teoria objetiva) a restrição da atuação jurisdicional à tutela preventiva do dano, engendrando todas as vicissitudes que já foram apontadas em relação ao dano ambiental.

Ou seja, mesmo que orientado pelos postulados da precaução e/ou da prevenção, quando fundada na responsabilidade civil, a discussão judicial não poderá prescindir da análise (I) dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil (mesmo que mitigados), (II) dos requisitos que autorizam a incidência do Princípio da Precaução (incerteza científica quanto à ocorrência de danos ambientais graves e irreversíveis), além de elucubrações acerca da tolerabilidade da conduta supostamente degradante (III) dos danos efetiva ou potencialmente causados, para a aplicação do Princípio da Prevenção, reforçando a discussão acerca da tolerabilidade, (IV) da possível (provável!) colisão do direito fundamental ao meio ambiente hígido com outros direitos fundamentais (iniciativa econômica, pleno emprego, redução das desigualdades regionais etc.) do mesmo modo assegurados pela Carta Magna. Para dirimir controvérsias envolvendo tais questões, no mais das vezes, esbarra-se na necessidade de se abrir uma complexa e morosa fase de dilação probatória, que em tudo conflita com a efetividade da tutela jurídica do meio ambiente.

De mais a mais, é necessário ter na devida conta que a atuação do sistema de responsabilidade civil em matéria ambiental – não obstante possa se revelar eficaz na tutela do meio ambiente num caso concreto – atua de forma pontual e, portanto, não é instrumento adequado para implementar a proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, assumindo a tarefa da “gestão de riscos” num macrocenário temporal e espacialmente considerado, o que reclama instrumentos jurídicos que integrem verdadeiras políticas públicas de atuação preventiva na proteção do bem ambiental.

2.4) Normas jurídico-administrativas em matéria ambiental: bases para a atuação preventiva e precaucional

Até o momento procurou-se demonstrar que a responsabilidade civil (não obstante a sua fundamental importância na proteção do meio ambiente) não é o instrumento jurídico adequado para a execução da tarefa de “gestão de riscos” ambientais na sociedade atual, através de instrumentos precaucionais/preventivos. Agudizando o raciocínio, parece acertado asseverar que este fenômeno não se resume à responsabilidade civil, podendo ser estendido à esfera judicial (seja civil, seja penal) como um todo.

Noutros termos, é no campo administrativo que se encontrarão instrumentos jurídicos mais consentâneos à implementação de políticas públicas destinadas à tutela do meio ambiente num macrocenário temporal e espacialmente considerado. Isso porque, com as notáveis e nefastas conseqüências da emergência do desenvolvimento tecnológico, “condicionar e conter a ação das pessoas físicas e jurídicas dentro dos limites definidos e ordenados tornou-se imprescindível para impedir que se fizessem predatórias e que acarretassem condições de convívio humano intolerável” (MELLO, 2001, p. 440). É dizer, a gestão de riscos ambientais reclama a operacionalização de uma ampla gama de mecanismos tendentes a organizar, regular, monitorar e fiscalizar os comportamentos que possam periclitare a incolumidade do bem ambiental. Essas tarefas, ao seu turno, estão relacionadas à realização de constantes análises técnicas, revelando-se a Administração Pública, pela própria natureza de suas funções, a esfera de atuação mais indicada para levar a efeito tais tarefas de forma diuturna.⁵

Como conseqüência, pode-se vislumbrar que a consecução das finalidades dos Princípios da Precaução e da Prevenção, para além da pontualidade

⁵ Anote-se a existência de estratégias de proteção ao meio ambiente que devem prevalecer inclusive sobre a incidência dos instrumentos jurídico-administrativos de proteção ambiental. É o caso, notadamente, da instituição de políticas públicas e privadas de desenvolvimento da educação ambiental formal e informal (cf. LANFREDI, 2002). Contudo, a análise dessas estratégias extrapola os objetivos desse trabalho, motivo pelo qual não serão aqui apreciadas.

verificada na responsabilização civil, pode ser atingida de forma mais profícua através de instrumentos jurídicos que exigem constante monitoramento e fiscalização, cuja utilização se destina preponderantemente à estrutura administrativa. Estes instrumentos podem objetivar, por exemplo, a criação de condições para a efetiva análise dos riscos ambientais (concretos e abstratos), a fim de estipular parâmetros para determinar a (in)viabilidade de dado empreendimento, assim como para a apuração das medidas compensatórias/mitigatórias de danos previstos ou previsíveis, tal como ocorre com o processo administrativo de licenciamento ambiental. Além disso, embasado em critérios técnicos, através de instrumentos administrativos pode-se definir padrões ambientais, que contenham limites, por exemplo, à emissão de substâncias que comprovadamente causem degradação ao meio ambiente (atuando preventivamente), ou acerca das quais não se tenha certeza científica da inofensividade (atuando precaucionalmente). O âmbito administrativo também pode se valer de limitações administrativas ao direito da propriedade, atuando preventivamente na conservação de locais especialmente relevantes para o equilíbrio ecológico.

Destarte, pode-se afirmar que, em certa medida, as normas jurídico-administrativas ambientais⁶ realizam a concreção dos postulados dos Princípios da Precaução e da Prevenção em situações consideradas relevantes para a consecução da gestão dos riscos ambientais.⁷ Tal conclusão, aliás, é completamente convergente com a própria natureza das normas-princípio, eis que estas são “(...) fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem *a ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante” (CANOTILHO, p. 1087).

Duas ressalvas, porém, se fazem necessárias.

Em primeiro lugar, não se pode confundir a identificação da prevalência de instrumentos administrativos para a implementação da adequada gestão dos riscos ambientais (num viés preventivo e precaucional), com a ilusão de que tais riscos restarão definitivamente exauridos pelo simples cumprimento de

⁶ A expressão “normas jurídico-administrativas ambientais” será utilizada neste texto para exprimir qualquer norma-regra veiculadora de um direito ambiental material que traz ínsita em seu conteúdo a necessidade de atuação do Poder Público (notadamente da Administração Pública) para a sua plena execução.

⁷ Saliente-se que a tutela inibitória ambiental, como instrumento destinado ao combate de violações às normas jurídicas de proteção ao meio ambiente, também pode se fundamentar na direta violação a um dos Princípios norteadores do Direito Ambiental, independentemente da existência de uma regra jurídica tipificada (cf. TESSLER, 2003). Isso porque as normas jurídicas constituem gênero, do qual são espécies tanto as normas-regra, quanto as normas-princípio (CANOTILHO, p. 1086). Contudo, a aplicação da tutela inibitória ambiental à garantia de cumprimento dos Princípios de Direito Ambiental diretamente considerados demanda a análise de questões específicas, as quais transcendem os objetivos do presente texto.

normas jurídico-administrativas. Noutros termos, não se está a postular que os instrumentos administrativos têm a virtualidade de suplantar a existência de riscos ambientais (concretos e abstratos). Como afirma MORIN (1995, p. 12-13) “somos, portanto, obrigados a negociar com a incerteza”.

Contudo, a consideração, avaliação e a decisão acerca dessas incertezas (riscos) encontra foro privilegiado com a correta utilização dos instrumentos postos à disposição da Administração Pública, na medida em que atuam (através da fiscalização, do monitoramento, da organização de atividades etc.) num momento anterior à efetiva alteração degradante do meio ambiente.

Em segundo lugar, é imperioso destacar que ao se qualificar esses instrumentos com a expressão administrativos não se está excluindo ou minorando a relevância da atuação do Poder Judiciário na tutela jurídica do meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁸ Pretender que o Poder Judiciário não se imiscua na aplicação desses instrumentos seria uma insanidade jurídica, uma frontal violação ao princípio da infastabilidade da jurisdição (que, entre nós, encontra supedâneo constitucional). Muito ao contrário, nesse cenário a tutela jurisdicional amplia o seu campo de atuação, podendo ser chamada a intervir sempre que as prescrições contidas em tais normas (ditas jurídico-administrativas) estejam na iminência de ser ou já se apresentem transgredidas. Esta dimensão (da atuação jurisdicional para a garantia do cumprimento das normas-regras ambientais) afigura-se completamente diversa daquela veiculada pelo sistema da responsabilidade civil, eis que não se está a tratar da tutela jurisdicional do dano ambiental, mas sim da tutela jurisdicional do ilícito ambiental.

Em suma, o sistema da responsabilidade civil em matéria ambiental exerce função de relevo na proteção jurídica do meio ambiente, continuando plenamente operante nos casos em que a tutela jurisdicional atuar (preventiva ou repressivamente) contra o dano ambiental. Todavia, a esse mecanismo (tutela jurisdicional do dano ambiental por meio da responsabilidade civil) agregam-se outras ferramentas processuais, agora destinadas à tutela jurisdicional (preventiva e repressiva) do ilícito ambiental, apresentando pressupostos, fundamentos e requisitos próprios e inconfundíveis. É justamente visando à efetiva tutela jurisdicional do ilícito (ambiental) que emerge a chamada ação inibitória, sobre a qual se passará a tratar.

⁸ O mesmo se diga em relação à participação popular na defesa e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ou seja, a sociedade civil organizada pode e deve ocupar papel de destaque no que pertine às normas jurídico-administrativas, seja participando de sua elaboração (por meio de audiências públicas, exercendo pressão sobre os Poderes Legislativo e Executivo, através de assentos em entidades como o Conselho Nacional de Meio Ambiente etc.), seja provocando a atuação do Poder Judiciário sempre que se constatar o descumprimento de tais normas.

3) Tutela Inibitória Ambiental: Uma Tutela Voltada Contra o Ilícito

3.1) Noções introdutórias

A partir das idéias lançadas até o momento pode-se formular a seguinte proposição: visando à defesa, à preservação e à promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Poder Judiciário, através da tutela jurisdicional, poderá atuar em duas dimensões diversas e autônomas, ora voltando-se (preventiva ou repressivamente) contra o dano ambiental, por meio do sistema da responsabilidade civil,⁹ ora voltando-se (preventiva ou repressivamente) contra o ilícito ambiental, por meio da chamada tutela inibitória.¹⁰

Todavia, a formulação ora propugnada somente encontrará guarida em nosso ordenamento jurídico se se constatar a possibilidade de diferenciar e tutelar autonomamente os institutos jurídicos que estão na base da distinção proposta. Noutros termos, a coexistência do sistema da responsabilidade civil com o da tutela inibitória pressupõe a diferenciação entre os institutos jurídicos dano e ilícito¹¹ (e, por conseguinte, das noções de responsabilidade civil e de ilicitude). Isso porque,

estabelecida a distinção entre ilícito e dano, e fixadas as premissas para a tutela de uma e de outra situação, é possível concluir que ambas as figuras merecem tutelas específicas, que se amoldam a pressupostos próprios e conduzem a meios de proteção diferenciados. Note-se, de pronto, que esta classificação está, como parece ser intuitivo, calcada na dimensão da cognição judicial, fundamentalmente na necessidade ou não de se cogitar da figura do dano para autorizar a incidência da proteção jurisdicional (ARENHART, 2002, p. 110).

É disto que tratará o próximo tópico.

⁹ Se analisada à luz da chamada classificação das tutelas aderentes ao direito material (MARINONI, 2000), a tutela jurisdicional destinada a reprimir o dano (ambiental) recebe a denominação tutela ressarcitória (ambiental), a qual se valeria do sistema da responsabilidade civil. Contudo, esmiuçar as diversas espécies de tutela que integram a classificação aderente ao direito material transborda os objetivos deste texto, fazendo-se a referência tão-somente para evitar confusões nomenclaturais.

¹⁰ Neste trabalho, optou-se por congregiar sob a denominação “tutela inibitória” toda forma de combate ao ilícito, no plano judicial. Frise-se, todavia, que uma análise mais detalhada acerca das tutelas voltadas contra o ilícito, a partir de uma classificação das tutelas aderentes ao direito material, irá revelar a existência de outras espécies de tutela destinadas ao ilícito (MARINONI, 2000). Não obstante apresente-se pertinente, tal diferenciação não acarretaria maiores conseqüências para os objetivos do presente trabalho, pois o regime jurídico que incide sobre todas essas espécies de tutela (voltadas contra o ilícito) é bastante semelhante.

¹¹ Embora neste texto se esteja tratando diretamente de normas-regra, reafirme-se que, como ato contrário ao Direito, o conceito de ilícito também abarca as violações às normas-princípio, pois, como salienta BRAGA NETTO (2003, p. 70), “não só regras, mas também princípios constituem o conteúdo normativo diretor de comportamentos. Por conseguinte, lícitos ou ilícitos podem surgir do confronto das condutas com regras ou com princípios”.

3.2) Questão de ordem: a confusão conceitual entre dano e ilícito

Ainda fortemente influenciado pela concepção tradicional do Direito (material e processual), que tudo monetarizava e que tudo “resolvia” por meio de técnicas indenizatórias, ainda hoje se vive momento em que a distinção e a autonomia entre as figuras do ilícito e do dano não estão suficiente consolidadas. Tal como aponta MARINONI (2000, p. 27), “a confusão entre dano e ilícito é reflexo de um árduo processo de evolução histórica 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 pelo equivalente do valor econômico da lesão”.

Deveras, essa confusão conceitual ainda pode ser facilmente constatada na doutrina pátria (especialmente a civilista). Basta analisar, mesmo superficialmente, a posição de alguns desses doutrinadores sobre o assunto, para perceber o que se está indicando: segundo Clóvis Bevilacqua, “todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado”; já para Sílvio Rodrigues, “poder-se-ia dizer que o ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem”; na lição de Caio Mário da Silva Pereira, “para o direito penal, o delito é fator de desequilíbrio social que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido”; por fim, para Orlando Gomes, “o ilícito civil somente adquire substantividade se é fato danoso” (OLIVEIRA, 2001, p. 8).

Como principal decorrência dessa confusão conceitual, tem-se a unificação entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil. É dizer, procedendo-se à ligação indissociável entre dano e ilícito perde-se de vista a possibilidade de ocorrerem danos injurídicos sem ilícito; e, do mesmo modo, olvida-se a possibilidade (necessidade!) de coibir o ilícito, independentemente da discussão acerca e da própria constatação de (risco de) dano.¹²

No que diz respeito especificamente à proteção jurídica do meio ambiente sadio, percebe-se facilmente as conseqüências nefastas dessa equivocada unificação. Ora, apegando-se à premissa de que a ilicitude é elemento inafastável da responsabilidade civil, poder-se-ia concluir que bastaria a observância das normas jurídico-administrativas ambientais para afastar qualquer possibilidade

¹² Muito embora esteja cogitando de situações diversas das analisadas neste estudo, PONTES DE MIRANDA (2000, p. 241) há muito já apontava esse caminho: “a tratção das obrigações por atos ilícitos, em separado e minudente, levou a doutrina a considerar os atos ilícitos como classe de fatos jurídicos, ao lado, e exaustivamente, dos atos jurídicos (lícitos) e dos fatos jurídicos *stricto sensu*. Bem tarde se percebeu que essa tricotomia não era exaustiva: há mais atos ilícitos e contrários a direito que os atos ilícitos de que provém a obrigação de indenizar. Por outro lado, há obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta”.

de compelir determinada pessoa (natural ou jurídica) à reparação de um dano causado ao meio ambiente, ante o não-preenchimento de um de seus requisitos.

Rematado absurdo! Como se demonstrou, as normas jurídico-administrativas desempenham importante tarefa na gestão dos riscos ambientais, porém não têm o condão de afastar completamente tais riscos, o que se constata notadamente ante a complexidade e a inter-relação inerentes aos bens que integram o meio ambiente, além das peculiaridades dos danos ambientais e da insuficiência e imprecisão do conhecimento científico que norteia aquelas normas.¹³ Ao contrário, a consciência acerca da distinção entre ilícito e dano (ilicitude e responsabilidade civil) fundamenta a conclusão de que “ainda que a conduta do agente que causa o dano seja lícita, autorizada pelo poder competente, embora obedeça a normas técnicas para o exercício de sua atividade, se dessa atividade resulta prejuízo ambiental, tem ele a obrigação de indenizar” (NERY, 1992).

De outra banda, uma vez reduzido o ilícito a meramente um dos requisitos que integram a responsabilidade civil, “(...) identifica-se o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal conseqüência”, ou seja, o dano injurídico (MARINONI, 2000, p. 27). Do mesmo modo, se se tem em mira a efetividade da proteção jurídica do meio ambiente, não se pode concordar com essa conclusão, pois ela traz ínsita a idéia de desnecessidade de se pensar e implementar instrumentos processuais diretamente destinados à garantia do cumprimento das normas jurídico-administrativas ambientais, combatendo o ilícito, independentemente da discussão e constatação de (risco de) dano ambiental num caso concreto. Ou seja, a correta diferenciação entre ilícito e dano revela a possibilidade (necessidade!) de a tutela jurisdicional tratar autonomamente as (ameaças ou efetivas) violações das normas jurídico-administrativas ambientais¹⁴ de forma adequada e tempestiva, a partir de pressupostos e com requisitos diversos dos exigidos para a prevenção/repressão do dano ambiental (este orientado pelos cânones da responsabilidade civil).

Com isso, a tutela jurisdicional assume uma nova dimensão na proteção do meio ambiente sadio, destinando a tutela inibitória para a garantia de cumprimento das normas jurídico-administrativas ambientais, cuja inobservância compromete, por si só, a efetividade dos instrumentos de gestão dos riscos ambientais, configurando conduta ilícita que deve ser jurisdicionalmente sancionada. Assim sendo, alça-se a tutela jurisdicional do meio ambiente a novos patamares,

¹³ Essa posição paradoxal da Ciência foi bem apontada por SANTOS (2000, p. 58): “a expansão da capacidade de acção ainda não se fez acompanhar de uma expansão semelhante da capacidade de previsão, e, por isso, a previsão das conseqüências da acção científica é necessariamente muito menos científica do que a acção científica em si mesma”.

¹⁴ As quais, em última instância e como se aventou anteriormente, conferem concreção aos Princípios da Precaução e da Prevenção na perspectiva de um macrocenário, otimizando a tarefa de “gestão de riscos” ambientais.

conferindo-lhe papel que vai muito além da pontual e esparsa tutela jurisdicional voltada contra o dano (fundada na responsabilidade civil), passando a preocupar-se com a conduta meramente ilícita.¹⁵

3.3) Fundamentos da tutela inibitória ambiental

Embora ainda em caráter incipiente, a distinção ilícito/dano torna-se ainda mais premente sob a égide do novo Código Civil. Segundo MARTINS-COSTA (2003), especialmente ao analisar a letra e o sentido do art. 187 desse novo diploma legal, “(...) foi cortada a automaticidade da ligação entre ilicitude e dever de indenizar, e entre ilicitude e dano”, chegando à mesma conclusão já apontada no tópico anterior, qual seja, a possibilidade de se provocar a atuação do Poder Judiciário independentemente da ocorrência de um evento danoso, combatendo-se tão-somente o ilícito, com especial importância para a tutela dos direitos da personalidade e dos direitos difusos (tal como é o meio ambiente hígido).¹⁶

Destarte, a possibilidade (necessidade!) da distinção ilícito/dano revela a existência de um sistema de tutela jurisdicional voltado especificamente para o combate aos atos ilícitos em matéria ambiental. Para além disso, a autonomia da ilicitude em relação ao sistema da responsabilidade civil traz à tona os próprios fundamentos (substancial e processual) da tutela inibitória ambiental.

De início, deve-se definir o fundamento substancial da tutela inibitória, para, somente após, chegar-se a seu fundamento processual, uma vez que “(...) o processo não cria direitos: apenas os reconhece e os torna efetivos. (...) O direito à prevenção do ilícito, assim como o direito ao ressarcimento dos danos, deve preexistir ao juízo, para que nele possa ser declarado e realizado” (SPADONI, 2003, p. 37). Assim sendo, pode-se indicar como possíveis fundamentos substanciais da tutela inibitória ambiental toda e qualquer norma de direito ambiental material, as quais não se resumem à obrigação de reparar os danos injurídicos causados ao meio ambiente. Para além da prevenção/repressão dos danos ambientais, o ordenamento jurídico pátrio consagra vários direitos materiais (difusos) em matéria ambiental, tal como ocorre com a prescrição de

¹⁵ Enfatize-se que não se está propugnando a total inexistência de relação entre ilícito e dano. Deveras, ao voltar suas forças contra o ilícito ambiental, a tutela jurisdicional também está, em certa medida, atuando de forma a prevenir a ocorrência de um dano ambiental. Isso porque, o adequado funcionamento dos instrumentos destinados à gestão dos riscos ambientais tem por consequência reduzir as situações suscetíveis de ocasionarem danos ao meio ambiente, seja proibindo-as, seja limitando-as a determinados padrões, ou ainda condicionando-as à utilização de tecnologias capazes de suprimir/minorar as consequências danosas. Contudo, a coexistência (inclusive cronológica) entre conduta ilícita e dano injurídico não pode levar à confusão dos institutos, unificando ilicitude e responsabilidade civil.

¹⁶ Lapidar é a conclusão da autora mencionada: “sem olhos para ver (a letra) e sem ouvidos para ouvir (o espírito) nada diremos ao artigo 187, e ele nada nos dirá. E continuaremos, resignadamente, a repetir que nada mudou, porque nada mudamos” (MARTINS-COSTA, 2003).

normas jurídico-administrativas destinadas a dar concreção aos Princípios da Precaução e da Prevenção já no momento da gestão dos riscos ambientais (numa fase anterior à efetiva alteração do meio ambiente), por exemplo, disciplinando o licenciamento, estabelecendo padrões e prevendo hipóteses de limitação à propriedade e à atividade econômica em virtude da importância do bem ambiental.

Em suma, sempre que se estiver diante de uma situação em que uma conduta contrária ao estabelecido nas normas jurídico-administrativas ambientais esteja na iminência de ser praticada, repetida ou de se estender no tempo, abre-se ensejo ao manuseio da tutela inibitória ambiental, para evitar a consumação, repetição ou continuação do ilícito ambiental, garantindo-se, via de consequência, a incolumidade de determinado direito ambiental material.¹⁷

Esclarecido o que se tem por fundamento substancial, passa-se à análise do fundamento processual da tutela inibitória ambiental, ou seja, busca-se identificar qual “(...) a base normativa, constitucional e infraconstitucional, que permite ao cidadão exercer a ação inibitória, possibilitando ao órgão jurisdicional, desenvolver um processo tendente à prolação de um provimento que tenha a potencialidade de prevenir a prática de um ato ilícito ameaçado” (SPADONI, 2003, p. 43).

Já se apurou que a expressão tutela jurisdicional não deve ser entendida meramente como a resposta dada pelo Poder Judiciário às lides que lhe são submetidas. Longe disso, somente haverá que se falar propriamente em tutela jurisdicional na medida em que a atuação do Poder Judiciário se demonstrar realmente tempestiva e adequada ao intento de assegurar o exercício de determinado direito material. De plano, afastou-se a noção – antes predominante – de que a tutela jurisdicional tempestiva e adequada poderia ser prestada através de mecanismos processuais puramente repressivos, voltados contra o dano e fincados na idéia de ressarcimento de perdas econômicas (disciplinado pelo esquema sentença condenatória/execução forçada).

É justamente na busca de provimentos judiciais tempestivos e adequados que surge a configuração atual do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, contemplado no art. 5º, XXXV, de nossa Carta Magna. Tal comando constitucional, ao determinar que é função do Poder Judiciário analisar e tutelar situações em que se verifique ameaça de violação a direitos, está, em última análise, consagrando em nosso sistema um princípio geral de tutela preventiva. Apenas reafirme-se o entendimento de que tal princípio está apto a atuar contra a ameaça da prática de um ilícito, sob pena de recair-se novamente na inaceitável confusão entre as figuras do ilícito e do dano.

¹⁷ O mesmo se diga em relação aos princípios de Direito Ambiental, eis que se apresentam como espécie do gênero normas jurídicas, também constituindo seus comandos, portanto, fundamentos para a tutela inibitória ambiental, independentemente da existência de normas-regra que os concretize.

Diante desse cenário, portanto, chega-se à conclusão de que a própria inafastabilidade da jurisdição (e o princípio geral da tutela preventiva, dela decorrente) é o fundamento processual da tutela inibitória (ambiental) em nível constitucional. Esposando tal entendimento, MARINONI (2000, p. 67) defende que “é possível afirmar até mesmo que a inserção da locução ‘ameaça a direito’ na nova verbalização do princípio da inafastabilidade teve por fim deixar claro que a tutela preventiva é constitucionalmente garantida”.

No plano infraconstitucional, ao seu turno, o fundamento processual da tutela inibitória (ambiental) pode ser haurido dos comandos legais insculpidos nos arts. 461 e 461-A do CPC, os quais possibilitam que o magistrado maneje provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*.¹⁸ Tal fundamento (processual) também pode ser encontrado na nova redação do art. 644 do CPC (conferida pela Lei 10.444/02) que, em completa harmonia com as características inerentes à tutela preventiva do ilícito através do cumprimento forçado das obrigações de fazer e de não fazer, praticamente abole os anacrônicos mecanismos de execução até então vigorantes no Livro II, Título II, Capítulo III do CPC.

É dizer, uma vez constatada a impossibilidade de conferir um valor econômico pelo desrespeito às normas jurídico-administrativas ambientais (verdadeiros direitos ambientais materiais), o direito processual, visando à efetividade da tutela jurisdicional, mune-se de instrumentos capazes de evitar a consumação, repetição ou continuação da conduta ilícita, compelindo o sujeito passivo a fazer ou não fazer o que por lei lhe é imposto (provimentos mandamentais), ou substituindo-se à atuação do próprio sujeito passivo (provimentos executivos *lato sensu*).

3.4) Pressupostos da tutela inibitória ambiental

Antes de se identificar quais são os seus pressupostos, não é demais reafirmar o alerta no sentido de que a concessão de tutela inibitória ambiental (seja em provimento final ou liminar) não está conectada à verificação de um dano ao meio ambiente no caso concreto. Isso porque a tutela inibitória volta-se contra o ilícito ambiental, estando apta a atuar preventivamente (seja para evitar a formação, continuação ou repetição de violação a direito material ambiental). Ora, conforme já se demonstrou, dano e ilícito são figuras distintas, sendo que o ordenamento processual pátrio confere a possibilidade de se tutelar

¹⁸ A distinção entre provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* é assim realizada por PONTES DE MIRANDA (1961, p. 211): “na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência) nem que condene (enunciado de fato e valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione seu pensamento e o seu ato e que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o ‘mandado’. Na ação executiva quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que deveria ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito”.

autonomamente cada uma delas. Assim sendo, condicionar o cabimento da tutela inibitória ambiental à demonstração de risco, incerteza científica (base da precaução) ou mesmo dano constatado ao meio ambiente seria exigir pressuposto que em nada se relaciona com os objetivos dessa espécie de tutela.

Essas anotações preliminares já deixam transparecer quais são os verdadeiros pressupostos da tutela inibitória ambiental. Ou seja, na medida em que se compreende que esse instrumento processual volta-se para o futuro, atuando de modo preventivo à violação de um direito, independentemente da verificação do resultado danoso, pode-se concluir que para a concessão de tutela inibitória basta a demonstração de que uma conduta ilícita esteja em vias de ser consumada, repetida ou continuada no tempo. Noutros termos, são pressupostos da tutela inibitória ambiental tão-somente a ilicitude de certa conduta (violando norma jurídico-administrativa ambiental, por exemplo) e a ameaça de que esta ação ou omissão se realize.

Com relação ao primeiro desses pressupostos (ilicitude), deve-se enfatizar que não é necessária a demonstração de que o agente causador da conduta ilícita esteja agindo culposamente, pois, como salienta Cristina Rapisarda, “a ação inibitória, como se disse, volta-se para o futuro e assim fica excluída a possibilidade objetiva de valorar previamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro sobre o qual é destinado a incidir o provimento final de tutela” (MARINONI, ARENHART, 2000, p. 111). Por conseguinte, para a concessão da tutela inibitória ambiental não se apresenta necessária a discussão em relação a outros temas concernentes à atuação do sistema da responsabilidade civil, tal como a opção legislativa entre a teoria do risco criado ou do risco integral, não havendo que se cogitar, conseqüentemente, de “exclusão de ilicitude” em razão caso fortuito ou de força maior.

Ademais, a demonstração do preenchimento do pressuposto ilicitude também resta sobremaneira facilitado posto tratar-se de questão que – via de regra – versa exclusivamente sobre matéria de direito, prescindindo, no mais das vezes, de dilação probatória, pois “(...) o conceito de ilicitude de uma dada conduta se extrai da sua comparação (ainda que hipotética) com as regras existentes no ordenamento jurídico – as quais qualificam as condutas como lícitas ou ilícitas. Por esta razão, a noção de ilicitude da conduta, normalmente, não dependerá de prova, reduzindo-se, no mais das vezes, à análise de uma questão de direito (que, como cediço, não depende de prova)” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 113).

Por outro lado, maiores dificuldades se enfrentarão quando se pretende analisar, diante de cada caso concreto, o preenchimento do outro requisito necessário à concessão da tutela inibitória ambiental, qual seja, a ameaça de que a conduta ilícita seja praticada. Noutros termos, a comprovação da ameaça de

lesão a direito ambiental material, ao contrário do que se verifica com a demonstração da ilicitude da conduta, não comporta uma resposta prévia e definitiva do ordenamento jurídico, ficando a depender do sopesamento de diversas peculiaridades que se apresentam perante a situação fática levada à apreciação judicial. As conseqüências desse fenômeno foram brilhantemente apontadas por ARENHART (2000, p. 132): “de um lado, a excessiva tolerância com o requisito da ameaça conduzirá à expansão desmesurada da tutela inibitória, que passará a servir como paliativo para a mínima eficácia social das leis em geral, verificada em nossa sociedade, conduzindo à desfiguração do instituto. De outro lado, a exigência de demonstração irretorquível da ameaça poderá conduzir à necessidade de prova impossível, frustrando todas as expectativas da tutela preventiva”.

A solução desse impasse talvez perpassa pela aplicação analógica do entendimento que vigora em relação à demonstração da ameaça para a concessão de tutelas preventivas típicas, há muito disciplinadas em nosso ordenamento (tais como o mandado de segurança preventivo e o interdito proibitório). Dentro desse contexto, para que se considere satisfeito tal pressuposto que autoriza a concessão da tutela inibitória atípica (aqui incluída a que objetiva combater o ilícito ambiental), o requisito ameaça de lesão a direito deve ser analisado, tanto quanto possível, sob um prisma objetivo, não bastando um temor subjetivo de que a conduta tida por ilícita seja praticada.

Contudo, mesmo a definição do que seja ameaça objetiva é algo complexo. De todo modo, objetivamente considerado, pode-se afirmar que a pressuposta ameaça restará demonstrada quando o temor de que a conduta ilícita a ser praticada (repetida ou continuada) for real (traduzida por atos e fatos, e não por meras suposições) e atual (sendo justificável no momento em que se pleiteia a tutela).

Tal entendimento, aliás, encontra respaldo na jurisprudência pátria, já tendo decidido o STJ que “(...) na segurança preventiva, compete ao impetrante indicar a situação de fato (decisão administrativa) ou providência concreta executada pela Administração que importe ameaças a seu direito líquido e certo, considerando-se impróprias, para forcejar o cabimento do *mandamus*, meras suposições unilaterais do autor”.¹⁹

Ora, quando se pretende a concessão de tutela inibitória ambiental tendente a obstar a continuação ou a repetição do comportamento ilícito, a verificação da ameaça da conduta que viola direitos (ambientais materiais) resta facilitada, na medida em que a simples ocorrência pretérita de tal ilicitude já indica, no mais das vezes, com razoável grau de concreção, o risco (*rectius*, ameaça) de que tal ação (ou omissão) seja repetida ou se estenda no tempo.

¹⁹ STJ, REsp 102.443/RS, Relator Ministro *Demócrito Reinaldo*, DJ de 16/12/1996.

Maiores dificuldades, porém, serão enfrentadas quando se estiver diante de um caso de tutela inibitória *tout court*, ou seja, que visa à prevenção do ilícito ambiental antes mesmo de sua primeira ocorrência. Sobre o assunto, cabe trazer à colação as lições de Frignani:

problema um pouco mais delicado é a possibilidade de se invocar a inibitória quando a atividade ilícita ainda não haja ocorrido; quando pois a conduta não se tenha aperfeiçoado, mas foram postos em prática apenas preparativos para o cometimento futuro. A nosso ver, a peculiaridade desta hipótese, em relação àquela precedentemente examinada, consiste no fato de que aqui a prova do perigo de cometimento de um ilícito é mais difícil, já que é extremamente árduo dar uma valoração *ex ante* da idoneidade dos meios empregados nos atos da perpetração do ilícito. Todavia, uma vez que se tenha como certa tal idoneidade e univocidade, não há dúvida de que o juiz possa emanar uma ordem inibitória. (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 122).

O cerne da controvérsia, portanto, reside justamente na prova da objetiva ameaça de que a conduta ilícita esteja na iminência de ser praticada (repetida ou continuada). Uma vez mais, a questão foi bem delimitada pelo professor ARENHART (1998, p. 143): “o caminho, aqui, abre-se em duas alternativas. Ou se mantém indene a exigência da prova da ameaça, correndo o risco de inviabilizar a proteção preventiva ao direito aqui examinado; ou, ao revés, se dispensa esta prova, tornando a presente ação praticamente isenta de necessidade probatória, e autorizando a solução imediata da controvérsia”.

Ora, não se pode olvidar que o direito probatório também sofreu influência da visão tradicional do processo civil – fundado, como visto, nas tutelas repressivas e ressarcitórias – na medida em que se considerava terem as provas apresentadas em juízo a função de reconstituir (tal e qual ocorreram) os fatos relevantes ao deslinde da controvérsia. Assim sendo, supunha-se que a avaliação das provas judiciais levariam inexoravelmente o juiz ao encontro da verdade (absoluta) em relação aos fatos apresentados na demanda e, por conseguinte, autorizariam o magistrado a dizer o direito (em última análise, o tornariam apto a decidir se houve ou não pretérita transgressão ao direito do autor e, em caso afirmativo, qual sanção deveria ser impelida ao réu).

Ocorre que adotar tal concepção de prova à exigência de demonstração da ameaça de que a conduta ilícita ao meio ambiente seja praticada (pressuposto da tutela inibitória ambiental) é, em última análise, obstar a utilização da própria tutela preventiva. Isso porque, como tal espécie de tutela volta-se para o futuro (prevenindo a consumação, repetição ou continuação do ilícito), condicionar a concessão da tutela inibitória à apresentação de elementos probatórios capazes de revelar a verdade e a certeza absoluta com relação aos fatos (ilícitos) futuros seria relegá-la à inefetividade, na medida em que se estaria exigindo, não raramente, a produção de prova impossível.

Talvez motivado por situações como a ora analisada, BATISTA DA SILVA (1998, p. 338) esclarece que “(...) verifica-se uma crescente tendência a considerar a prova judiciária como demonstração da verossimilhança da existência de uma dada realidade (...)”. De mais a mais, continua o mesmo autor, “(...) seria uma pura e pretensiosa ingenuidade imaginar que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos”, (1998, p. 339) posto que elementos estranhos ao objeto analisado inevitavelmente influenciarão as conclusões obtidas (notadamente elementos subjetivos, ligados às convicções e características pessoais do juiz).

Diante desse cenário, é imperioso aceitar que “(...) verdade e legitimidade não são conceitos absolutos, de validade plena e eterna. Ao contrário, resultam do consenso discursivo”, (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 285) compreendido este como a síntese a que chega o juiz ante os argumentos colacionados pelas partes no transcorrer do diálogo processual instaurado pelo contraditório (inclusive através de meios de prova), num processo eminentemente dialético.

Como consequência dessa nova compreensão em relação à certeza e à verdade que se atingem por meio do processo, resta modificada a própria definição de prova judicial, devendo esta ser compreendida como “(...) todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo” (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 292).

Essa nova concepção do direito probatório nos indica quais os critérios a serem adotados para a verificação do preenchimento do pressuposto ameaça de violação a direito ambiental material no caso concreto. É dizer, na medida em que se compreende que “(...) a prova não se destina a provar fatos, mas sim afirmações de fato (...)” (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 292), resta claro que a tutela inibitória ambiental deve ser concedida sempre que os elementos levados ao conhecimento do juiz se revelarem suficientes para convencê-lo de que existe a ameaça de violação a direito (sem que seja exigida a demonstração pretensamente certa e irrefutável de que a conduta ilícita de fato ocorrerá, sob pena de se exigir a produção de prova impossível).

4) Tutela Inibitória Ambiental: Um Modelo em Teste

Com o exposto até o momento, procurou-se esclarecer que a existência de instrumentos processuais voltados eminentemente ao combate da consumação, repetição ou continuação de uma conduta ilícita (paralelamente ao sistema da responsabilidade civil) afigura-se plenamente condizente tanto com os cânones da efetividade da tutela jurisdicional, quanto com os objetivos do Direito Ambiental (material). Avançando nessa seara, a partir da distinção entre ilícito e

dano, buscou-se definir os fundamentos e os pressupostos da chamada tutela inibitória ambiental, diferenciando-os daqueles que incidem sobre o regime jurídico próprio da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente.

Na seqüência da investigação proposta, é chegado o momento de colocar em teste o instrumento processual que se vem desenhando. Ou seja, passa-se agora perquirir acerca da aplicabilidade e da utilidade prática dessa tutela preventiva dos direitos ambientais materiais, especialmente quando comparada com o tradicional modelo de tutela jurisdicional, voltado contra o dano.

Para tanto, parte-se da análise de uma situação corriqueiramente levada à apreciação do Poder Judiciário, qual seja, o desenvolvimento de certa atividade empresarial sem o devido cumprimento das normas ambientais atinentes ao licenciamento ambiental.

Segundo MILARÉ (2001, p. 360), “como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que por meio dele busca a Administração Pública exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico”.

Pode-se facilmente perceber, destarte, que as regras relativas ao licenciamento ambiental constituem espécie daquilo que temos designado neste trabalho por normas jurídico-administrativas ambientais, na medida em que integram o quadro de instrumentos postos à disposição da Administração Pública para que esta implemente seu dever-poder na gestão dos riscos ambientais. Mais, pode-se mesmo afirmar que as normas atinentes ao licenciamento ambiental constituem uma das formas de concreção dos postulados dos Princípios da Prevenção e da Prevenção, na medida em que condicionam a autorização da instalação e da operação de um empreendimento potencial ou efetivamente poluente a considerações precaucionais (análise científica quanto à inofensividade da atividade) e preventivas (expurgando, minorando ou compensando danos previstos e previsíveis).

Pois bem. Imagine-se que uma fábrica obtenha do órgão competente Licença Ambiental de Operação (LAO),²⁰ a qual condiciona o funcionamento do empreendido à adoção de certas medidas que visem a evitar/minimizar os impactos

²⁰ Anote-se que o licenciamento ambiental é revestido de caráter complexo (embora seja ato uno), compreendendo três fases distintas, a saber: licença prévia, licença de instalação e licença de operação (vide art. 19 do Decreto Federal 99.274/90 e art. 8º da Resolução 237/97 do CONAMA). No exemplo apresentado, busca-se evitar a consumação de uma conduta ilícita tendente a violar as condições da Licença de Operação, a qual tem o fito de autorizar o efetivo funcionamento do empreendimento, desde que cumpridas as exigências constantes nas licenças anteriores. De todo modo, o mesmo raciocínio pode ser empregado a atos que estejam na iminência de consumir, repetir ou manter uma conduta que viole (ou seja, ilícita) quaisquer uma das licenças, ou melhor, quaisquer normas jurídico-administrativa ambiental.

de sua atividade no ecossistema (condicionante eminentemente preventiva). Aproximando-se a data marcada para a inauguração da fábrica, constata-se que os responsáveis não providenciaram o cumprimento de algumas das exigências apostas na LAO, resultando em séria ameaça de que as atividades se iniciem em desacordo com o estipulado pelo órgão competente.

Se analisado sob o prisma da tutela jurisdicional do dano (preventiva ou repressiva, pouco importa), a imediata atuação da máquina judiciária fica atrelada à demonstração de que o descumprimento de tais normas acarreta (risco de) dano ao meio ambiente. Ora, se a noção de (risco de) dano ambiental compõe o *thema decidendum* da lide, ao desenvolver sua atividade cognitiva o juiz enfrentará controversas acerca

(I) do rompimento do critério da tolerabilidade (para configurar a existência de risco ou de dano ambiental juridicamente reprovável),

(II) discussões acerca da incerteza científica das repercussões da atividade sobre o meio ambiente, que deve ser qualificada (grave e irreversível) para autorizar a incidência do Princípio da Precaução,

(III) ou questões relativas à colisão de direitos fundamentais. Diante desse cenário, não se pode olvidar que a solução de tais controversas exige o enfrentamento de uma fase de dilação probatória, sempre morosa e não raramente com conclusões vagas e conflitantes.²¹

Por outro lado, toda essa discussão é completamente inócua quando posta sob o enfoque da tutela jurisdicional do ilícito. Isso porque, na tutela inibitória ambiental, a atividade cognitiva do juiz se restringe à verificação da ameaça de consumação, continuação ou repetição da conduta ilícita, não compondo o *thema decidendum* da lide qualquer controvérsia acerca da comprovação (do risco) de danosidade de dita atividade empresarial ou de sua tolerabilidade. Não guardando qualquer relação com a figura do dano, não há que se falar em demonstração de incerteza científica, gravidade e irreversibilidade da suposta degradação ambiental causada pelo empreendimento, requisito para a atuação do Princípio da Precaução (quando veiculado na tutela jurisdicional do dano).

Importa apenas o fato de que, se efetivamente entrar em operação nessas condições, estará a empresa agindo de forma ilícita (em desacordo com a Licença expedida) e, via de consequência, violando um direito material ambiental, posto que restará maculado um importante instrumento de gestão dos riscos ambientais (concretizador, aliás, dos postulados precaucionais e preventivos).

²¹ E nem se afirme que antecipação de tutela jurisdicional (preventiva ou repressiva) do dano seja suficiente para transpor os obstáculos apontados. Muito embora configure importante instrumento de proteção do meio ambiente, a tutela antecipara nos casos de tutela jurisdicional do dano (art. 273 do CPC) exige a comprovação de requisitos que também encontram-se estritamente relacionados à discussão do (risco de) dano ambiental, quais sejam, a prova inequívoca das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso em tela, havendo data marcada para a inauguração da empresa, a demonstração da inobservância dos requisitos constantes da LAO revela-se sobremaneira facilitada se comparada à necessidade de provar que o referido descumprimento causará danos ao meio ambiente. Assim sendo, afigura-se plenamente viável recorrer-se ao Poder Judiciário, sendo que, com base na tutela jurisdicional do ilícito, abre-se um extenso leque de medidas tendentes a evitar a consumação da conduta que afronte o direito ambiental material, tais como:

(I) ordenar, sob pena de multa, o não-início das atividades na data anunciada (obrigação de não fazer) e determinar a instalação dos equipamentos exigidos pela LAO (obrigação de fazer), valendo-se de provimentos mandamentais (a teor do art. 461, § 4º, do CPC);

(II) ou promover as medidas necessárias para assegurar o resultado prático equivalente à estrita observância da LAO, prescindindo da vontade dos réus, através de provimentos judiciais executivos *lato sensu*, sendo exemplos a interdição do empreendimento ou a nomeação de um interventor que garanta o cumprimento das determinações que integram a LAO (com supedâneo no art. 461, § 5º, do CPC).

Por fim, é ainda necessário que se aborde duas questões.

Em primeiro lugar, muito embora a tutela jurisdicional do ilícito configure uma espécie de tutela autônoma e de cognição exauriente,²² nada impede que o juiz conceda a chamada tutela inibitória antecipada. Assim como no provimento final, a tutela inibitória antecipada não tem entre os seus requisitos qualquer elemento relacionado ao (risco de) dano ambiental. Portanto, fundada no art. 461, § 3º, do CPC, para a concessão da tutela inibitória antecipada basta a demonstração de que uma conduta ilícita está prestes a ser consumada, repetida ou estendida no tempo (preenchendo o requisito “relevante fundamento da demanda”) e que esta conduta ilícita poderá ser efetivada no transcorrer do trâmite processual (cumprindo o requisito “ineficácia do provimento final”) (cf. MARINONI, 2000b).

Em segundo lugar, eventual controversa acerca de possíveis conflitos de direitos envolvendo o meio ambiente sadio e outros direitos fundamentais (liberdade de iniciativa econômica, busca do pleno emprego, desenvolvimento nacional etc.) assume outra perspectiva quando analisada à luz da tutela jurisdicional do ilícito. Não mais importará a (des)necessidade de assumir determinada conduta em favor do meio ambiente, uma vez que essa decisão já foi tomada num plano anterior (legislativo ou regulamentar) no momento em que a norma jurídico-administrativa foi editada ou aplicada pela

²² Entende-se por cognição exauriente o “(...) procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição” (WATANABE, 2000, p. 113)

autoridade competente.²³ Contudo, a harmonização dos diversos direitos constitucionalmente previstos deve nortear a escolha dos meios utilizados pelo magistrado para a efetivação da tutela inibitória (final ou antecipada), de modo a garantir a efetividade da tutela jurisdicional do ilícito ambiental com o menor sacrifício possível de outros direitos fundamentais que se apresentarem em colidência no caso concreto.

5) Considerações Finais

Retome-se, agora à guisa de conclusão, algumas das principais idéias lançadas no presente trabalho:

a) o sistema da responsabilidade civil tradicional (subjéctiva) não se apresenta adequado para prestar a tutela jurisdicional em matéria ambiental, posto estar norteado por ideais patrimonialistas, privilegiando a atuação meramente repressiva;

b) embora desempenhe papel fundamental para a tutela jurídica do meio ambiente, o atual sistema de responsabilidade civil (objetiva) também se apresenta insuficiente para dar conta das especificidades do dano ambiental;

c) a consecução do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado passa pela operacionalização de atividades notadamente desenvolvidas pela Administração Pública ambiental, a fim de promover a adequada gestão dos riscos ambientais, inserida num marcocenário temporal e espacialmente considerado;

d) a gestão dos riscos ambientais é operacionalizada por meio de diversos instrumentos de regulação, controle, fiscalização, monitoramento, que encontram fundamento em normas jurídico-administrativas ambientais, as quais propiciam as condições necessárias para a concreção dos Princípios da Precaução e da Prevenção no momento em que ainda não ocorreu qualquer alteração no meio ambiente;

e) tendo em vista a importância da tarefa de gestão dos riscos ambientais, a tutela jurisdicional é alçada a um novo patamar, atuando na garantia da observância das normas jurídico-administrativas ambientais, por meio da tutela inibitória (que atua paralelamente ao sistema da responsabilidade civil por danos ambientais);

f) é possível (necessário) proceder à distinção entre as figuras do ilícito e do dano ambiental, o que demonstra a existência de danos injurídicos sem ilícito, além da atuação jurisdicional voltada contra o ilícito, independentemente da verificação de dano;

²³ Obviamente parte-se da premissa de que a norma jurídica que serve de fundamento substancial para determinado pleito de tutela inibitória ambiental está atuando validamente no ordenamento jurídico. O mesmo se diga em relação à atuação da Administração Pública na aplicação dessas normas (devendo respeitar os requisitos de competência, finalidade, legalidade etc.), sob pena de se transformar em arbítrio do legislador ou do administrador público a nobre missão constitucional de proteger e preservar o meio ambiente.

g) a partir da constatação da autonomia da ilicitude em relação à responsabilidade civil, pode-se vislumbrar a existência de tutela jurisdicional voltada contra o ilícito ambiental (tutela inibitória ambiental), independentemente da tutela jurisdicional voltada contra o dano ambiental;

h) a tutela inibitória ambiental destina-se a evitar a consumação, a repetição e a continuação de uma conduta ilícita, tendo como fundamento substancial quaisquer direitos ambientais materiais e como fundamento processual o princípio da inafastabilidade da jurisdição (no plano constitucional) e o comando do art. 461 do CPC (no plano infraconstitucional);

i) a discussão acerca do (risco de) dano ambiental não integrar os requisitos para a aplicação da tutela inibitória ambiental, a qual apresenta como pressuposto tão-somente a ameaça da ocorrência de um conduta ilícita (ou seja, violadora das normas jurídico-administrativas ambientais);

j) uma vez verificada a ameaça de consumação, repetição ou continuação de uma conduta ilícita, poderá o magistrado se valer de provimentos judiciais mandamentais e/ou executivos *lato sensu*, em decisão final ou em sede de tutela inibitória antecipada, sempre orientado pelo princípio da máxima proteção do meio ambiente com o menor sacrifício dos demais direitos fundamentais.

Referências

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil – introdução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *A tutela inibitória coletiva*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual* (3ª Série). Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- BENJAMIN, Antônio Herman. *Revista de Direito Ambiental – Vol. 9. Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina.
- LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política Ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Forense Universitária, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica* (arts. 461, CPC e 84, CDC). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *A antecipação da tutela*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentário ao Código de Processo Civil* – vol. 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.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Jornal Valor Econômico. O conceito de ilicitude no novo Código Civil*. São Paulo, 09/03/2003.
- MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. Madri: Trivium, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MORIN, Edgar. *Terra Pátria*. São Paulo: Sulina, 1995.
- NERY Jr, Nelson. *Responsabilidade Civil e Meio Ambiente* (in: Revista do Advogado). AASP, vol. 71, 07/92.
- OLIVEIRA, Flávio Luís de. *A natureza jurídica da tutela dos alimentos decorrentes do dever de sustento à luz da classificação das tutelas aderentes ao direito material*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado das Ações* (volume I). 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961.
- _____. *Tratado de Direito Privado: parte geral* (tomo II). Campinas: Bookseller, 2000.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental* (Vol. 1). São Paulo: Max Limonad, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da Razão Indolente*. Porto: Afrontamento, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 215-216.
- SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil* (volume I). 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na forma específica*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2000.